

**letzte Aktualisierung:** 4.10.2019

OLG Köln, Beschl. v. 21.8.2019 – 2 Wx 216/19 / 2 Wx 217/19

**BGB § 134; WTG NRW §§ 7, 24, 34**  
**Erbeinsetzung einer ambulant tätigen Pflegekraft**

Die Erbeinsetzung einer ambulanten Pflegekraft durch die zu pflegende Person ist nicht gem. § 134 BGB i. V. m. § 7 WTG NRW unwirksam. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## Oberlandesgericht Köln, 2 Wx 216/19 2 Wx 217/19

**Datum:** 21.08.2019  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 2. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 2 Wx 216/19 2 Wx 217/19  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2019:0821.2WX216.19.2WX217.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Köln, 29 VI 477/17

**Tenor:** 1.  
 Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 27.03.2019 wird der am 19.03.2019 erlassene Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgerichts – Köln, 29 VI 477/17, aufgehoben. Die Sache wird unter Aufhebung des Verfahrens zur erneuten Entscheidung über den Antrag der Beteiligten zu 1) vom 02.10.2017 auf Erteilung eines Alleinerbscheins und des Antrags des Beteiligten zu 2) vom 04.10.2017 auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der ihn und den Beteiligten zu 3) als Erben zu je ½-Anteil ausweist, jeweils nach dem am 14.06.2017 verstorbenen A an das Amtsgericht Köln zurückverwiesen.

2.  
 Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erhoben. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

3.  
 Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe:** 1

I. 2

Am 14.06.2017 ist Herr A (im Folgenden: Erblasser) verstorben. Er war geschieden und hinterließ zwei Söhne, die Beteiligten zu 2) und 3). 3

Seit dem Frühjahr 2014 war der Erblasser wegen seiner Parkinsonerkrankung körperlich pflegebedürftig. Im Mai 2014 wurde er in die Pflegestufe I nach SGB XI eingeordnet. Im Haushalt unterstützte ihn zunächst eine Frau B. Ende des Jahres 2014 lernte der Erblasser die Beteiligte zu 1) kennen, die Frau B zunächst stundenweise und später tageweise vertrat und sich um den Haushalt des Erblassers kümmerte. Im Gutachten der Pflegezentrale des C vom 08.10.2015 (Bl. 61 ff. d.A.) wurde als pflegebegründende 4

Diagnose u.a. eine „nicht näher bezeichnete Demenz“ angegeben. Als „Pflegeperson“ wurde Frau B aufgeführt (Bl. 63 d.A.). Im Mai 2016 suchte der jetzige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) den Erblasser mehrfach auf und beriet ihn wegen seines Nachlasses. Anlässlich einer weiteren Begutachtung durch die Pflegezentrale des C gab die Beteiligte zu 1), die in dem Gutachten vom 10.08.2016 als „Pflegeperson B“ bezeichnet wurde (Bl. 289 d.A.), der Gutachterin Auskunft, nachdem ein Antrag auf Anerkennung der Pflegestufe 2 nach SGB XI gestellt worden war. Im September 2016 schied Frau B als Pflegeperson aus, nachdem es zwischen ihr und der Beteiligten zu 1) zu einem Zerwürfnis gekommen war. Am 14.10.2016 schloss der Erblasser einen Heimvertrag mit der D gGmbH und zog in das Altenzentrum E in F um. Den Heimvertrag unterschrieb der Erblasser, die Ermächtigung zur Verwaltung der persönlichen Barbeträge unterschrieb die Beteiligte zu 1) als Bevollmächtigte (Bl. 86 ff. d.A.). Durch Beschluss des Amtsgerichts – Betreuungsgerichts – Köln vom 27.01.2017 wurde der jetzige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) zum Betreuer des Erblassers mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Heimplatzangelegenheiten, Regelung des Postverkehrs, Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern und Wohnungsangelegenheiten bestellt (Bl. 82 f. d.A.).

