

**letzte Aktualisierung:** 25.10.2019

OLG Koblenz, Urt. v. 15.11.2018 – 1 U 1198/17

**BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 104 Nr. 2, 437, 2229 Abs. 4, 2342, 2275  
Geschäfts- und Testierfähigkeit am Krankenbett unter dem Einfluss von Medikamenten**

1. Zur Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers, der zwei Tage vor seinem Tode vor einem Notar am Krankenbett einen Erbvertrag schließt und unter Medikamenteneinfluss steht.
2. Zur Frage, ob der Testierende seine Willenserklärung mündlich abgeben muss oder ob es hierfür eine Erklärung durch Gebärden bzw. Kopfnicken genügt.



# Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

## Urteil

In dem Rechtsstreit

...

**- Kläger und Berufungskläger -**

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt ...

gegen

...

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Itzel, den Richter am Oberlandesgericht Groß und die Richterin am Oberlandesgericht Voltz auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2018 für Recht erkannt:

1. Das am 26.04.2018 verkündete Versäumnisurteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz bleibt aufrechterhalten.
2. Der Kläger hat die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das vorliegende Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## Gründe:

### I.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Erbvertrages.

Der Kläger ist das einzige gemeinsame Kind der Beklagten und des am 18.05.2014 verstorbenen Erblassers ...[A]. Er begehrt die Feststellung, dass er Alleinerbe des Erblassers geworden ist.

Am 16.05.2014, zwei Tage vor dem Tod des Erblassers, haben sich die Beklagte und der Erblasser durch Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Dieser Erbvertrag wurde von dem Notar ...[B] im Krankenhaus am Krankenbett des Erblassers beurkundet.

Der Kläger hält diesen Erbvertrag für unwirksam und ist der Ansicht, dass ein früherer Erbvertrag vom 14.08.1969 Gültigkeit habe, nach dem der Kläger als Alleinerbe seines Vaters eingesetzt ist.

Er hat vorgetragen, dass der Erblasser die beurkundete Erklärung so abgegeben habe, dass er auf die dreimalige Nachfrage des Notars, ob er das Vorgelesene verstanden habe, genickt habe. Dies sei jedoch für die wirksame Errichtung eines Erbvertrages nicht ausreichend. Der Erblasser sei außerdem gar nicht testierfähig gewesen. Am Vortag sei der Erblasser zeitlich und örtlich nicht orientiert und infolge der Gabe eines Fentanyl-Pflasters nur schwer erweckbar gewesen. Auch am 16.05.2014 habe der Erblasser aber um 10:00 Uhr und um 14:00 Uhr wieder ein Fentanyl-Pflaster erhalten, außerdem um 15:00 Uhr noch 5 mg Morphin als Schmerzmittel. Der Notar sei über die Gabe dieser Schmerzmittel nicht informiert gewesen und zudem durch Druckausübung seitens der Beklagten zu einer unrichtigen Auffassung hinsichtlich der Testierfähigkeit des Erblassers gelangt. Der Erblasser habe den Erbvertrag zudem nicht eigenhändig unterschrieben, dazu sei er gar nicht mehr in der Lage gewesen. Auch habe der Erblasser zuvor immer wieder erklärt, dass er zu seinem Sohn stehe, es könne daher nicht sein Wille gewesen sein, den Kläger zu enterben. Die Beklagte habe eine Vorsorgevoll-

macht verwendet, die gefälscht gewesen sei. Sie habe diese Fälschung dazu benutzt, den Erblasser in einem Hospiz unterzubringen, wodurch dessen Leben verkürzt worden sei. Die Beklagte sei deshalb erbunwürdig.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt

festzustellen, dass er Alleinerbe des am 18.05.2014 in ... verstorbenen ...[A] ist.

Die Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, dass der Erblasser testierfähig gewesen sei und dies von dem beurkundenden Notar auch zutreffend so festgestellt worden sei. Es habe dem erklärten Willen des Erblassers entsprochen, dass der Kläger enterbt werde.

Das Landgericht hat über den Zustand des Erblassers vor der Errichtung des Erbvertrages Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen ...[B] sowie durch Vernehmung der Zeugen ...[C], ...[D], ...[E], ...[F], ...[G] und ...[H]. Außerdem hat das Landgericht zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. med. ...[J] in der „Anlagenmappe Gutachten“ und sein in der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2017 mündlich erstattetes Gutachten (Bl. 275 d.A.) Bezug genommen, außerdem auf die Sitzungsprotokolle vom 29.11.2016 (Bl. 83 ff. d.A.) und vom 29.08.2017 (Bl. 270 ff. d.A.).

Durch Urteil vom 26.10.2017 hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, dass es nach der Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen habe, dass der Erblasser bei Errichtung des Erbvertrages testierfähig gewesen und der Erbvertrag auch nicht aus anderen Gründen unwirksam sei. Der Sachverständige Dr. ...[J], der sein Gutachten auf die vorliegenden ärztlichen Berichte und die Angaben der zu dem Gesundheitszustand des Erblassers gehörten Zeugen gestützt habe, habe ausgeführt, dass der Erblasser am 16.05.2018 zwar sterbenskrank gewesen sei und unter starken Schmerzen gelitten habe; sich dies aber nicht auf seine Testierfähigkeit ausgewirkt habe. Die Schmerzmittel Fentanyl und Morphin seien lediglich in Dosen verabreicht worden, die auf die Testierfähigkeit keinen Einfluss gehabt hätten. Das von den Zeugen geschilderte Verhalten des Erblassers unmittelbar vor Errichtung des Erbvertrages und der von dem Notar ...[B] beschriebene

