

**letzte Aktualisierung:** 18.06.2020

OLG Hamm, Beschl. v. 5.2.2020 – 15 W 453/17

**BGB §§ 2094 Abs. 1, 2232, 2229 Abs. 4, 2253, 2258 Abs. 1  
Zu den Anforderungen an die Testierfähigkeit**

Testierfähigkeit setzt voraus, dass der Erblasser sich über die Tragweite seiner Anordnungen und ihre Folgen für die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ein klares Urteil bilden und frei von Einflüssen Dritter handeln kann. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## Oberlandesgericht Hamm, 15 W 453/17

**Datum:** 05.02.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 15. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 15 W 453/17  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0205.15W453.17.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Essen, 158 VI 1898

**Tenor:** Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beteiligten zu 1) und 2) je zur Hälfte.

Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet.

Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf 1.255.291,- € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

**GRÜNDE:** 1

I. 2

Die Erblasserin war verwitwet und ohne Abkömmlinge. Eigene leibliche Verwandte der Erblasserin sind nicht bekannt. 3

Die Erblasserin hatte mit ihrem bereits am 0. Februar 1990 vorverstorbenen Ehemann I X am 24. Januar 1961 und am 22. Juni 1982 zur notariellen Niederschrift gemeinschaftliche Ehegattentestamente errichtet. Im gemeinschaftlichen Testament vom 22. Juni 1982 (UR-NR. 335/1982 des Notars M in F) hoben die Ehegatten das frühere Testament auf, setzten sich gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten vier Nichten bzw. Neffen des Ehemannes zu Schlusserben. Die Ehegatten bestimmten in dem Testament vom 22. Juni 1982 ausdrücklich, dass nur die wechselseitige Alleinerbeneinsetzung wechselbezüglich sein sollte und dass der längerlebende Ehegatte frei abweichend letztwillig verfügen könne. 4

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind zwei der im Testament vom 22. Juni 1982 vorgesehenen Schlusserben. Der ebenfalls zum Schlusserben eingesetzte Neffe Y X des Ehemannes ist bereits am 0. Mai 2005 vorverstorben. Der dritte genannte Neffe K X hat sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt. 5

