

**letzte Aktualisierung:** 24.6.2024

OLG Celle, Beschl. v. 9.1.2024 – 6 W 175/23

**BGB § 138**

**Sittenwidrigkeit eines notariellen Testaments zugunsten der Berufsbetreuerin**

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung (6 U 22/20, Urteil vom 7. Januar 2021) fest, dass ein (notarielles) Testament sittenwidrig sein kann, wenn eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einem von ihr herangezogenen Notar in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen (hier: 92-jährige, kranke Erblasserin, nach dem unmittelbar vor Einrichtung der Betreuung eingetretenen Tod ihrer Tochter ohne Angehörige, testiert vor einem von der Betreuerin beauftragten Notar zwei Wochen nach Einrichtung der Betreuung zugunsten der Betreuerin).

## Gründe

### I.

Die am #.#.1930 geborene Erblasserin, deren Ehemann 2004 verstorben war, lebte mit ihrer einzigen Tochter zusammen. Weitere nähere Angehörige hatte die Erblasserin nicht. Die Tochter, geschieden und kinderlos, verstarb nach längerer Krankheit am 24. September 2022 im Alter von 71 Jahren im Klinikum N. in H..

Die Erblasserin befand sich vom 2. September bis 3. Oktober 2022 im Klinikum N., und zwar in den letzten Tagen vor dem Tod der Tochter mit dieser in einem Krankenzimmer. Zwei Tage nach dem Tod der Tochter, die sich um die Angelegenheiten der Erblasserin gekümmert hatte, wurde für die Erblasserin auf Anregung des Krankenhauses N. eine Betreuung eingerichtet und die der Erblasserin bis dahin unbekannte Beteiligte zu 1, die nach eigenen Angaben seit 9. Dezember 2022 ihren jetzigen Namen trägt, zur Betreuerin der Erblasserin bestellt (AG Hannover, #####). Bei ihrer Anhörung durch die Betreuungsrichterin am 23. September 2022 hatte die Erblasserin, dort als "sehr verzweifelt" beschrieben, angegeben, sie beabsichtige, ein Testament zugunsten der Kirche zu machen (Anhörungsprotokoll Bl. 42 in 51 IV #### Amtsgericht Hannover). Vom 3. bis zum 18. Oktober 2022 befand sich die Erblasserin im DRK-Krankenhaus C. in H.; dort war sie mit Notarztbegleitung eingeliefert worden (Bl. 19). Nur kurz war sie zwischen den beiden Krankenhausaufenthalten in einer Pflegeeinrichtung untergebracht.

Die Beteiligte zu 1 beauftragte den Notar P. mit der Erstellung eines notariellen Testaments der Erblasserin. Zu diesem Zweck begab sich der Notar am 11. Oktober 2022 ins Krankenhaus und beurkundete ein Testament, das dem Senat im Original vorliegt (51 IV #### AG Hannover, S. 19 ff.). In diesem setzte die Erblasserin die Beteiligte zu 1 zu ihrer "alleinigen und uneingeschränkten Erbin meines gesamten Nachlasses ein. Hintergrund der Erbeinsetzung ist die Dankbarkeit über die Pflege, welche die Erbin mir seit ihrer Bestellung als Betreuerin zukommen lässt." Der Ev.-luth. N. Kirchengemeinde in H. wandte sie einen Betrag von 10.000 € als Vermächtnis zu. Den Reinwert ihres Vermögens gab die Erblasserin mit ca. 350.000 € an.

Nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus am 18. Oktober 2022 nahm die Beteiligte zu 1 die Erblasserin bei sich zu Hause auf. Mit notarieller Urkunde des Notars P. vom 20. Oktober 2022 beantragte die Beteiligte zu 1 in ihrer Eigenschaft als Betreuerin der Erblasserin einen Erbschein, wonach die Tochter der Erblasserin von dieser allein beerbt worden sei; der Erbschein wurde mit Datum vom 7. Dezember 2022 antragsgemäß erteilt (56 VI #### Amtsgericht Hannover, wo sich Bl. 21 auch der Hinweis findet, dass die Beteiligte zu 1 den Tod der Erblasserin dem Nachlassgericht nicht angezeigt habe). Die Erblasserin starb am 22. Oktober 2022 im Haus der Beteiligten zu 1.