Eindruck von dem Erblasser bei der Errichtung des Erbvertrages belegten, dass der

Erblasser testierfähig gewesen sei. Soweit sich aus den Aussagen der Zeugen und dem Inhalt der Krankenakte, insbesondere was den Vortag angehe, Hinweise auf Verwirrheitszustände des Erblassers ergäben, könne dies auf ein Delir zurückzuführen sein. Solche Verwirrheitszustände könnten durchaus den Charakter einer Störung der Geistestätigkeit, die die freie Willensbestimmung ausschließe, erreichen. Hierbei handele es sich jedoch nur um kurzzeitige Erscheinungen. Vor und nach deren Auftreten bestünden bei den Betroffenen keine psychopathologischen Auffälligkeiten. Ein solcher Zustand - soweit er am 15.05.2014 vorgelegen habe - lasse daher keine Rückschlüsse auf den Zustand des Erblassers bei der Errichtung des Erbvertrages am Folgetag zu. Auch der Umstand, dass der Erblasser am 15.05.2014 auf die Gabe von Fentanyl möglicherweise mit Schläfrigkeit reagiert habe, spreche nicht dafür, dass dies am 16.05.2014 ebenso gewesen sein müsse. Das Verhalten des Erblassers, wie es von den Zeugen geschildert worden sei, spreche vielmehr gegen eine solche Reaktion am 16.05.2014 und dagegen, dass sich der Erblasser bei Errichtung des Erbvertrages in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befunden habe.

Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass es aufgrund der Aussage des Zeugen ...[B], der entsprechend bekundet habe, auch davon überzeugt sei, dass der Erblasser den Erbvertrag eigenhändig unterschrieben habe.

Der Erbvertrag sei auch nicht deshalb unwirksam, weil der Erblasser seinen Willen nicht mündlich, sondern lediglich körpersprachlich durch Kopfnicken erklärt habe. § 2232 BGB habe zwar in seiner bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung tatsächlich eine mündliche Erklärung des letzten Willens verlangt, die seit dem 01.01.2002 geltende neue Fassung der Norm setze dies indessen gerade nicht mehr voraus. Sinn der Gesetzesänderung sei es gewesen, auch Personen, die nicht (mehr) sprechen können, die Möglichkeit zu eröffnen, ihren letzten Willen zu erklären. Hierzu genüge aber das von dem Zeugen ...[B] geschilderte körpersprachlich eindeutige Kopfnicken.

Damit sei im Ergebnis ein wirksamer Erbvertrag zustande gekommen. Die Wirksamkeit des Erbvertrages scheitere auch nicht an einer Erbunwürdigkeit der Beklagten, denn es gebe kein rechtskräftiges Urteil, das ihre Erbunwürdigkeit feststelle, § 2342 BGB.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.

Er führt aus, dass das Urteil des Landgerichts fehlerhaft sei, da geprüft worden sei, ob der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages testierfähig gewesen sei.

Voraussetzung für die Errichtung eines Erbvertrages sei aber nicht die Testierfähigkeit, sondern gemäß § 2275 Abs. 1 BGB allein die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit. Zwischen beiden Begrifflichkeiten bestünden aber Unterschiede. So könne die Testierfähigkeit im Gegensatz zur Geschäftsfähigkeit auch dann bejaht werden, wenn trotz krankhafter Störung der Geistestätigkeit Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der abgegebenen Willenserklärung vorliege. Bei richtiger Anwendung des materiellen Rechts wäre somit ein abweichendes, die Geschäftsfähigkeit verneinendes, Ergebnis möglich gewesen.

Zudem habe das Landgericht verkannt, dass sich der Erblasser auch am 16.05.2014 - ebenso wie am Vortag - in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand seiner Geistestätigkeit befunden habe. Das Landgericht habe nämlich unberücksichtigt gelassen, dass der Erblasser auch am 16.05.2014 um 10:00 Uhr und um 14:00 Uhr von der Pflegekraft ...[K] jeweils ein Fentanyl-Pflaster erhalten habe. Dies ergebe sich aus den Pflegeberichten, die bereits erstinstanzlich vorgelegt worden seien. Zudem werde Beweis angeboten durch Vernehmung der Zeugin ...[K]. Am Vortag habe der Erblasser aber gerade auf die Gabe von Fentanyl mit Schläfrigkeit reagiert. Den Bekundungen des Notars ...[B] als Zeuge komme kein Beweiswert zu. Der Erblasser habe sich lediglich durch Kopfnicken erklärt, dies erlaube jedoch gar nicht die erforderliche Feststellung der Geschäftsfähigkeit durch den Notar. Zudem habe der Notar nach eigenen Bekundungen den Eindruck gewonnen, dass der Erblasser am 15.04.2014 aufgrund der Gabe von Fentanyl nicht testierfähig gewesen sei, er habe deshalb gerade darum gebeten, vor der Errichtung des Erbvertrages am 16.04.2014 von der Gabe von Fentanyl abzusehen. Aufgrund starker Schmerzen habe der Erblasser aber auch am 16.04.2014 vor der Errichtung des Erbvertrages Fentanyl erhalten. Vor diesem Hintergrund hätte der Notar Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erblassers haben müssen. Da sich der Sachverständige aber auch auf die Angaben des Notars in seiner Zeugenvernehmung gestützt habe, bestehe Anlass für eine ergänzende Beweisaufnahme. Auch dem eingeholten Sachverständigengutachten komme kein Beweiswert zu, da der Sachverständige selbst mitgeteilt habe, dass teilweise Unterlagen aus der Klinik fehlten oder unleserlich seien, außerdem habe der Sachverständige sowohl die Krankenakte als auch die von dem Kläger vorgelegten Pflegeberichte des Erblassers unberücksichtigt gelassen.

