

Verkündet
am 25. Januar 1954
Romacker, Justizangest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Schmiedes Johann P [REDACTED] in N [REDACTED], A [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat

Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die verwitwete Frau Maria P [REDACTED] geb. R [REDACTED] in N [REDACTED],
A [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1954 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Ascher, Raske, Dr. Kregel und Dr. v. Werner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Mai
1953 wird zurückgewiesen. Der Beklagte hat die
Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

anmerkung

Tatbestand:

Der Beklagte ist ein Sohn der am [REDACTED] 1869 geborenen und am 31. März 1946 verstorbenen verwitweten Sibilla P. [REDACTED] geb. B. [REDACTED] in N. [REDACTED], die Klägerin ist die Witwe ihres Sohnes Jakob, der vor der Erblasserin verstorben ist. Diese hatte mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet, ein privatschriftliches Testament vom 9. September 1944 und ein notariell beurkundetes Testament vom 19. Februar 1945 (Urk.Rolle Nr 40/1945 des Notars Dr. Werner B. [REDACTED] in N. [REDACTED]). Eine weitere letztwillige Verfügung aus der Zeit kurz vor ihrem Ableben, die die Unterschrift der Erblasserin trägt, ist vor ihr nicht eigenhändig geschrieben. In dem notariell beurkundeten Testament sind die Söhne der Erblasserin, Johann und Jakob P. [REDACTED], zu gleichen Teilen als alleinige Erben eingesetzt, Jakob P. [REDACTED] ist jedoch noch mit zwei Zuwendungen bedacht worden. Als Entgelt dafür, dass er seine Mutter seit 1934 gepflegt und ihr aufgewartet hat, wurde ihm ohne Anrechnung auf seinen Erbteil die bereits vermessene Baustelle A. [REDACTED]strasse [REDACTED] sowie der zu dem Haus der Erblasserin in N. [REDACTED], A. [REDACTED]strasse [REDACTED], gehörende Obst- und Gemüsegarten zugewandt. Ferner ist ihm das Recht vermacht worden, das der Erblasserin gehörende Haus A. [REDACTED]strasse [REDACTED] in N. [REDACTED] zum Kaufpreis von 5.000,-- RM käuflich zu übernehmen. Über die Entrichtung dieses Kaufpreises bestimmte die Erblasserin, dass die auf dem Haus ruhenden Belastungen in Abzug zu bringen seien mit Ausnahme einer Hypothek von 500 GM für eine Verbindlichkeit des Sohnes Johann, um die der Kaufpreisanteil dieses Sohnes gekürzt werden sollte. Der nach Abzug der Belastungen verbleibende Restkaufpreis, an dem "beide Erben zu gleichen Teilen beteiligt waren", sollte innerhalb eines Jahres vom Tage des Todes der Erblasserin an ge-

- 3 -

rechnet zahlbar sein und mit 3 % jährlich verzinst werden. Ersatzerben der Söhne sollten ihre Abkömmlinge sein, als Ersatzvermachtnisnehmerin des Sohnes Jakob wurde für den Fall, dass er vor der Erblasserin versterben sollte, in erster Linie die Klägerin berufen.

Die Erblasserin ist von dem Beklagten und dem Sohne Günther des verstorbenen Jakob P. zu je 1/2 beerbt worden. Die Klägerin hat von dem Ankaufsrecht durch fristgerechte Erklärung gegenüber dem Beklagten Gebrauch gemacht und den von ihr errechneten Anteil des Beklagten in Höhe von 750 RM an dem Kaufpreis zu dessen Gunsten unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme vor der Währungsreform hinterlegt, weil der Beklagte die Annahme verweigerte. Da der Beklagte die von der Klägerin auf Grund des Vermächtnisses erhobenen Ansprüche nicht anerkennt, hat sie Klage erhoben und beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

1. darin einzuwilligen, dass die im Grundbuch von N. Band . Blatt 2233 eingetragenen Grundstücke Flur B 2726/361 (Haus A. strasse .), Flur B 2727/361 (Baugrundstück A. strasse .) und Flur B 2729/361, 2730/361, 2731/361 (Obst- und Gemüsegarten) an sie, die Klägerin, aufgelassen und auf ihren Namen in das Grundbuch eingetragen werden,
2. ihr, der Klägerin, unter Beifügung der Belege Rechnung über die Einnahmen und Erträge aus den unter Ziffer 1 genannten Grundstücken zu erteilen,
3. den sich aus der Abrechnung ergebenden Betrag an sie, die Klägerin, zu zahlen.



Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er behauptet, die Erblasserin sei zur Zeit der Errichtung des notariellen Testaments nicht testierfähig gewesen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 23. Juni 1945 der Klage bezüglich der Anträge unter 1 und 2 stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt. Im Berufungsrechtszuge stellte er nunmehr folgenden Antrag:

die Klägerin mit den Klaganträgen zu Ziff 1 und 2 abzuweisen, hilfsweise die Klage, jedenfalls bezüglich der Parzelle 2729/361 abzuweisen und die Verurteilung im übrigen davon abhängig zu machen, dass die Klägerin Zug um Zug 2.500 DM nebst 3 % Zinsen von 2.500 RM vom 31. März 1946 bis 20. Juni 1948 und von 2.500 DM seit dem 21. Juni 1948 an ihn, den Beklagten, und den minderjährigen Günther P., vertreten durch seinen Vormund Martin P., als Erben der Witwe Sibilla P. zur gesamten Hand zahle.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung durch Urteil vom 1. Februar 1950 zurückgewiesen. Auf die Revision des Beklagten wurde diese Entscheidung durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. April 1951 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat weitere Zeugen darüber vernommen, ob die Erblasserin zur Zeit der Errichtung des Testaments vom 19. Februar 1945 geistig frisch und in der Lage gewesen sei, die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung zu erkennen, oder ob sie damals bereits geistig verwirrt war und Absonderlichkeiten zeigte, aus denen auf eine Geistesgestörtheit

geschlossen werden konnte. Nach Erhebung der Zeugenbe-
weise hat das Berufungsgericht Prof.Dr.Störring von der
Medizinischen Akademie in D [REDACTED] mit der Erstattung
eines schriftlichen Gutachtens darüber beauftragt, ob
die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments vom
19. Februar 1945 wegen krankhafter Störung der Geistes-
tätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusst-
seinsstörung nicht in der Lage war, die Bedeutung der
von ihr abgegebenen Willenserklärung einzusehen und
nach dieser Einsicht zu handeln. Es hat dem Sachver-
ständigen zur Erstattung des Gutachtens die Prozess-
akten übersandt. Der Sachverständige hat ein schrift-
liches Gutachten erstattet. Das Berufungsgericht hat die
Berufung wiederum zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil
richtet sich die zweite Revision des Beklagten, der die
Abweisung der Klaganträge zu 1 und 2 erstrebt. Die Kläge-
rin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

1. In seinem ersten Revisionsurteil hat der Senat dar-
gelegt, dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits
nur darauf ankomme, ob die Erblasserin zur Zeit der Er-
richtung des Testaments vom 19. Februar 1945 testierfähig
im Sinne des § 2 Abs 2 TestG gewesen sei. Auf die recht-
lichen Ausführungen, die zu diesem Ergebnis geführt haben
kann hier Bezug genommen werden, da neue rechtliche und
tatsächliche Gesichtspunkte, die eine abweichende recht-
liche Beurteilung des Sachverhalts notwendig machen,
auch in der neuen Berufungsverhandlung nicht hervorge-
treten sind.

2. Auf Grund der erneuten Verhandlung und der erweiter-

ten Beweisaufnahme durch Anhörung weiterer Zeugen und die Erhebung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens ist der Berufungsrichter nunmehr zu dem Ergebnis gekommen, dass die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin nicht geklärt und auch nicht mehr zu klären sei. Da den Beklagten die Beweislast dafür treffe, dass die Erlasserin zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung testierunfähig gewesen sei, und er diesen Beweis nicht erbracht habe, müsse die Berufung zurückgewiesen werden. Diese Ausführungen über die den Beklagten treffende Beweislast treffen rechtlich zu und werden von der Revision auch grundsätzlich nicht in Zweifel gezogen. Die Revision meint nur, der Berufungsrichter habe verfahrensrechtliche Vorschriften verletzt und verkannt, dass auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme eine Vermutung für die zur Zeit der Testamenterrichtung bestehende Geistesschwäche der Erblasserin bestehe, die auszuräumen Sache der Klägerin gewesen sei. Der Revision kann jedoch auf diesem Wege nicht gefolgt werden.