Unter Verweis darauf, dass die Erblasserin im Betreuungsverfahren geäußert habe, sie beabsichtige, ein Testament zu Gunsten der Kirche zu machen, sowie darauf, dass die Errichtung des Testaments sehr früh nach Beginn der Betreuung und der Kontaktaufnahme der Betreuerin, der Beteiligten zu 1, zur Erblasserin erfolgt sei, sodass das notarielle Testament sittenwidrig sein könne, ordnete das Amtsgericht mit Beschluss vom 3. Februar 2023 Nachlasspflegschaft an und bestellte den Beteiligten zu 2, Rechtsanwalt, zum Nachlasspfleger mit den Aufgabenkreisen Sicherung sowie Verwaltung des Nachlasses. Mit Beschluss vom 20. Juli 2023 erweiterte das Amtsgericht den Wirkungskreis auf die Erbenermittlung. Beschwerde wurde dagegen nicht eingelegt.

Den notariellen Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 vom 31. August 2023 hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 10. Oktober 2023 zurückgewiesen. Das notarielle Testament sei sittenwidrig, was näher ausgeführt wird.

Gegen den Beschluss hat die Beteiligte zu 1 unter dem 2. November 2023 Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 30. November 2023 begründet.

## II.

Die Beschwerde ist unbegründet.

1. Der Senat folgt nicht der Auffassung der Beschwerde, dass es keine Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin gebe.

Nach § 2229 Abs. 4 BGB "kann ein Testament 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".

a) Konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin am 11. Oktober 2022 ergeben sich aus verschiedenen Arztberichten. So findet sich im Arztbrief des C.hauses vom 14. Oktober 2022 (drei Tage nach Beurkundung des Testaments) der Hinweis auf den Verdacht einer senilen Depression, weswegen eine antidepressive Therapie mit Mirtazapin eingeleitet worden sei. In seiner ärztlichen Bescheinigung vom 14. September 2023 hat Dr. P., nach eigenen Angaben seit April 2015 betreuender Hausarzt der Erblasserin, sich zur Testierfähigkeit wie folgt geäußert: "Sollte das Testament im Oktober unterzeichnet worden sein, so kann man nach meiner Einschätzung schon Zweifel an der Testierfähigkeit haben, alleine aufgrund des schlechten Allgemeinzustandes mit Todeswunsch (stand im Entlassungsbefehl der Klinik) und unter der bestehenden Medikation."

b) Einer Entscheidung über die Testierfähigkeit der Erblasserin bedarf es allerdings nicht. Entgegen der Auffassung der Beschwerde kommt es für die im Anschluss zu erörternde Frage der Sittenwidrigkeit auch nicht auf eine fortbestehende Testierfähigkeit der Erblasserin an. Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 7. Januar 2021 (6 U 22/20) vor Erörterung und Bejahung der Sittenwidrigkeit auch die Testierunfähigkeit des Erblassers bejaht. Allerdings hat er dabei in keiner Weise einen Zusammenhang dergestalt hergestellt, dass die Annahme der Sittenwidrigkeit die Feststellung der Testierunfähigkeit voraussetzt.

2. Das notarielle Testament der Erblasserin vom 11. Oktober 2022 ist unter Würdigung aller konkreten Umstände des Falls sittenwidrig, § 138 BGB, und damit nichtig, sodass die Beteiligte zu 1 daraus nichts für sich herleiten und insbesondere keinen Erbschein ausgestellt erhalten kann.

a) In seinem - rechtskräftigen - Urteil vom 7. Januar 2021 in 6 U 22/20 hat der Senat die Auffassung vertreten, dass ungeachtet der nach wie vor fehlenden Wertung des Gesetzgebers, dass Zuwendungen des Betreuten an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen sind, ein notarielles Testament zugunsten einer Berufsbetreuerin sittenwidrig sein kann, wenn eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren

Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einer von ihr herangezogenen Notarin in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen. Daran hält der Senat fest.

aa) Reichenberg verkennt in seiner Anmerkung (NJW 2021, 1686 [OLG Celle 07.01.2021 - 6 U 22/20]), von der Fragwürdigkeit der Bedeutung seines "Rechtsgefühls" ganz abgesehen, dass der von ihm gewählte Obersatz, die Verfügung des Erblassers selbst müsse sittenwidrig sein, zu kurz greift. Es geht auch nicht um die Frage, ob es eine allgemeine Wertung gibt, wonach die Erbeinsetzung eines Berufsbetreuers (objektiv) sittenwidrig ist. Es geht darum, ob im konkret zu betrachtenden Fall Sittenwidrigkeit aufgrund der Gesamtumstände angenommen werden muss.

Anerkanntermaßen kann sich Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts ergeben, in die Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts einzubeziehen sind (vgl. nur BGH, IVb ZR 91/88, Urteil vom 19. Dezember 1989, juris), womit einem Abstellen allein auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts eine Absage erteilt ist. Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit auch die Umstände, die zur Vornahme des Rechtsgeschäfts geführt haben, wohingegen das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich sind (vgl. nur BGH, IX ZR 199/91, Urteil vom 7. Januar 1999, juris).

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich auch aus den Umständen ergeben, in welche das Rechtsgeschäft eingebettet ist. "So können Rechtsgeschäfte mit dem gleichen unmittelbaren Inhalt je nach den Umständen sittenwidrig oder gültig sein" (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 4. Aufl. 1992, § 18 2. c), S. 372). Wird die Möglichkeit einer solchen Umstandssittenwidrigkeit anerkannt (so auch Leipold, ZEV 2021, 485), ist der oben genannte Obersatz, die Verfügung des Erblassers selbst müsse sittenwidrig sein, unrichtig.

Die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit eines Testaments im Sinne einer Umstandssittenwidrigkeit findet sich bereits in der Entscheidung des BayObLG vom 18. Dezember 1997 in 1 Z BR 73/97. Dort allerdings bedurfte die Frage, "unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, wenn der Betreuer seine Stellung dazu missbraucht hat, die Entscheidungsfreiheit des Betreuten in rechtlich anstößiger Weise zu beeinträchtigen", keiner Entscheidung.

Und in der vom Senat bereits in seinem Urteil vom 7. Januar 2021 zitierten BGH-Entscheidung vom 4. Juli 1990 in IV ZR 121/89 heißt es: "Auch unentgeltliche Geschäfte der hier vorliegenden Art können im Einzelfall durchaus sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 BGB ohne rechtliche Wirkung sein. Maßgebend für ein derartiges Unwerturteil sind hier allerdings weniger der objektive Inhalt der Geschäfte als solcher oder die Motive und die damit verfolgten Zwecke der Erblasserin als vielmehr die Motive des Beklagten, die von ihm verfolgten Zwecke und die Art und Weise seines Vorgehens. Wie das Berufungsgericht im Ansatz erkannt hat (...), kann es sich um einen Fall handeln, in dem aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen werden (...). Hier kann es darauf ankommen, ob die Erblasserin sich etwa den Wünschen des Beklagten nach vermögenswerten Zuwendungen nach ihrer Persönlichkeitsstruktur (ihrem Zustand) seinerzeit nicht (oder kaum) hätte entziehen können, ob der Beklagte dies gewusst (oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschlossen) hat und ob er eine etwa fehlende (oder geschwächte) Widerstandskraft (gesteigerte Beeinflussbarkeit) der Erblasserin eigensüchtig ausgenutzt (oder es sogar darauf angelegt) hat."

bb) Auch die Kritik von Litzenburger (FD-ErbR 2021, 437206) an der Senatsentscheidung überzeugt nicht. Es gibt keinen überzeugenden Grund, die Umstandssittenwidrigkeit überhaupt zu leugnen oder auf mehrseitige Rechtsgeschäfte zu beschränken (auch Flume, a. a. O., nimmt

eine solche Beschränkung nicht vor, s. außerdem Leipold, ZEV 2021, 485, 486). Dann könnte ein Erbvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, ein Testament aber nicht, was nicht einleuchtet.