Das Landgericht habe zudem festgestellt, dass der Erblasser den Erbvertrag eigenhändig unterschrieben habe und sich insoweit auf die Aussage des Zeugen ...[B] gestützt. Es sei jedoch nicht zutreffend, dass der Erblasser den Erbvertrag eigenhändig unterschrieben habe. Bereits erstinstanzlich sei, etwa mit Schriftsatz vom 04.04.2017, vorgebracht worden, dass die Unterschrift des Erblassers in dem Erbvertrag vom 16.05.2014

im Vergleich mit seiner üblichen Unterschrift nicht unerhebliche Unterschiede aufweise. Insoweit werde Beweis angeboten durch die Lichtbilder in der Anlage BK2 sowie die Einholung eines graphologischen Sachverständigengutachtens. Es sei zweifelsfrei zu erkennen, dass die Originalunterschrift des Erblassers aus gleichmäßig verlaufenden, runden Linien bestehe. Im Gegensatz hierzu sei die auf dem Erbvertrag vom 16.05.2014 befindliche Unterschrift bereits gar nicht als Name des Erblassers zu entziffern. Die Unterschrift weise außerdem im Vergleich zur Originalunterschrift des Erblassers einige Haken auf. Der bereits erstinstanzlich gestellte Antrag des Klägers auf Einholung eines graphologischen Gutachtens sei übergangen worden, obwohl diese Beweiserhebung geboten gewesen wäre. Das Urteil beruhe auf diesem Verfahrensfehler, da der Erbvertrag bei Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift des Erblassers unabhängig von der Frage der Geschäftsfähigkeit unwirksam sei.

Gegen den im Termin vom 26.04.2018 säumigen Kläger hat der Senat auf Antrag der Beklagten ein Versäumnisurteil erlassen, durch das die Berufung des Klägers gegen das am 26.10.2017 verkündete Urteil des Einzelrichters der 9. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz zurückgewiesen wurde und dem Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt wurden. Gegen dieses, seinem Prozessbevollmächtigten am 09.05.2018 (Bl. 538 d.A.) zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 23.05.2018, bei dem Oberlandesgericht Koblenz eingegangen am gleichen Tag (Bl. 544 d.A.) Einspruch eingelegt.

Zur Begründung seines Einspruchs hat der Kläger auf seinen bisherigen Vortrag verwiesen.

Der Kläger beantragt,

das Versäumnisurteil vom 26.04.2018 aufzuheben und der Klage stattzugeben.

Die Beklagte beantragt,

den Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 26.04.2018 zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass das Gericht im vorliegenden ZPO-Verfahren lediglich den Vortrag der Parteien zu berücksichtigen habe. Der Kläger habe erstinstanzlich aber vorgebracht, dass der Erblasser testierunfähig und nicht, dass er geschäftsunfähig gewesen sei. Die Zeugin ...[K] sei erstinstanzlich nicht benannt worden, der entsprechende Beweisantrag in der Berufungsinstanz verspätet. Im Übrigen stelle die Testierfähigkeit eine besondere Art der Geschäftsfähigkeit dar, die Begriffe deckten sich zwar nicht in Einzel-

heiten, aber in wesentlichen Punkten. Das Landgericht habe trotz umfassender Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte für eine Störung der Geistestätigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages feststellen können. Auch wenn die Beweisaufnahme zur Frage der Testierfähigkeit erfolgt sei, könne das Gericht auch ohne zusätzliche Beweisaufnahme von einer Geschäftsfähigkeit des Erblassers ausgehen, da die Ergebnisse identisch seien, so habe auch bereits das BayObLG in einem ähnlichen gelagerten Fall entschieden (NJW-RR 1996, 1289).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

1. Der Einspruch des Klägers gegen das in der Berufungsinstanz ergangene Versäumnisurteil vom 26.04.2018 ist zulässig. Der Einspruch ist gemäß §§ 539 Abs. 3, 338 ZPO statthaft und auch form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 539 Abs. 3, 339 Abs. 1, 340 ZPO.

Durch den zulässigen Einspruch ist der Prozess in die Lage vor dem Eintritt der Säumnis zurückversetzt worden, §§ 539 Abs. 3, 342 ZPO.

2. Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Erbvertrag vom 16.05.2014 wirksam errichtet worden ist mit der Folge, dass nicht der Kläger, sondern die Beklagte den Erblasser allein beerbt hat.

a) Der Kläger wendet zutreffend ein, dass gemäß § 2275 BGB Voraussetzung für die Errichtung eines Erbvertrages die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Erblassers ist. Auf die Testierfähigkeit des Erblassers, die das Landgericht geprüft und hinsichtlich derer es auch, insbesondere durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens, Beweis erhoben hat, kommt es dagegen bei der Errichtung eines Erbvertrages nicht an.

Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles liegt hierin jedoch kein Verfahrensfehler, der eine weitere Beweiserhebung in der Berufungsinstanz durch Einholung eines (ergänzenden) Sachverständigengutachtens zur Frage der Geschäftsfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung des Erbvertrages erforderlich machen würde.

Die Geschäftsunfähigkeit ist in § 104 Nr. 2 BGB geregelt. Demnach ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet.