Der Erblasser errichtete ein Testament, das das Datum „8.6.2016“ aufweist und in dem er die Beteiligte zu 1) als seine Erbin eingesetzt hat (Bl. 2 d. Testamentsakte 29 IV 220/17). 5

Am 02.10.2017 hat die Beteiligte zu 1) zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist (Bl. 4 ff. d.A.). Sie hat sich hierbei auf das vom Erblasser errichtete Testament gestützt und vorgetragen, dass das Testament am 08.06.2016 errichtet worden und der Erblasser zu diesem Zeitpunkt testierfähig gewesen sei. 6

Mit notarieller Urkunde vom 04.10.2017 – UR.Nr. 3110/2017 des Notars Dr. G in H – hat der Beteiligte zu 2) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn und seinen Bruder, den Beteiligten zu 3) als Miterben zu je ½-Anteil ausweist (Bl. 12 ff. d.A.). Der Beteiligte zu 2) hat vorgetragen, der Erblasser sei infolge seiner Demenzerkrankung zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nicht mehr testierfähig gewesen. Das auf den 08.06.2016 datierte Testament sei nicht am 08.06.2016, sondern später errichtet worden. Jedenfalls sei die letztwillige Verfügung gemäß §§ 134 BGB, 7 Wohn- und Teilhabegesetz NRW (=WTG) nichtig. 7

Durch am 19.03.2019 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 2) vom 04.10.2017 erforderlich sind, für festgestellt erachtet und den Antrag der Beteiligten zu 1) vom 02.10.2017 zurückgewiesen (Bl. 335 ff. d.A.). Zur Begründung hat das Nachlassgericht ausgeführt, dass das Testament gemäß §§ 134 BGB, 7 WTG nichtig sei und deshalb die Beteiligten zu 2) und 3) die gesetzlichen Erben seien. Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 19.03.2019 Bezug genommen. 8

Gegen diesen dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1) am 25.03.2019 zugestellten Beschluss hat diese mit am 01.04.2019 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 27.03.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 357 d.A.) und diese mit Schriftsatz vom 11.04.2019 begründet (Bl. 359 ff. d.A.). Sie hat vorgetragen, dass die Voraussetzungen gem. § 7 WTG nicht vorliegen würden. Zudem sei diese Vorschrift gem. § 34 WTG, den das Nachlassgericht übersehen habe, auf ambulante Dienste nur anwendbar, wenn sie Leistungen in Angeboten nach § 24 WTG erbringen würden, was hier aber nicht der Fall sei. Bezüglich der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den Inhalt der Beschwerdebegründung vom 11.04.2019 Bezug genommen. 9

Der Beteiligte zu 2) ist dem Beschwerdevorbringen mit Schriftsatz vom 29.05.2019, auf 10

dessen Inhalt Bezug genommen wird, entgegengetreten (Bl. 411 ff. d.A.).

Durch am 09.07.2019 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht der Beschwerde der Beteiligten zu 1) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 431 ff. d.A.). Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass § 34 WTG teleologisch dahin zu reduzieren sei, dass § 7 WTG nicht von ihr erfasst werde. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 09.07.2019 Bezug genommen. 11

II. 12

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in rechter Form und Frist gem. §§ 63 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2 FamFG eingelegt worden. 13

In der Sache hat die Beschwerde einen vorläufigen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Die Unwirksamkeit des auf den 08.06.2016 datierten Testaments kann nicht mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung angenommen werden, was die Zurückverweisung der Sache zur Folge hat. 14