Die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 2078 BGB schließt die Annahme der Sittenwidrigkeit nicht notwendigerweise aus; jedenfalls kann der Vorrang nur so weit gehen, wie der Anwendungsbereich von § 2078 BGB reicht. Die Vorschrift schützt aber nicht vor der Entstehung psychischer Zwangslagen (s. a. BVerfG, 1 BvR 434/98, Beschluss vom 3. Juli 1998, juris).

cc) Mit dem Hinweis der Beschwerde darauf, dass die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden könne (so auch Centner, ZEV 2021, 392, unter Verweis auf BGH, IV ZR 231/92, wo sich diese Begrifflichkeit allerdings nicht findet), ist für die praktische Rechtsanwendung wenig geholfen. In BGH, IV ZR 231/92, ging es um die Frage der Sittenwidrigkeit von Behindertentestamenten. Um Fälle, in denen die Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung aufgrund einer (angeblich) verwerflichen Gesinnung des Testierenden selbst, wie etwa auch in der (früheren) Fallgruppe der sog. "Geliebtentestamente" (vgl. nur BGHZ 53, 369), in Rede steht, geht es vorliegend aber nicht.

dd) Soweit die Beschwerde die Entscheidung des OLG Nürnberg vom 19. Juli 2023 (15 Wx 988/23) in Bezug nimmt, überzeugt dies nicht. Die Kritik an der Senatsentscheidung vom 7. Januar 2021 beschränkt sich dort im Wesentlichen auf die Feststellung, dass die Entscheidung "in der Kommentierung und Literatur mit nachvollziehbarer Begründung auf Ablehnung gestoßen" sei. Der Senat beschränkt sich daher auf den Verweis auf die kritische Anmerkung von Leipold (ZEV 2023, 823 f.).

ee) Auch der wiederholt erfolgte Hinweis auf den Schutz der Testierfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG, überzeugt nicht.

Die Testierfreiheit schützt das Recht des Erblassers, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln (BVerfG, 1 BvR 2248/01, Beschluss vom 22. März 2004, juris). Von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen (BVerfG, 1 BvR 2161/94, Beschluss vom 19. Januar 1999, juris). Dabei können auch Testierverbote Ausdruck der Testierfreiheit sein (BVerfG, 1 BvR 434/98, Beschluss vom 3. Juli 1998 zu § 14 HeimG: "Die [verfassungsgemäße] Vorschrift soll alte Menschen davor bewahren, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird.").

Die Testierfreiheit des Erblassers wird nicht durch eine formale Betrachtungsweise geschützt, die letztlich nur darauf hinausläuft, auf die nicht widerlegte Testierfähigkeit abzustellen und Umstände außerhalb der Urkunde auszublenden, obwohl sie Einfluss auf das Zustandekommen bzw. den Inhalt der Urkunde genommen haben. Mit einer rein formalen Argumentation wird die Testierfreiheit in Fällen wie dem vorliegenden in ihr Gegenteil verkehrt. Geschützt werden muss die "faktische Testierfreiheit" (BVerfG, 1 BvR 434/98, Beschluss vom 3. Juli 1998, juris).