Die Testierfähigkeit ist nicht explizit normiert. § 2229 IV BGB bestimmt lediglich, dass testierunfähig ist, wer wegen einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

An die Annahme der Testierfähigkeit sind dabei nicht grundsätzlich geringere Anforderungen als an Annahme der Geschäftsfähigkeit zu stellen. Die Testierfähigkeit ist vielmehr als spezielle Ausprägung der Geschäftsfähigkeit auf dem Gebiet des Erbrechts in § 2229 IV BGB geregelt und fasst sachlich die allgemeinen Grundsätze der §§ 104 Nr. 2, 105 BGB zusammen (BGH 4. Zivilsenat, Urteil vom 08.03.2017, Az.: IV ZB 18/16, zitiert nach juris, abgedruckt in ZEV 2017, 278). Unterschiede gibt es vornehmlich bei beschränkt Geschäftsfähigen, die bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahres testierfähig sind (vgl. Baumann in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2229 Rn. 16, 17; Litzener in BeckOK, BGB, 47. Edition, § 2229 Rn. 7).

Sowohl die hier maßgebende Frage der Geschäftsfähigkeit als auch die von dem Landgericht geprüfte Frage der Testierfähigkeit setzen mithin in jedem Fall eine Störung der Geistestätigkeit im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung voraus, die ein Handeln in freier Willensbestimmung ausschließt (vgl. BayObLG FamRZ 1996, 971; BayObLG FamRZ 2002, 62).

Da das Landgericht nach der durchgeführten Beweisaufnahme aber in berufsrechtlich nicht zu beanstandender Art und Weise die Überzeugung gewonnen hat, dass bei dem Erblasser am 16.05.2014 keine Störung der Geistestätigkeit vorlag, fehlt es bereits an der zentralen Voraussetzung für eine mögliche Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers.

Wenn kein Zustand des Erblassers festgestellt werden konnte, der die Frage seiner Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages berührt hätte, fehlt es auch an Anhaltspunkten dafür, dass seine Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt gewesen sein könnte. Die insoweit maßgeblichen Tatsachen decken sich. Weiterer Beweiserhebungen bedarf es bei einer solchen Sachlage nicht (vgl. BayObLG FamRZ 1996, 971).

Da die Geschäftsfähigkeit die Regel und die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, ist der einen Erbvertrag schließende Erblasser solange als geschäftsfähig anzu-

sehen, bis das Fehlen der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit zur Gewissheit des Gerichts nachgewiesen ist. Wer die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers bei Abschluss eines Erbvertrages behauptet und sich auf die darauf beruhende Unwirksamkeit des Erbvertrages beruft, trägt die Feststellungslast für alle die mögliche Geschäftsunfähigkeit begründenden tatsächlichen Umstände. Solange die Geschäftsunfähigkeit zweifelhaft bleibt, ist von der Geschäftsfähigkeit auszugehen (vgl. BayObLG FamRZ 2002, 62).

Den Beweis, dass der Erblasser bei der Errichtung des Erbvertrages am 16.05.2014 geschäftsunfähig war, konnte der Kläger jedoch nicht führen.

Das Landgericht ist auf der Grundlage des eingeholten neurologischen, psychiatrischen und psychotherapeutischen Gutachtens des Sachverständigen Dr. med. ...[J] vielmehr rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass bei dem Erblasser am 16.05.2014 keine Störung der Geistestätigkeit vorlag.

Das Gutachten des Sachverständigen ist widerspruchsfrei, schlüssig und nachvollziehbar. Die relevanten Anknüpfungstatsachen hat der Sachverständige vollständig und zutreffend seiner Beurteilung zu Grunde gelegt, insbesondere die Aussagen der in den Terminen vom 29.11.2016 und 29.08.2017 vernommenen Zeugen sowie die von dem Kläger zu den Akten gereichten Krankenunterlagen des Erblassers in der „Anlagenmappe Kläger“.

In seinem schriftlichen Gutachten vom 20.06.2017 hat der Sachverständige zunächst ausgeführt, dass sich aus sämtlichen vorliegenden Anknüpfungstatsachen keine Anhaltspunkte für eine Geistesschwäche des Erblassers ergäben; demenzielle Symptome, eine Schizophrenie, eine wahnhafte Störung oder eine schwere affektive Symptomatik lägen nicht vor. Diese generell typischen Ursachen einer fehlenden Testierfähigkeit könnten im vorliegenden Fall vernachlässigt werden. Im Vordergrund stehe vielmehr eine mögliche Bewusstseinsstörung oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit durch eine Intoxikation mit psychotropen Substanzen, vornehmlich dem Opiat Fentanyl. Bei einer Intoxikation seien dabei Grad und Ausmaß der konkreten Symptomatik entscheidend.

Aus den vorliegenden medizinischen Unterlagen ergebe sich, dass der Erblasser in den ersten Tagen des Monats Mai 2014 unter Natriummangel, Atemnot und einem Pleurerguss gelitten habe, zudem sei eine Pleurapunktion (Punktion des die Lunge umgebenden Verschiebespaltes bei Flüssigkeitsansammlungen) durchgeführt worden. Diese

Befunde seien, vor allem bei geschwächten und sehr kranken alten Menschen, grundsätzlich geeignet, ein Delir auszulösen.

In den Unterlagen befinde sich weiter eine „Epikrise“ des ...[L]krankenhauses betreffend den Zeitraum zwischen dem 07.04, und dem 18.05.2014. Hier ergebe sich das Bild eines schwer erkrankten 77jährigen Mannes mit Herz- und Nierenversagen. Ursache seien vielfältige Erkrankungen des Herzens und der Gefäße. Hinweise auf eine psychopathologische Symptomatik des Erblässers folgten hieraus jedoch nicht, eine psychische Diagnose werde auch nicht erwähnt. Die aufgeführten internistischen Diagnosen seien aber grundsätzlich geeignet, vorübergehende Störungen der Geistestätigkeit oder auch eine Bewusstseinsstörung im Sinne eines Delirs auszulösen. Aus dem Dokument ergebe sich weiter, dass das Fehlen weiterer Therapiemöglichkeiten und die heikle Frage der Begrenzung der Versorgung auf palliative Maßnahmen besprochen worden sei. Auch in diesem Zusammenhang fehle jeder Hinweis auf eine psychopathologische Symptomatik bei dem Erblässer.