3. In seiner Beweiswürdigung befasst sich der Berufungsrichter zunächst mit den Zeugen, die bekundet haben, sie hätten bereits vor dem Jahre 1944 den Eindruck gehabt, dass die Erblasserin "überhaupt niemals klar oder nicht mehr ganz richtig beisammen oder verkindscht und verkalkt oder geistig nicht mehr auf der Höhe oder nicht richtig gescheit gewesen sei". Der Beweiswert der Aussagen dieser vom Beklagten beannten Zeugen ist nach Ansicht des Berufungsgerichts durch zwei Umstände beeinträchtigt. Einmal hätten sich diese Zeugen durch schriftliche Erklärungen, die sich die Ehefrau des Beklagten von ihnen beschafft habe, festgelegt und seien dadurch in ihren Aussagen in erheblichem

Maße beeinflusst gewesen. Die Zeugen hätten auch keine charakteristischen Eigenschaften der Erblasserin angeben können, auf die der Sachverständige eine sichere Grundlage für sein Gutachten habe gewinnen können. Das sei bei den ganz allgemein gehaltenen Angaben nicht der Fall. Gegen die Bekundungen dieser Zeugen spreche auch die Aussage des Arztes Dr. W. [REDACTED], der als sachverständiger Zeuge bekundet habe, dass die Erblasserin im September 1944 noch in der Lage gewesen sei, das Geschriebene zu begreifen und nach dieser Einsicht zu handeln, wenn sie das Testament vom 9. September 1944 geschrieben habe, was aber unstreitig der Fall gewesen sei. Weitere von dem Beklagten benannte Zeugen seien mit der Erblasserin auch in der Zeit nach September 1944 zusammengekommen. Auch diese Zeugen seien zum grossen Teil von der Ehefrau des Beklagten durch eine schriftliche Erklärung festgelegt worden. Ausserdem beträfen ihre Aussagen im wesentlichen das Verhalten der Erblasserin während der damals ständig zunehmenden Fliegerangriffe, sie seien nicht geeignet, die eidliche Bekundung des Notars Dr. B. [REDACTED] zu entkräften, der ausgesagt habe, er habe bei der Beurkundung des Testaments vom 19. Februar 1945 auf Grund des Verhaltens der Erblasserin nicht den geringsten Zweifel an ihrer Testierfähigkeit gehabt. Im Gegensatz zu den von dem Beklagten benannten und durch schriftliche Erklärungen festgelegten Zeugen hätten von der Klägerin benannte und mit den Parteien nicht verwandte Zeugen unvoreingenommen bekundet, sie hätten sich bis zur Errichtung des Testaments vom 19. Februar 1945 mit der Erblasserin verständig unterhalten können und den Eindruck gewonnen, dass sie noch geistig auf der Höhe gewesen sei, als sie ihr Testament errichtet habe.

Weiter setzt sich der Berufungsrichter mit dem von dem Sachverständigen Prof. Dr. Störring erstatteten Gutachten auseinander. Dieses kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Verfasser- ausser Prof. Störring noch Dr. Döhner - mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dahin entscheiden müssten, dass die Erblasserin nicht in der Lage gewesen sei, die Bedeutung der von ihr abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Der Berufungsrichter verneint, dass auf Grund des Gutachtens der dem Beklagten obliegende Beweis erbracht sei, dass die Erblasserin am 19. Februar 1945 testierunfähig gewesen sei. Zur Begründung dieser Ansicht greift der Berufungsrichter gewisse Feststellungen an, die im Gutachten getroffen sind. So glaubt er der Auffassung des Gutachters nicht folgen zu können, dass die Erklärung der Erblasserin in dem handschriftlichen Testament vom 9. September 1944 "nach dem Tode solle keiner an dem Testament rütteln" der Ausdruck einer affektiven Spannung sei. Der Berufungsrichter führt hierzu aus, es sei durchaus üblich, denjenigen, der gegen ein Testament angehe, auf den Pflichtteil zu verweisen. Ebenso will das Berufungsgericht dem Sachverständigen nicht darin folgen, das Testament setze ein erhebliches Mass von geistiger Beweglichkeit voraus. Der Inhalt des notariellen Testaments vom 19. Februar 1945 entspreche dem des eigenhändigen der Erblasserin vom 9. September 1944, dieser sei nur von dem Notar in eine juristisch einwandfreie Form gebracht worden.