Für die Erblasserin war seit April 1998 eine zunächst vorläufige Betreuung für die Aufgabenkreise Vermögensangelegenheiten und psychiatrische Gesundheitsfürsorge einschließlich Klinikunterbringung, ab September 1998 auch für Wohnungsangelegenheiten angeordnet. Es wurde eine Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis diagnostiziert. Zum Betreuer wurde zunächst der angeheiratete Neffe Y X bestimmt. Seit Januar 1999 bestand ein Einwilligungsvorbehalt für Vermögens- und Wohnungsangelegenheiten. Seit der Entlassung von Y X im September 1999 war der Beteiligte zu 3) Betreuer der Erblasserin. Auf seinen Antrag beschloss das Amtsgericht im März 2000 die vorläufige Genehmigung zur geschlossenen Unterbringung der Erblasserin, die wenige Tage später wieder aufgehoben wurde. Seit März 2000 lebte die Erblasserin in einem Seniorenheim in F. Seit April 2000 umfasste die Betreuung die Aufgabenkreise Vermögensangelegenheiten, Wohnungsangelegenheiten, Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung.	6
Bei der Verlängerung der Betreuung im Juni 2004 wurde der Einwilligungsvorbehalt nicht verlängert; der Aufgabenkreis des Betreuers blieb unverändert.	7
Die Erblasserin errichtete am 7. September 2004 zur notariellen Niederschrift ein Einzeltestament (UR Nr. 233/2004 des Notars G in F). In diesem hob sie unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Abänderungsbefugnis die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 22. Juni 1982 auf und bestimmte die Beteiligte zu 3) zur Vorerbin und deren leibliche Abkömmlinge, ersatzweise deren gesetzliche Erben, zu Ersatzerben und Nacherben. Die Erblasserin ordnete Dauertestamentsvollstreckung an und bestimmte den Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker. Die drei Neffen ihres vorverstorbenen Ehemannes sollten nur noch ein Vermächtnis in Höhe von jeweils 20.000,- € erhalten.	8
Der beurkundende Notar G nahm zu Beginn der Testamentsurkunde folgenden Text auf:	9
„Die Testierfähigkeit der Erschienenen stand für den Notar aufgrund des mit ihr geführten Gespräches außer Zweifel. Dem Notar wurde bekannt gegeben, dass die Erschienene unter Betreuung steht. (...) Mit dem Betreuer führte der Notar ebenfalls ein Vorgespräch. Der Betreuer erklärte dem Notar, dass die Erschienene auch mit ihm den Inhalt des nachfolgend zu beurkundenden Testamentes besprochen habe. Auch der Betreuer ist von der Testierfähigkeit der Erblasserin überzeugt.	10
Die Erschienene war in der Lage, die Bedeutung der von ihr abzugebenden Willenserklärung einzusehen und danach zu handeln. Insbesondere war die Erschienene sich über die Tragweite ihrer Anordnung und deren Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen klar. Die Erschienene erklärte dem Notar, dass sie die nachfolgend zu beurkundende Entscheidung reiflich überlegt habe und sowohl mit ihrem Betreuer als auch mit einem Richter des Betreuungsgerichts besprochen habe. Der Erschienenen war bewusst, dass die in dem notariellen Testament vom 22.06.1982 eingesetzten Erben Y X, H C und K X gemäss dem nachfolgend errichteten Testament nicht mehr Erben sind, vielmehr nur noch Frau B C. Die Erschienene hatte sich ausdrücklich entschieden, für die ehemaligen Erben Y X, H C und K X nur noch das nachfolgend erklärte Vermächtnis auszusetzen. Der Erschienenen war klar, dass im übrigen Frau B C nun ihre Alleinerbin wird.	11
Die Erschienene erklärte dem Notar auch, dass sie diese Entscheidung frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter getroffen hat und diese Entscheidung ausschließlich ihrem eigenen Willen entspricht.“	12
Die Beteiligten streiten darüber, ob die Erblasserin bei Errichtung des Testaments vom 7. September 2004 testierfähig war. Während die Beteiligten zu 2) und 3) dies bejahen, geht	13

der Beteiligte zu 1) davon aus, dass die Erblasserin nicht mehr testierfähig war. Der Beteiligte zu 1) ist deswegen der Auffassung, dass das Testament vom 7. September 2004 unwirksam sei und dass die Schlusserbeneinsetzung aus dem Testament vom 22. Juni 1982 maßgeblich sei. Er hat am 24. August 2016 einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragt, wonach er selbst, die Beteiligte zu 3) und Herr K X die Erblasserin zu je 1/3-Anteil beerbt hätten. Er ist dabei davon ausgegangen, dass nach dem Vorversterben des Y X Anwachsung gem. § 2094 Abs.1 BGB zugunsten der drei weiteren Schlusserben eingetreten sei.

Die Beteiligte zu 2) hat der Erteilung des vom Beteiligten zu 1) beantragten Erbscheins widersprochen. Sie ist der Auffassung, das Testament vom 7. September 2004 sei wirksam errichtet worden. 14

Das Amtsgericht hat den Beteiligten zu 3) persönlich angehört. Es hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Notars G, des ehemaligen Betreuungsrichters Richter am Amtsgericht a.D. Z sowie der Rechtspflegerin Justizoberamtsrätin a.D. W. Es hat sodann die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Frage der Testierunfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 beschlossen und Prof. Dr. T zum Sachverständigen bestellt. Dieser hat sein schriftliches Gutachten vom 24. April 2017 auf der Basis der Aktenlage einschließlich der die Erblasserin betreffenden Betreuungsakte erstattet und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 anzunehmen sei. Der Beteiligte zu 1) hat insbesondere eine unzureichende Grundlage für die Gutachtenerstellung bemängelt. Der Sachverständige Prof. Dr. T hat in einer ergänzenden Stellungnahme vom 22. Juli 2017 sein Gutachten vom 24. April 2017 verteidigt. 15