Formalismus verbietet sich anerkanntermaßen im Hinblick darauf, dass sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes eine objektive Wertordnung verkörpert, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und der vor allem auch bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln maßgebliche Bedeutung zukommt; indem solche Generalklauseln wie § 138 BGB ganz allgemein etwa auf die guten Sitten verweisen, verlangen sie von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden (st. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 ff. [BVerfG 15.01.1958 - 1 BvR 400/51]; "Lüth"). Bedeutung entfaltet diese Rechtsprechung etwa bei der Inhaltskontrolle von Bürgschaften naher, aber einkommens- und vermögensloser Angehöriger (BVerfGE 89, 215 ff. [BVerfG 19.10.1993 - 1 BvR 567/89]); das BVerfG sah in der bewusst unterlassenen Inhaltskontrolle durch den BGH eine Verkennung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie. Diese Grundsätze finden Anwendung auch im Erbrecht (1 BvR 2248/01, Beschluss vom 22. März 2004, juris: "Hohenzollern": die "Ebenbürtigkeitsklausel" darf keinen unzumutbaren Druck bei Eingehung einer Ehe erzeugen). Dabei gibt es keinen Grund, die Rechtsprechung zur objektiven Wertordnung der Grundrechte auf Verträge zu begrenzen (1 BvR 112/65, Beschluss vom 14. Februar 1973, juris: "Soraya"). Ein Verzicht auf die Kontrolle von Inhalt und Abschlussbedingungen von Rechtsgeschäften kann damit nie allein mit dem formalen Verweis auf Grundrechtsbestimmungen begründet werden.

ff) Bestätigt sieht sich der Senat (mit Leipold, ZEV 2023, 824) durch ein neueres Urteil des BGH vom 15. November 2022 (X ZR 40/20). Dort heißt es für einen Schenkungsvertrag, dass sich die Sittenwidrigkeit eines unentgeltlichen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 1 BGB nicht nur aus Motiven des Zuwendenden, sondern auch und sogar in erster Linie aus den Motiven des Zuwendungsempfängers ergeben könne. So könne es sich um einen Fall handeln, indem aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen würden. Hierfür könne von Bedeutung sein, ob der Schenker sich den Wünschen des Beschenkten aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur nicht oder kaum entziehen können, ob der Beschenkte dies gewusst oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschlossen habe und ob er die fehlende oder geschwächte Widerstandskraft des Schenkers eigensüchtig ausgenutzt oder es sogar darauf angelegt habe. In diesem Zusammenhang könnten die in § 138 Abs. 2 BGB besonders hervorgehobenen Gesichtspunkte insbesondere im Hinblick auf das Verhalten des Zuwendungsempfängers auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein. Es handele sich um einen Nichtigkeitsgrund, der gegebenenfalls auch die (bloße) Anfechtbarkeit nach § 123 Abs. 1 BGB überlagere, weil nicht die Drohung mit einem künftigen Übel, sondern die Ausnutzung der vorhandenen Zwangslage im Vordergrund stehe oder hinzutrete.

Diese Überlegungen lassen sich ohne weiteres auch auf die Beurteilung von Zuwendungen durch letztwillige Verfügung übertragen, zu denen der Anstoß vom Zuwendungsempfänger (also dem Berufsbetreuer) unter Ausnutzung der Situation des Erblassers ausging (so auch Leipold, ZEV 2023, 824).

b) Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen ist für vorliegenden Sachverhalt in Anknüpfung an das Senatsurteil vom 7. Januar 2021 von einer Sittenwidrigkeit des notariellen Testaments vom 11. Oktober 2022 auszugehen.

Die Erblasserin war bei Beurkundung des notariellen Testaments 92 Jahre alt. Angehörige hatte sie, nachdem ihre Tochter als ihre einzige Angehörige wenige Wochen zuvor verstorben war, nicht mehr. Sie hatte schon vor dem Tod ihrer Tochter "keinen Lebenswillen mehr" (Stellungnahme des Krankenhauses N. vom 14. September 2023 (Bl. 78). Die Tochter war es