Nachdem in den ebenfalls vorliegenden Pflegeberichten unter dem 13.05.2014 eine Verschlechterung des Allgemeinbefindens und Atemnot beschrieben worden sei, finde sich am 14.05.2014 um 5:00 Uhr der Eintrag: „Patient in der Nacht zeitlich nicht orientiert, will ständig seine Ehefrau anrufen, ist nachmittags ja erst eingeliefert worden, ruft ständig statt zu klingeln“.

Am 15.05.2014 sei erneut morgens um 5:00 Uhr vermerkt worden: „Patient sehr unruhig gewesen, weder zeitlich noch örtlich orientiert“.

Zu diesen Einträgen sei aus gutachterlicher Sicht anzumerken, dass zeitliche Desorientierung, vor allem in der Nacht, sowie auch situative Desorientiertheit und Unruhe typische Symptome eines Delirs seien. Ein solches Delir trete bei älteren, schwer erkrankten Menschen im Laufe eines stationären Aufenthalts in bis zu 50% der Fälle auf, sei also gar nicht ungewöhnlich. Ein solcher psychopathologische Zustand sei im Verlauf oft komplett reversibel und bilde sich rasch zurück.

So fänden sich auch weder am 14. noch am 15.05.2014 tagsüber Einträge zu möglichen psychopathologische Auffälligkeiten.

Am Abend und in der Nacht des 15.05.2014 sei dann ein tiefer Schlaf des Patienten vermerkt worden.

Am 15.05.2014 sei u.a. „Fentanyl 25 mcg/Stunde-Pflaster“ sowie Morphin 10 mg (Sevredol)“ bei Bedarf ärztlich verordnet worden.

Um 10:00 Uhr am 16.05.2014 sei in den Pflegeberichten eingetragen worden, dass der Patient überwiegend wach und ansprechbar sei, getrunken habe und unter Schmerzen bei Bewegung leide. Er habe ein Fentanyl-Pflaster 12 mcg erhalten. Um 14:00 Uhr sei dann vermerkt worden, dass der Patient starke Schmerzen habe und ein weiteres 12 mcg Fentanyl-Pflaster erhalten habe, außerdem um 15:00 Uhr 5 mg Morphin subkutan. Schließlich sei um 19:00 Uhr festgehalten worden, dass der Patient sehr schläfrig sei und weiter Schmerzen habe.

Somit habe der Erblasser im unmittelbaren Umfeld der Testamentserrichtung am 16.05.2014 zwei Fentanyl-Pflaster bei starken Schmerzen und zusätzlich um 15:00 Uhr noch 5 mg Morphin erhalten. Neben der Wirkung auf die Schmerzen sei eine sedierende oder schlafanstoßende Wirkung, wie sie offenbar bei dem Betroffenen habe beobachtet werden können, eine erwünschte Wirkung der Opiate. Hinweise auf eine Intoxikation - also eine Überdosierung mit erheblichen Einschränkungen des Bewusstseins oder gar einer resultierenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit - fänden sich hingegen in den Einträgen nicht. Es handele sich bei den Medikamentengaben um übliche Dosen zweier Opiate, wie sie bei schweren Schmerzen und vor allem in der Palliativmedizin verabreicht würden. Aus den Unterlagen gingen keine weiteren Verordnungen hervor, die aus gutachterlicher Sicht geeignet wären, unvorhergesehene, insbesondere verstärkte, Wirkungen der Opiate zu begünstigen.

Schließlich liege noch ein schlecht lesbarer „ärztlicher Verlauf“ aus dem ...[L]krankenhaus mit Eintragungen zwischen dem 11. und 15.05.2014 vor. Hier sei - soweit entzifferbar - unter dem 15.05.2014 vermerkt: „Notar des Ehepaares möchte Testament errichten. Patient ist aufgrund des Fentanyl-Pflasters nur schwer erweckbar (...) Erneut Pflaster ab für Testamentserrichtung am 16.05.2014, anschließend erneut Fentanyl-Pflaster.“

Aus gutachterlicher Sicht beschreibe dieses Dokument die Schläfrigkeit des Patienten aufgrund des Opiats. Es fänden sich aber keine Hinweise auf weitere psychopathologische Auffälligkeiten.

Weiter befinde sich in der Akte eine E-Mail des Notars ...[B], aus der hervorgehe, dass der Notar am Tag vor der Testamentserrichtung mit dem behandelnden Arzt vereinbart habe, das Morphin abzusetzen, damit der Betroffene am folgenden Vormittag testierfä-

hig sei. Dies sei so vereinbart worden, weil der Betroffene am Vortag wegen der Gabe von Morphin eindeutig nicht testierfähig gewesen sei.

Aus gutachterlicher Sicht, so der Sachverständige, gehe hieraus nicht hervor, inwiefern der Betroffene aufgrund der Gabe von Morphin tatsächlich nicht testierfähig gewesen sei. Eine prinzipielle Testierunfähigkeit unter psychotropen Substanzen wie Opiaten sei aus gutachterlicher Sicht die Ausnahme und nur bei akuten Intoxikationen anzunehmen, wobei in der Literatur keine Grenzwerte hinsichtlich der Testierfähigkeit vorlägen. Der Eindruck des Notars könne als Folge eines vorangehenden nächtlichen Delirs oder einfach als Schläfrigkeit als Opiat-Nebenwirkung zu erklären sein.