1. 15

Das auf den 08.06.2016 datierte Testament ist nicht gem. §§ 134 BGB, 7 WTG nichtig. Dabei kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 WTG vorliegen, d.h. ob die Beteiligte zu 1) Leistungsanbieterin im Sinne von § 3 Abs. 2 WTG gewesen ist, Betreuungsleistungen im Sinne von § 3 Abs. 1 WTG für den Erblasser erbracht hat und sich für ihre Betreuungsleistungen Geld- oder geldwerte Leistungen über das vertraglich vereinbarte Entgelt hinaus hat versprechen oder gewähren lassen. Denn Leistungsanbieterin kann die Beteiligte zu 1) allenfalls in der Form eines ambulanten Dienstes gem. §§ 2 Abs. 2 Ziff. 4, 33 WTG gewesen sein. Auf ambulante Dienste sind die Regelungen des 2. Kapitels, d.h. die §§ 4-10 WTG, also auch § 7 WTG, gem. § 34 S. 1 WTG indes nur anwendbar, wenn sie ihre Leistungen in Angeboten gem. § 24 Abs. 1 WTG erbringen (Dickmann, WTG, 2. Aufl. 2016, § 7 Rn. 14 und § 34 Rn. 5, 6; Kassen/Fahnenstich/Esmeier, WTG, 2. Aufl. 2017, 676, 677), was hier bei den Leistungen der Beteiligten zu 1) für den Erblasser, der in der Zeit, in der er von der Beteiligten zu 1) betreut worden ist, allein in seinem eigenen Haushalt und nicht in einer Wohngemeinschaft mit älteren oder pflegebedürftigen Menschen oder mit Menschen mit Behinderungen gelebt hat, nicht der Fall gewesen ist. Die Anwendung des § 7 WTG ist hier daher gem. § 34 S. 1 WTG ausgeschlossen, so dass dahinstehen kann, ob die Beteiligte zu 1) einen ambulanten Dienst betrieben hat und die übrigen Voraussetzungen des § 7 WTG vorliegen. 16

Der Wortlaut des § 34 S. 1 WTG ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts und des Beteiligten zu 2) auch nicht teleologisch insoweit zu reduzieren, als § 7 WTG von § 34 S. 1 WTG nicht erfasst wird. Eine teleologische Reduktion hat im Gegensatz zur Analogie, die den Anwendungsbereich einer Norm gegen ihren Wortlaut erweitern will, das Ziel, den Anwendungsbereich einer Norm gegen ihren Wortlaut einzuschränken. Ebenso wie die Analogie setzt die teleologische Reduktion allerdings eine planwidrige Regelungslücke voraus, wobei zu deren Feststellung von der in der Gesetzesbegründung niedergelegten gesetzgeberischen Absicht ausgegangen werden kann (BGH NJW 2014, 2646-2651; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl. 2019, Einleitung vor § 1 Rn. 49, 55). Eine solche planwidrige Regelungslücke ist hier nicht ersichtlich. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht schon der eindeutige Wortlaut von § 34 S. 1 WTG, der grundsätzlich keinen Raum für eine teleologische Reduktion lässt. Zudem ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 34 S. 1 WTG und § 34 S. 2 WTG, dass der Gesetzgeber in 17

Bezug auf die Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Kapitels des WTG offensichtlich und eindeutig zwischen ambulanten Diensten, die Leistungen in Angeboten nach § 24 Abs. 1 WTG erbringen, und allen anderen ambulanten Diensten unterscheiden wollte. Während auf ambulante Dienste, die Leistungen in Angeboten nach § 24 Abs. 1 WTG erbringen, alle Vorschriften des 2. Kapitels, d.h. auch § 7 WTG, keine Anwendung finden sollen, wird für alle anderen ambulanten Dienste eine Vorschrift des 2. Kapitels ausdrücklich ausgenommen, und zwar § 9 WTG. Diese eindeutige Unterscheidung zwischen den verschiedenen ambulanten Diensten und das Herausgreifen einer konkreten Vorschrift zeigt, dass der Gesetzgeber hier offenbar bewusst unterschieden und auch sämtliche Vorschriften des 2. Kapitels des WTG in den Blick genommen hat, so dass eine unbewusste Regelungslücke ausgeschlossen werden kann. Auch die Gesetzesbegründung lässt eine abweichende Schlussfolgerung nicht zu. Eine teleologische Reduktion von § 34 S. 1 WTG scheidet im vorliegenden Fall daher aus. Auf die Frage, ob eine Anwendung von § 7 WTG im vorliegenden Fall aus verschiedenen vom Nachlassgericht genannten Gründen sinnvoll sein könnte, kommt es nicht an. Schließlich es ist allein Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, die Vorschrift des § 34 WTG gegebenenfalls zu ändern. Denn eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, also keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird, ist mit der Bindung des Richters an das Gesetz unvereinbar (BVerfG NJW 2011, 836-841, Rn. 53 nach juris).