gewesen, "die sich um die finanziellen Belange einschließlich der Verwaltung von Eigentum kümmerte" (Stellungnahme des Klinikums N. vom 21. September 2022 gegenüber dem Betreuungsgericht, Bl. 14). Die Erblasserin hielt sich seit mehreren Wochen in verschiedenen Krankenhäusern auf. Ihr Gesundheitszustand war schlecht. Im Arztbrief des Klinikums N. vom 30. September 2022 (Bl. 79 ff.) ist neben Herzinsuffizienz von Aorteninsuffizienz und Hypertonie sowie Vorhofflimmern die Rede, außerdem von einer chronisch depressiven Erkrankung und einer derzeit schweren Episode in Kombination mit Trauerreaktion. "Zur bereits bestehenden schweren depressiven Episode kam somit eine Trauerreaktion der Patientin hinzu" (Bl. 80 Rück). Im Arztbrief des C.hauses vom 14. Oktober 2022 (Bl. 18 ff.) heißt es unter Vordiagnosen u. a.: "Herzinsuffizienz mit schwer eingeschränkter Pumpfunktion, paroxysmales Vorhofflimmern, schwere depressive Episode nach Verlust der Tochter". Es könne bereits vorher eine senile Depression bestanden haben. Eine Medikation mit Mirtazapin, einem Antidepressivum, sei indiziert. In Anwesenheit der Berufsbetreuerin sei mit der Patientin eine Therapielimitierung besprochen worden. "Hinweise auf schwere depressive Symptome" wurden vom Krankenhaus N. bereits bei einem psychologischen Gespräch am 15. September 2022 gefunden (Bl. 78). In der "ärztlichen Bescheinigung" des behandelnden Hausarztes Dr. P. vom 14. September 2023 (Bl. 82 f.) heißt es unter anderem, er habe die Erblasserin seit April 2015, vorwiegend per Hausbesuch, betreut. "Sie war über die Jahre hin weltfremd geworden, konnte schlecht hören und lebte mit ihrer psychisch kranken und körperlich immer mehr verfallenden Tochter in einer Wohnung."

Von Bedeutung für die Annahme der Sittenwidrigkeit ist für den Senat weiter, dass die Beauftragung des Notars P. nicht durch die Erblasserin erfolgte, obwohl diese unter Zugrundelegung des gesamten Akteninhalts dazu ohne Weiteres in der Lage gewesen wäre, sondern durch die Beteiligte zu 1. Nach Angaben des beurkundenden Notars in seiner Stellungnahme vom 9. Februar 2023 gegenüber dem Nachlassgericht (Bl. 8) hatte sie ihn nicht nur kontaktiert, ihm Unterlagen zur Verfügung gestellt und ihm das Anliegen geschildert, sondern auch bereits den Wunsch der Erblasserin mitgeteilt, dass sie, die Beteiligte zu 1, als Erbin eingesetzt werden solle. Bestätigt hat der Notar dies in seiner weiteren Stellungnahme vom 12. April 2023 (Bl. 46), wo es heißt, die Beteiligte zu 1 "hat gewusst, dass sie als Erbin eingesetzt werden soll, dies hat sie mir schon bei der Terminvereinbarung für die Vorbesprechung telefonisch berichtet". Weiter heißt es in den Stellungnahmen des Notars, dass sie "flankierend dabei" gewesen sei, ihn im Krankenhaus angemeldet und zum Krankenzimmer gebracht habe. Sie habe ihn bei der Vorbesprechung kurz bei der Erblasserin als Notar vorgestellt, dann aber das Zimmer verlassen. Weiter heißt es in der Stellungnahme vom 12. April 2023, die Beteiligte zu 1 habe eine Bankvollmacht gehabt (Bl. 46). Folglich kannte die Beteiligte zu 1 auch die finanziellen Verhältnisse der nicht unvermögenden Erblasserin.

Zwar heißt es am Schluss der Stellungnahme des Notars, er habe "keinen Anhaltspunkt für eine Sittenwidrigkeit gefunden", er macht dabei aber nicht deutlich, was er in diesem Zusammenhang konkret geprüft haben will, um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen. Dies ist umso bemerkenswerter, als der Notar selbst davon ausgegangen war, dass es sich um einen "sehr ungewöhnlichen Vorgang" handelte (Bl. 9).

In Anbetracht der Angaben des Notars kann der Senat der schriftlichen Erklärung der Beteiligten zu 1 vom 13. Februar 2023 gegenüber dem Nachlassgericht (Bl. 10 ff.) keinen Glauben schenken, wonach ihr "definitiv nicht bewusst" gewesen sei, dass die Erblasserin sie als Alleinerbin eingesetzt habe. Der Senat sieht darin den Versuch, ihren Einfluss auf die Erblasserin zu verschleiern.