Mit dem angegriffenen Beschluss hat das Amtsgericht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es sei nach der Beweisaufnahme von der Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 überzeugt. Mit seiner hiergegen gerichteten Beschwerde greift der Beteiligte zu 1) die Art und Weise der Beweiserhebung durch das Amtsgericht an. Er bemängelt eine unzureichende Aufklärung des Sachverhalts, weil die Zeugen nicht in Anwesenheit des Sachverständigen gehört worden seien und weil die Erblasserin betreffenden ärztlichen Behandlungsunterlagen nicht angefordert und ausgewertet worden seien. 16

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht vorgelegt. 17

Der Senat hat den Beteiligten zu 3) aufgefordert mitzuteilen, bei welchen Ärzten die Erblasserin in Behandlung gewesen ist und welche stationären Krankenhausaufenthalte es gegeben hat. Bei den daraufhin mitgeteilten Ärzten und Krankenhäusern hat der Senat die Behandlungsunterlagen angefordert und die Ärzte schriftlich befragt. Die Pflegedokumentation des Heimes ist beigezogen worden. 18

Der Senat hat gemäß Beschluss vom 16. Mai 2019 (Bl. 381 f GA) Beweis erhoben zu der Frage, ob die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 7. September 2004 aufgrund einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit testierunfähig war. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das am 11. Juni 2019 bei Gericht eingegangene Schreiben des Zeugen Dr.med. Q, auf die Berichterstattevermerke zu den Senatsterminen vom 25. Juli und 12. September 2019 sowie auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr.med. U vom 15. November 2019 Bezug genommen. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen. 20

II. 21

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1) bleibt ohne Erfolg. Das Amtsgericht hat mit dem angegriffenen Beschluss im Ergebnis zu Recht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) vom 24. August 2016 zurückgewiesen.	22
Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nicht nach der Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 22. Juni 1982, sondern nach ihrem Einzeltestament vom 7. September 2004.	23
In diesem gemäß § 2232 BGB formwirksam errichteten Testament hat die Erblasserin ausdrücklich die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament widerrufen, §§ 2253 f, 2258 Abs. 1 BGB, und zudem abweichend testiert. Zu der abweichenden Erbeinsetzung war die Erblasserin befugt. Der überlebenden Ehegatte war nach den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Ehegattentestaments vom 22. Juni 1982 ohne jede Einschränkung berechtigt, nach dem Tod des Erstverstorbenen in beliebiger Weise abweichend von der Schlusserbeneinsetzung letztwillig zu verfügen. Die Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament war ausdrücklich nicht wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs.1 BGB.	24
Es kann nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden, dass das Testament vom 7. September 2004 gemäß § 2229 Abs.4 BGB wegen fehlender Testierfähigkeit der Erblasserin unwirksam war.	25
Nach § 2229 Abs.4 BGB kann ein Testament wegen Testierunfähigkeit nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähigkeit liegt also vor, wenn einem Erblasser aufgrund solcher krankhaften Erscheinungen die Einsichts- und Handlungsfähigkeit verloren gegangen sind, er mithin nicht mehr in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und danach zu handeln. Dabei genügt es zur Bejahung der Testierfähigkeit nicht, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung des Testaments und von dem Inhalt seiner letztwilligen Anordnung hatte; er muss vielmehr auch in der Lage sein, sich über die Tragweite dieser Anordnungen und ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen, ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (vgl. BGH FamRZ 1958, 127, 128; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. OLGZ 1989, 271, 273; FamRZ 1997, 1026 = NJWE-FER 1997, 206).	26
Der vom Senat bestellte Sachverständige Dr. med. U ist in seinem schriftlichen Gutachten vom 15. November 2019 zu dem Ergebnis gekommen, dass es aus nervenärztlicher Sicht nicht genügend Hinweise gibt, um eine Testierunfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 annehmen zu können. Der Senat schließt sich diesem Ergebnis nach eigener wertender Betrachtung an.	27
Der Sachverständige Dr. U ist als Arzt für Neurologie, Psychiatrie und Geriatrie ein ausgewiesener Fachmann in speziell den medizinischen Gebieten, die von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der Testierunfähigkeit gemäß § 2229 Abs.4 BGB sind. Er ist dem Senat seit Jahren als sehr genau und sorgfältig arbeitender Sachverständiger bekannt. An seiner Sach- und Fachkunde bestehen keinerlei Zweifel.	28
Das schriftliche Gutachten vom 15. November 2019 ist in seiner Darstellungsweise und Methodik nachvollziehbar. Es gelangt überzeugend zu dem Gesamtergebnis, dass bei der Erblasserin im Jahr 2004 eine „organisch affektive (manische) Störung“ nebst „leichter	29