Auch wenn es im Hinblick auf vorstehende Ausführungen nicht mehr darauf ankommt, ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine Anwendung von § 7 WTG auf alle ambulanten Leistungen nicht unproblematisch wäre, weil in diesem Fall die Abgrenzung von ambulanten Leistungen zu Hilfeleistungen von Nachbarn, Freunden und Verwandten für einen im eigenen Haushalt lebenden pflegebedürftigen Menschen zu Schwierigkeiten führen würde, die der nordrhein-westfälische Gesetzgeber offenbar vermeiden wollte.

2. 19

Nach § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG kommt eine Zurückverweisung der Sache in Betracht, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges eine Entscheidung über das verfahrensgegenständliche Rechtsverhältnis noch nicht in der gebotenen Weise umfassend getroffen hat (OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 182; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 69 Rn. 14 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Denn das Nachlassgericht hat zu den Voraussetzungen eines etwaigen Erbrechts der Beteiligten noch keine umfassenden Feststellungen getroffen. Es sind weder Feststellungen zur Testierfähigkeit des Erblassers getroffen worden noch zum Zeitpunkt der tatsächlichen Errichtung des auf den 08.06.2016 datierten Testaments. Das Nachlassgericht wird daher zu ermitteln haben, ob der Erblasser zu dem Zeitpunkt, an dem er das Testament errichtet hat, testierfähig war oder nicht, wobei die Testierfähigkeit den Regelfall, die Testierunfähigkeit den Ausnahmefall darstellt.

III. 21

1. 22

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 21 GNotKG, 81 Abs. 1 FamFG. 23

2. 24

Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG. Die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob § 34 S. 1 WTG auch § 7 WTG erfasst, hat grundsätzliche Bedeutung und stellt sich zudem in einer Vielzahl von Fällen, so dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch zur Sicherung einer 25

einheitlichen Rechtsprechung angezeigt ist. Bislang gibt es zu dieser Frage – soweit ersichtlich – weder obergerichtliche noch höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Entscheidung des OLG Frankfurt (Beschluss vom 12.05.2015 – 21 W 67/14) betrifft das Hessische Recht, das inhaltlich vom nordrhein-westfälischen Recht abweicht.

<u>Rechtsmittelbelehrung:</u>	26
Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde gegeben. Sie ist binnen einer Frist von einem Monat nach der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses durch Einreichung einer in deutscher Sprache abgefassten und unterschriebenen Beschwerdeschrift eines beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: Bundesgerichtshof, 76125 Karlsruhe) einzulegen. Die Einlegung ist auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Bundesgerichtshofs möglich. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a ZPO nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (BGBl. 2017 I, S. 3803) eingereicht werden. Weitere Informationen erhalten Sie auf der Internetseite <a href="http://www.justiz.de">www.justiz.de</a> .	27
Die Rechtsbeschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird. Sofern die Beschwerdeschrift keine Begründung enthält, ist die Rechtsbeschwerde binnen einer Frist von einem Monat zu begründen; diese Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses und kann auf Antrag durch den Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss enthalten:	28
• 1. die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird (Rechtsbeschwerdeanträge)	29 30
• 2. die Angabe der Rechtsbeschwerdegründe, und zwar	31
a) die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt;	32
b) soweit die Rechtsbeschwerde darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.	33