Die persönliche Aufnahme der Erblasserin bei der Beteiligten zu 1 nach Entlassung aus dem Krankenhaus für die letzten verbleibenden Tage wertet der Senat als ein mindestens unprofessionelles Verhalten der Berufsbetreuerin (was sie möglicherweise gar nicht anders sieht, wenn sie gegenüber dem Nachlassgericht schreibt, "das ging weit über die Tätigkeit der Berufsbetreuung hinaus", Bl. 12). Ihre Aufgabe bestand nicht darin, sich persönlich wie eine Pflegekraft um die Erblasserin zu kümmern (es war nach ihren eigenen Angaben ohnehin auch ein ambulanter Pflegedienst beauftragt). Sie war, und das musste sie als Berufsbetreuerin auch wissen, "nur" rechtliche Betreuerin. Des persönlichen Kontakts bedarf es nur, soweit dies für die rechtliche Besorgung der Angelegenheiten des Betreuten erforderlich ist. Dies bestimmt ausdrücklich § 1816 Abs. 1 BGB n.F. Dass die Vorschrift erst ab 1. Januar 2023 gilt, ist dabei ohne entscheidende Bedeutung, weil mit der Regelung keine wesentliche Veränderung der bisherigen Rechtslage verbunden ist. Mit der Aufnahme bei ihr war es praktisch ausgeschlossen, dass die Erblasserin, etwa ihrem am 23. September 2022 gegenüber der Betreuungsrichterin geäußerten Wunsch entsprechend, anderweit testieren würde.

Die Beteiligte zu 1 kann sich auch nicht auf eine mit der Beschwerde behauptete Unerfahrenheit stützen. Sie wurde mit Schreiben der Region Hannover vom 22. September 2022 dem Betreuungsgericht als Betreuerin vorgeschlagen. Dort heißt es auch, sie führe aktuell 13 Betreuungen (Bl. 41 in 51 IV ### Amtsgericht Hannover).

Hinzu kommt der zeitliche Ablauf. Zwischen der Bestellung der Beteiligten zu 1 als Betreuerin der Erblasserin und der Beurkundung des Testaments beim zweiten Besuch des Notars lagen nur rund zwei Wochen. In dieser Zeit hielt sich die Erblasserin jedenfalls überwiegend im Krankenhaus auf, sodass es besonders unverständlich erscheinen muss, dass es im Testament heißt, die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 erfolge aus Dankbarkeit für die Pflege, welche die Erbin ihr, der Erblasserin, seit ihrer Bestellung als Betreuerin habe zukommen lassen. Der Senat kann auch nicht der Auffassung der Beteiligten zu 1 aus ihrem Schreiben vom 13. Februar 2023 an das Nachlassgericht folgen, wonach sich zwischen ihr und der Erblasserin "ein sehr inniges und herzliches Verhältnis entwickelt" habe (Bl. 10). Darüber geht die Beschwerde sogar noch hinaus, wenn es dort ungeachtet des zeitlichen Ablaufs heißt, es habe sich nach dem Tod der Tochter "so etwas wie ein zweites Mutter-Tochter-Verhältnis entwickelt". Solche beschönigenden Beschreibungen entbehren aber jeder tatsächlichen Grundlage. Der Erstkontakt hatte nur zwei Wochen vor der Testamentserrichtung stattgefunden, und zwar in einer für die Erblasserin besonders schwierigen Situation. Sie war nach dem Tod der Tochter vereinsamt, ohne Angehörige, befand sich außerhalb der ihr bekannten und vertrauten Umgebung und war auf die Beteiligte zu 1 angewiesen.

Der Nachlasspfleger hat sich in einer Mail vom 8. März 2023 (Bl. 36) an das Nachlassgericht dahingehend geäußert, dass er ein längeres Gespräch mit der Beteiligten zu 1 geführt habe, er ihr die Angabe, dass es ihr nicht ums Geld gehe und sie nur den Willen der Erblasserin durchsetzen wolle, "schlicht und ergreifend nicht" geglaubt habe. Aus der Mail ergibt sich weiter, dass die Beteiligte zu 1 100.000 € (zur Begleichung der Erbschaftsteuer) bereits auf ein separates Konto übertragen habe. Die Rückzahlung habe die Beteiligte zu 1 zugesagt.