kognitiver Störung“ bestand. Der Sachverständige Dr. U hat vorliegend sein Gutachten auf der Basis einer umfassenden Auswertung der Akten und insbesondere aller verfügbaren ärztlichen und pflegerischen Unterlagen und in Ansehung der Aussagen der in seiner Anwesenheit gehörten Beteiligten und Zeugen erstellt. Er hat die sich aus diesem sehr umfangreichen Material ergebenden Gesichtspunkte zunächst thematisch und chronologisch geordnet. Hierauf aufbauend hat er in nachvollziehbarer und verständlicher Weise seine fachmedizinischen Bewertungen und Beurteilungen erarbeitet und dargestellt. Das so strukturierte, umfassende Gutachten ist eine in sich geschlossene und widerspruchsfreie Darstellung, die ein in sich stimmiges und in hohem Grade plausibles Gesamtbild ergibt. Die einzelnen Abschnitte bauen logisch aufeinander auf und lassen keines der zahlreichen Elemente der breiten Tatsachengrundlage außer Acht. Der Sachverständige hat sich mit den aktenkundigen Einschätzungen, Diagnosen und Behandlungsmethoden der jeweils behandelnden Ärzte retrospektiv-kritisch in Ansehung der Angaben der Beteiligten und Zeugen sowie der aus den Unterlagen ersichtlichen Symptome, Verhaltensweisen und aufgetretenen Auffälligkeiten der Erblasserin seit 1998 auseinandergesetzt. Das von ihm gewonnene Gesamtbild vermag nach der eingehenden Darstellung insbesondere die aus den Angaben des Beteiligten zu 3), den Zeugenaussagen und Unterlagen ersichtliche überaus signifikante Besserung des Gesundheits- und Bewusstseinszustandes der Erblasserin ab dem Frühjahr 2000 und den gesamten weiteren Verlauf überzeugend mit der erfolgten Medikation zu erklären. Mit den Ausführungen des Sachverständigen lassen sich zudem zunächst scheinbar widersprüchlich erscheinende Darstellungen des Zustandes der Erblasserin mit den verschiedenen Facetten des Gesamtkrankheitsbildes und den Auswirkungen – inklusive unerwünschten Wirkungen – der verordneten Medikamente erklären und vereinbaren.

Der Sachverständige hat in wertender Gesamtschau der so von ihm herausgearbeiteten Erkenntnisse ausgeführt, dass das im Jahr 2004 bei der Erblasserin bestehende Krankheitsbild zu einer allenfalls leichten Hemmung und Verlangsamung des formalen Denkens sowie einer allenfalls leichten, nicht dauerhaften Minderung von Konzentration, Auffassungs- und Orientierungsvermögen sowie Merkfähigkeit und Gedächtnis geführt hat. Die in den Jahren 1999 und 2000 ausgeprägte Wahnsymptomatik war im Jahr 2004 in einem Ausmaß zurückgetreten, dass Wahnvorstellungen in keiner Weise handlungsbestimmend waren. Die somit im Jahr 2004 und etliche Jahre danach nur leicht ausgeprägten psychischen Veränderungen bei der Erblasserin haben nach den Ausführungen des Sachverständigen weder die freie Willensbildung der Erblasserin noch ihre Fähigkeit eingeschränkt, die Bedeutung und Auswirkungen ihrer am 7. September 2004 getroffenen letztwilligen Verfügung zu erkennen und einzuschätzen. Damit ist das Vorliegen der oben dargestellten Voraussetzungen des § 2229 Abs.4 BGB nicht feststellbar. 30