Aus den Angaben der Zeugen, die von dem Gericht zum Zustand des Erblassers während seines Krankenhausaufenthaltes vernommen worden seien, ergäben sich ebenfalls keine Hinweise auf psychopathologische Auffälligkeiten. So habe die Zeugin ...[E] bekundet, dass sie einige Tage vor der Errichtung des Erbvertrages bei dem Erblasser im Krankenhaus gewesen sei und sich ganz normal mit ihm habe unterhalten können. Der Zeuge ...[M] habe berichtet, dass er den Erblasser am Tag vor der Errichtung des Erbvertrages schlafend angetroffen habe. Am Tag der Errichtung des Erbvertrages sei der Erblasser relativ „gut drauf“ gewesen und habe auch Späße gemacht. Man habe sich mit ihm unterhalten können. Der Enkel des Erblassers, der Zeuge ...[F], habe bekundet, dass er am 16.05.2014 bei dem Großvater im Zimmer gewesen sei, bevor der Notar dort gewesen sei. Er sei allein bei dem Großvater gewesen und habe sich mit ihm unterhalten. Nachdem der Notar wieder gegangen sei, sei er noch einmal zusammen mit seinem Vater und seiner Großmutter im Zimmer gewesen. Er wisse noch, dass er die Großmutter extra angerufen habe, damit diese auch komme, weil der Großvater klar gewesen sei. Zuvor habe er aus der Familie gehört, dass der Großvater sonst meist schläfrig gewesen sei. Er, der Zeuge, habe sich mit dem Großvater über das Grundstück in ...[Z] und verschiedene Dinge aus der Vergangenheit unterhalten. Die Themen habe jeweils der Großvater angesprochen, einzelnes habe auch er, der Zeuge, angesprochen.

Insbesondere aus den Angaben des Enkels ergebe sich, so der Sachverständige, dass bei dem Erblasser am 16.05.2014 keine psychopathologischen Auffälligkeiten zu erkennen gewesen seien. Der Erblasser sei offensichtlich auch nicht schläfrig gewesen.

Im Ergebnis ließen sich für den 16.05.2014 somit keine Anhaltspunkte dafür eruieren, dass im Verlauf des hellen Tages bei dem Erblasser ein Delir vorgelegen haben könnte. Soweit dies in den Nächten zuvor der Fall gewesen sei, habe sich das Delir wieder zurückgebildet, was auch, wie beschrieben, gerade typisch sei. Es hätten sich weiter auch

keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Gaben von Fentanyl und Morphin, ggf. auch kombiniert, zu einer Intoxikation, also zu einer über die normale Wirkung hinausgehenden „Vergiftung“ des Erblassers geführt haben könnte. Allein Schläfrigkeit oder tiefer Schlaf könnten nicht in diesem Sinne interpretiert werden. Psychopathologische Auffälligkeiten, die auf eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit oder eine Bewusstseinsstörung hindeuteten, hätten sich insgesamt nicht feststellen lassen.

Nach Eingang dieses schriftlichen Gutachtens hat das Landgericht am 28.08.2017 eine weitere mündliche Verhandlung durchgeführt, in der es zuerst den Notar ...[B] als Zeuge vernommen und sodann den Sachverständigen - unter Berücksichtigung der Bekundungen des Notars - sein Gutachten hat mündlich erläutern lassen. Der Zeuge ...[B] hat ausgesagt, dass der Erbvertrag der Eheleute bereits über einen Zeitraum von zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers immer wieder Thema gewesen sei. Es sei immer vorgesehen gewesen, dass sich die Eheleute gegenseitig zu Erben einsetzen, unklar geblieben sei aber noch die Aufteilung der Grundstücke unter den Kindern. Am 15.05.2014 sei einem Mitarbeiter in seinem Notariat von dem ...[L]Krankenhaus mitgeteilt worden, dass der Betroffene zweifelsfrei geschäftsfähig sei, er habe auch die erforderlichen Einwilligungen in Behandlungen selbst erteilt. Er, der Notar, sei dann in das Krankenhaus gefahren und sei gegen 18:00 Uhr bis 19:00 Uhr dort gewesen. Als er den Erblasser gesehen habe, sei er zu der Überzeugung gelangt, dass dieser nicht testierfähig sei, da er nicht ansprechbar gewesen sei. Der Arzt habe dann mitgeteilt, dass der Erblasser ein starkes Schmerzmittel erhalten habe. Er, der Notar, habe dann angekündigt, dass er am folgenden Vormittag die Beurkundung vornehmen wolle und deshalb darum gebeten, dass der Betroffene keine starken Schmerzmittel mehr bekomme. Dies sei auch zugesagt worden. Er sei dann am nächsten Tag gegen 11:15 Uhr wieder in das Krankenhaus gekommen. Der Fuß des Betroffenen sei aufgeplatzt gewesen und es sei klar gewesen, dass der Betroffene unter sehr starken Schmerzen leide. Er habe dem Betroffenen einen Guten Morgen gewünscht und dieser habe auch zurück begrüßt. Er habe dem Betroffenen dann erklärt, dass man die Sache wegen seines Zustands jetzt vorziehen müsse, ohne dass letzte Fragen geklärt seien. Er habe den Eindruck gehabt, dass der Betroffene verstehe, um was es gehe. Nach Vorlesen des Textes habe er, der Notar, den Betroffenen gefragt, ob dies sein Wille sei. Der Betroffene habe dazu bejahend mit dem Kopf genickt. Er habe dann in seiner, des Zeugen, Anwesenheit unterschrieben. Er habe den Eindruck gehabt, dass der Betroffene geschäftsfähig sei und deshalb die Beurkundung durchgeführt. Der Betroffene habe einmal geäußert, dass er Schmerzen habe. Ihm, dem Zeugen, sei nicht bekannt gewesen, dass der Betroffene