Die genannten Umstände reichen im Rahmen einer Gesamtwürdigung dem Senat aus, um auch für vorliegenden Sachverhalt zur Annahme der Sittenwidrigkeit und damit der Nichtigkeit des notariellen Testaments zugunsten der Beteiligten zu 1 zu gelangen. Eine noch weitergehende Aufklärung dazu, wie sich die Einwirkung der Beteiligten zu 1 auf die Erblasserin im Einzelnen gestaltete, hält der Senat nicht für erforderlich (selbst im Strafverfahren wäre dies nicht erforderlich, vgl. BGH, 3 StR 132/18, Beschluss vom 24. Juli 2018, Rn. 20 bei juris).

### III.

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde nicht zu, weil die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG nicht vorliegen. Die Möglichkeit, dass Testamente sittenwidrig sein können, dürfte außer Frage stehen. Ob dies der Fall ist, ist letztlich eine Frage des konkreten Einzelfalls. Von Entscheidungen anderer Gerichte zu vergleichbaren Sachverhalten weicht der Senat nicht ab.

Der bereits erwähnte Beschluss des BayObLG vom 18. Dezember 1997 in 1 Z BR 73/97 hat die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung verneint, allerdings für einen Sachverhalt, der unter anderem dadurch gekennzeichnet war, dass zwischen der Erblasserin und dem Betreuer eine langdauernde Lebensgemeinschaft bestanden hatte und der Betreuer auf den ausdrücklichen Wunsch der Erblasserin zu ihrem Betreuer bestellt worden war, weil er schon bisher ihre Angelegenheiten in vermögensrechtlichen Fragen für sie erledigt hatte und sie ihm vertraute.

Vom Beschluss des OLG Frankfurt vom 21. Dezember 2023 (21 W 91/23) liegt dem Senat nur eine Presseerklärung des Gerichts vom 3. Januar 2024 vor. Danach soll die Erbeinsetzung eines behandelnden Arztes nicht zur Nichtigkeit eines Testaments führen. Der Sachverhalt ist allerdings nicht vergleichbar; die Beziehung zwischen Arzt und Patient unterscheidet sich deutlich von dem Verhältnis zwischen Betreutem und (von dritter Seite ausgesuchtem) Berufsbetreuer. Überdies lässt sich der Presseerklärung nicht entnehmen, dass § 138 BGB überhaupt geprüft wurde.

Der Beteiligten zu 1 bleibt unbenommen, Erbenfeststellungsklage zu erheben.

### IV.

Einer Entscheidung über die Kosten bedarf es nicht. Die Pflicht, die Gerichtsgebühren des erfolglosen Beschwerdeverfahrens zu tragen, folgt aus dem Gesetz (§ 25 Abs. 1, § 22 Abs. 1 GNotKG).

Die Erstattung notwendiger Aufwendungen kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil sich niemand in einem der Beschwerde entgegengesetzten Sinn am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 61 Abs. 1, § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GNotKG. Maßgeblich ist das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten zu 1, aufgrund testamentarischer Erbfolge alleinige Erbin geworden zu sein. Der Senat hat den von der Beteiligten zu 1 in ihrem notariellen Erbscheinsantrag vom 31. August 2023 angegebenen Wert des reinen Nachlasses von ca. 350.000 € zugrunde gelegt, die Angaben des Beteiligten zu 2 im vorläufigen Nachlassverzeichnis vom 6. Juni 2023 (353.000, Bl. 57 ff.) und der Beteiligten zu 1 in deren Nachlassverzeichnis vom 19. Februar 2023 (332.000 €, Bl. 31) weichen davon nicht wesentlich ab. Von dem Betrag von 350.000 € war in Anlehnung an die ständige Praxis zur Wertfestsetzung bei der positiven Feststellungsklage ein Drittel wegen der eingeschränkten Funktion des Erbscheins (nur Legitimationswirkung) in Abzug zu bringen.