Dieses Ergebnis der Beweisaufnahme geht zu Lasten des Beteiligten zu 1). 31

Da die Testierfähigkeit einer volljährigen – auch einer unter Betreuung stehenden - Person der Regelfall ist, während eine Testierunfähigkeit im Sinne des § 2229 Abs.4 BGB den Ausnahmefall darstellt, trägt grundsätzlich im Erbscheinserteilungsverfahren diejenige Person die Feststellungslast, die aus einer Testierunfähigkeit für sich Vorteile herleiten will., Der Beteiligte zu 1) kann aufgrund der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Ehegattentestament nur dann Miterbe nach der Erblasserin geworden sein, wenn das Testament vom 7. September 2004 unwirksam war. Die Voraussetzungen des § 2229 Abs.4 BGB sind – wie ausgeführt – jedoch nicht feststellbar. 32

Es besteht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch unter keinem Gesichtspunkt eine Veranlassung, die Feststellungslast für die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit am 7. September 2004 zu modifizieren. Insbesondere folgt dies nicht aus dem Zustand der 33

Erblasserin im Jahr 2000. Der Sachverständige Dr. U hat in seinem Gutachten eingehend das psychiatrische Krankheitsbild der Erblasserin erarbeitet und mit seinen Ausführungen zur Medikation und deren Auswirkungen nachvollziehbar die grundlegende Besserung des Zustandes und dessen Stabilität über Jahre hinweg erläutert.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs.1 S.1 FamFG.

34

Auch im Falle einer erfolglosen Beschwerde muss nicht zwangsläufig der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen. § 84 FamFG bestimmt dies lediglich als Regelfall, ohne indes das Beschwerdegericht von einer Prüfung im Hinblick auf § 81 Abs.1 FamFG zu befreien, welche Kostenfolge den Grundsätzen billigen Ermessens am besten entspricht (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Auflage, § 84 Rn. 13). Im vorliegenden Fall ist es trotz der letztlich erfolglosen Beschwerde gerechtfertigt, die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zur Hälfte zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) zu teilen. Die vom Senat durchgeführte umfangreiche Beweisaufnahme war wegen der vom Beteiligten zu 1) insoweit zutreffend gerügten Unzulänglichkeiten der erstinstanzlich erfolgten Beweisaufnahme – insbesondere der unterbliebenen Heranziehung und Auswertung der Behandlungsunterlagen - zwingend durchzuführen. Nach Aktenlage war vor der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme das Rechtsmittel des Beteiligten zu 1) nicht ohne Aussichten auf Erfolg. Von dem Ergebnis der Beweisaufnahme wird die Beteiligte zu 2) ihrerseits profitieren können. Zur Erlangung eines Erbscheines zugunsten der Beteiligten zu 2) wird nunmehr eine Beweisaufnahme zur Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin am 7. September 2004 entbehrlich sein. Hätte nicht zunächst der Beteiligte zu 1) einen Erbscheinsantrag gestellt, sondern die Beteiligte zu 2) oder der Beteiligte zu 3) als Testamentsvollstrecker, wäre die jetzt vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme in gleicher Weise erforderlich gewesen, um die Wirksamkeit des Testaments vom 7. September 2004 feststellen zu können. Dies rechtfertigt es, auch die Beteiligte zu 2) an den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens in gleicher Weise zu beteiligen wie den Beteiligten zu 1).

35

Die entsprechenden Erwägungen führen dazu, dass für das Beschwerdeverfahren jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat.

36

Die Voraussetzungen des § 70 Abs.2 S.1 FamFG für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

37