auch am 16.05.2014 vor der Beurkundung ein Schmerzmittel bekommen habe. Er habe den Eindruck gehabt, dass der Betroffene ihn erkannt habe, als er das Krankenzimmer betreten habe. Der Betroffene habe gepresst gesprochen, aber nicht verwaschen. Während des Vorlesens habe er, der Zeuge, immer wieder aufgesehen, um zu schauen, ob der Betroffene ihm auch folge. Er habe dabei den Eindruck gehabt, dass der Betroffene ihm habe folgen können und ihm auch gefolgt sei. Der Betroffene habe ungeduldig gewirkt. Es habe keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Betroffene eine Person nicht erkannt habe oder nicht gewusst habe, wovon die Rede gewesen sei. Er, der Zeuge, habe erläutert, dass es um die gegenseitige Erbeinsetzung gehe und das habe der Betroffene auch so aufgenommen.

Nach der Vernehmung des Notars hat der Sachverständige im Termin vom 29.08.2017 vor dem Landgericht sein Gutachten erläutert und dabei ausgeführt, dass die Vernehmung des Zeugen ...[B] ihm keinen Anlass gebe, von dem Ergebnis des schriftlichen Gutachtens abzuweichen. Auch der Zeuge ...[B] habe bezogen auf dem 16.05.2014 keine psychopathologischen Umstände geschildert, die geeignet wären, die Testierfähigkeit des Erblassers in Zweifel zu ziehen. Er, der Sachverständige, wolle noch darauf hinweisen, dass die vorgelegten Krankenunterlagen, die er in seinem Gutachten verwendet habe, hinsichtlich der zeitlichen Kontinuität und dem Ort der Behandlung nicht ganz eindeutig seien, teilweise seien die Unterlagen auch nicht ganz lesbar gewesen. Da jedoch der Kläger selbst diese Unterlagen vorgelegt habe, sei nicht davon auszugehen, dass diese eine andere Person in einem anderen Krankenhaus betreffen. Aus dem Umstand, dass am 15.05.2014 ein Fentanyl-Pflaster verwendet worden sei und der Notar in der Folge die Testierfähigkeit verneint habe, könne sicher nicht der Schluss gezogen werden, dass der Betroffene auch am 16.05.2014 nicht testierfähig gewesen sei, weil er auch an diesem Tag vormittags ein Fentanyl-Pflaster erhalten habe. Die Verabreichung von Fentanyl habe keinen unmittelbaren Einfluss auf die Testierfähigkeit. Selbst wenn eine Person auf das Medikament an einem Tag mit Schläfrigkeit reagiere, lasse sich daraus nicht folgern, dass dies an einem anderen Tag auch so sein müsse. Im Übrigen sei es so, dass selbst sehr starke Schmerzen die Geschäftsfähigkeit nicht beeinträchtigten.

Auf der Grundlage dieses widerspruchsfreien und schlüssigen Gutachtens, in dem alle relevanten Anknüpfungstatsachen berücksichtigt wurden, hat sich das Landgericht zu Recht die Überzeugung gebildet, dass der Erblasser am 16.05.2014 nicht unter einer Störung der Geistestätigkeit litt.

Soweit der Kläger einwendet, dass der Sachverständige nicht berücksichtigt habe, dass der Betroffene auch am 16.05.2014 ein Fentanyl-Pflaster erhalten habe und hierzu in zweiter Instanz Beweis durch Vernehmung der Zeugin ...[K] angeboten hat, ist dies nicht zutreffend. Der Sachverständige hat alle Medikamente berücksichtigt, die der Betroffene ausweislich der Krankenunterlagen am 16.05.2014 erhalten hat, insbesondere auch die Gabe von Fentanyl vormittags um 10:00 Uhr vor dem Besuch des Notars, und nachvollziehbar dargelegt, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass hier eine Intoxikation vorgelegen habe, die zu einer Störung der Geistestätigkeit des Erblassers geführt habe. Auch der Einwand des Klägers, dass der Sachverständige nicht alle relevanten Kranken- und Pflegeberichte berücksichtigt habe, ist nicht zutreffend; der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass er alle in den Akten befindlichen relevanten Unterlagen in seine Beurteilung einbezogen habe. Der Umstand, dass der Kläger die Krankenunterlagen möglicherweise nicht vollständig vorgelegt hat, kann zu keiner anderen Bewertung führen. Der Kläger trägt die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Geschäftsunfähigkeit des Erblassers. Im Übrigen stützt der Sachverständige seine Beurteilung auch nicht lediglich auf die Krankenunterlagen, sondern auch auf die Bekundungen der vernommenen Zeugen, die am 16.05.2014 mit dem Erblasser im Krankenhaus Kontakt hatten.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme ist dem beweisbelasteten Kläger der Nachweis, dass der Erblasser bei der Errichtung des Erbvertrages geschäftsunfähig war, nicht gelungen. Damit ist aber von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers auszugehen.

b) Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Willensbekundung des Erblassers nicht notwendig mündlich, sondern auch körpersprachlich durch Kopfnicken erfolgen kann. Der Erbvertrag ist in derselben Form zu errichten wie ein öffentliches Testament (vgl. Hoeren in Schulze, BGB, 9. Aufl., § 2276 Rn. 5). Bei einem öffentlichen Testament nach § 2232 BGB kann die erforderliche Erklärung vor dem Notar aber auch durch Gebärden oder Zeichen erfolgen, eine mündliche Erklärung ist nach der geltenden Neufassung der Norm nicht mehr erforderlich; gerade auch Taubstummen sollte es ermöglicht werden, ein Testament zu errichten (vgl. Stürner in Jauernig, BGB, 17. Aufl., § 2232 Rn. 2).

c) Das Landgericht hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, das eine Erbunwürdigkeit der Beklagten feststellt, § 2342 BGB.

d) Soweit der Kläger rügt, dass sein bereits erstinstanzlich gestellter Antrag auf Einholung eines graphologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache,

dass der Erblasser den Erbvertrag nicht eigenhändig unterschrieben habe, verfahrensfehlerhaft übergangen worden sei, vermag auch dieses Vorbringen der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Da der Erbvertrag in derselben Form wie ein öffentliches Testament zu errichten ist, ist nach § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG die eigenhändige Unterschrift des Erblassers unter der Niederschrift des Notars erforderlich. Die entsprechende Überzeugung des Landgerichts gründet darauf, dass der Notar ...[B] als Zeuge bekundet hat, dass der Erblasser den Erbvertrag in seiner Anwesenheit unterschrieben habe.

Der Erbvertrag ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO, der formelle Beweiskraft dahingehend zukommt, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung auch von der in der Urkunde namentlich bezeichneten Person stammt. Die Echtheit der Urkunde wird vermutet, § 437 BGB. Zwar ist gemäß § 292 ZPO der Beweis des Gegenteils zulässig; der Kläger hat nach den konkreten Umständen des hier zu beurteilenden Einzelfalles jedoch mit der Einholung eines graphologischen Sachverständigengutachtens ein ungeeignetes Beweismittel benannt, da es an geeigneten Anknüpfungstatsachen für die Einholung des beantragten Gutachtens fehlt.

Erstinstanzlich (Bl. 4 d.A.) hatte der Kläger mit Schriftsatz vom 28.11.2015 lediglich vorgetragen: „Der Schriftzug ist der Handschrift des Erblassers wesensfremd. Seine charakteristischen Schriftzüge kommen in der Unterschrift nicht zum Ausdruck. Beweis: Gutachten eines vom Gericht bestimmten Sachverständigen“ und mit Schriftsatz vom 04.04.2017 (Bl. 193 d.A.), außerdem argumentiert, dass die Unterschrift entweder nicht von dem Erblasser stamme oder aber dieser sich in einem so stark sedierten Zustand befunden habe, dass er gar nicht mehr wie gewohnt habe schreiben können.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger sein Vorbringen vertieft, indem er nunmehr ausführt: „Wie bereits die Prozessbevollmächtigten des Klägers in der ersten Instanz unter anderem mit Schriftsatz vom 04.04.2017 vorgetragen haben, weist die Unterschrift des Erblassers im Erbvertrag vom 16.05.2014 im Vergleich zu seiner üblichen Unterschrift nicht unerhebliche Unterschiede auf. Beweis: 1. Lichbilder als Anlage BK2, 2. Einholung eines graphologischen Sachverständigengutachtens. Diesbezüglich ist zweifelsfrei zu erkennen, dass die Originalunterschrift des Erblassers aus gleichmäßig verlaufenden runden Linien besteht. Im Gegensatz dazu ist die auf dem Erbvertrag vom 16.05.2014 befindliche Unterschrift bereits nicht als Name des Erblassers (...[A]) zu erkennen. Ferner weist die Unterschrift im Vergleich zur Originalunterschrift einige Haken auf. Beweis: wie vor“ (Bl. 384 – 385 d.A.).

Mit der Anlage BK2 (Bl. 389 d.A.) hat der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz eine Kopie vorgelegt, auf der sich zwei nicht datierte Unterschriften befinden. Angaben dazu, wann und unter welchen Umständen die Vergleichsunterschrift des Erblassers entstanden sein soll, hat der Kläger nicht gemacht.

Dieselbe Kopie legt der Kläger jedoch als Anlage zu einer späteren Eingabe im Berufungsverfahren vom 26.06.2018 erneut vor (Bl. 597 d.A.). Hierzu führt er nunmehr aus, dass die Vergleichsunterschrift aus dem Ehevertrag des Erblassers aus dem Jahr 1969 stamme.

Somit hat der Kläger als Grundlage für die Einholung eines graphologischen Sachverständigengutachtens lediglich eine fast 50 Jahre alte Vergleichsunterschrift vorgelegt. Eine schlüssige sachverständige Aussage ist aber nur auf der Grundlage repräsentativen Vergleichsmaterials möglich. Dabei muss bei in Betracht kommenden alters- und/oder krankheitsbedingten Schriftveränderungen das Vergleichsmaterial möglichst zeitnah vor der strittigen Unterschriftsleistung erstellt worden sein. Hier liegt jedoch als Vergleichsmaterial nur eine einzige Unterschrift aus dem jungen Erwachsenenalter des Erblassers vor, der bei Errichtung des Erbvertrages fast 50 Jahre später bereits 77 Jahre alt war und schwer krank und unter Schmerzen leidend in einem Krankenhausbett lag. Auf dieser Grundlage kann aber kein graphologisches Gutachten erstellt werden. Das von dem Kläger angebotene Beweismittel ist daher ungeeignet und eine entsprechende Beweiserhebung nicht veranlasst.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 3 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, § 543 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 800.000 EUR festgesetzt.