Das Berufungsurteil erörtert dann die dem Gutachten zugrunde liegenden tatsächlichen feststellungen. Aus den Darlegungen des Sachverständigen gehe hervor, dass es

nach mehr als sieben Jahren nicht mehr einwandfrei möglich sei, ein Gutachten über die Testierfähigkeit einer seit mehr als sechs Jahren verstorbenen Person abzugeben. Die Grenzen der "geistigen Abständigkeit" der Erblasserin seien dann nur schwer zu ermitteln. Der Sachverständige habe auch nicht verkannt, dass zwei ausgesprochen unterschiedliche Gruppen von Zeugen vorlägen. Die Bewertung der Zeugenaussagen habe der Sachverständige dem Gericht überlassen. Es gehe nicht an, die beiden Zeugengruppen gleich zu bewerten. Die von dem Beklagten benannten Zeugen, deren Aussagen durch die erwähnten schriftlichen Erklärungen festgelegt worden seien, hätten einen geringeren Beweiswert als die Bekundungen der Zeugen, die ihre Aussage erstmalig vor dem Berichterstatter des Senats unvoreingenommen gemacht hätten. Diese Zeugen hätten sich aber übereinstimmend für die geistige Frische und damit für die Testierfähigkeit der Erblasserin ausgesprochen.

Schliesslich setzt sich das Berufungsgericht mit den Schlussfolgerungen des Gutachtens auseinander. Zwar komme der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass an dem Bestehen einer Demenz bei der Erblasserin nicht gezweifelt werden könne, er lasse es aber dahingestellt, ob die Erblasserin in vollem Umfang orientiert gewesen sei. Der Sachverständige bedauere es, dass die Merkfähigkeit der Erblasserin von den behandelnden Ärzten (Dr. W. [REDACTED] und Dr. W. [REDACTED]) nicht geprüft worden sei, nach seiner Auffassung dürfte dieser Umstand aber nicht zu der Annahme führen, dass das Merkvermögen intakt gewesen sei. Das alles rechtfertige jedoch, so führt das Oberlandesgericht weiter aus, nicht die Feststellung, dass die Merkfähigkeit nicht intakt gewesen sei. Das wäre aber erforderlich, um die Erblasserin als testierunfähig anzusehen. Es müsse der strikte Nachweis der Testierunfähigkeit erbracht werden. Wenn

der Sachverständige zu dem Ergebnis komme, er müsse sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dafür entscheiden, dass die Erblasserin am 19. Februar 1945 nicht in der Lage gewesen sei, die Bedeutung der von ihr abgegebenen Willenserklärung einzusehen, und nach dieser Einsicht zu handeln, so reiche dies nicht aus. Der Sachverständige übersehe, dass nicht die Klägerin zu beweisen habe, dass die Erblasserin testierfähig gewesen sei, sondern der Beklagte den Beweis erbringen müsse, dass sie testierunfähig gewesen sei. Aus seinen Feststellungen hätte der Sachverständige den Schluss auf ein "non liquet" ziehen müssen. Den ihm obliegenden Beweis habe der Beklagte durch die Vernehmung der weiter von ihm benannten Zeugen und durch das eingeholte Sachverständigengutachten nicht erbracht.

4. Die Revision rügt, wenn der Berufungsrichter das Gutachten des Sachverständigen für unzulänglich und seine Schlussfolgerung für verfehlt halte, so beruhe dies darauf, dass er es unterlassen habe, den Sachverständigen zu den Zeugenvernehmungen zuzuziehen und ihm als "Gehilfen des Richters" Gelegenheit zu geben, durch Ausforschung der Zeugen die Klärung des Sachverhalts zu fördern. Wenn so verfahren worden wäre, dann hätte das Gericht die für das Gutachten wichtigen Tatsachen zuverlässiger feststellen können, als es geschehen sei. Der nicht psychiatrisch geschulte Jurist kenne die Bedeutung der für den Psychiater wichtigen Erscheinungen nicht. Wichtiges übersehe er, Unwichtigem lege er Bedeutung bei. Das wirke sich auf den Umfang der Vernehmungen aus, der Psychiater könne so ein unvollständiges und schiefes Bild von den Vorgängen erhalten.

a) Die Revisionsbegründung lässt nicht klar erkennen, ob der Beklagte schon allein in dem von dem Berufungsgericht eingeschlagenen Weg der Beweiserhebung den § 412 ZPO als verletzt betrachtet, oder ob er mit diesen Ausführungen nur die Grundlage für seine weiteren Verfahrensrügen schaffen will. Wenn man das erste annimmt, so ist die Rüge nicht begründet. Es ist allerdings Aufgabe des Richters, dem Sachverständigen die zu bewertenden Tatsachen zugänglich zu machen. Er kann dies auf zweierlei Weise tun. Er kann ihn zur Beweisaufnahme zuziehen und ihm auf diese Weise Gelegenheit geben, auf eine die Wahrheit fördernde Befragung der Zeugen hinzuwirken. Es ist dem Tatsachenrichter aber auch nicht verwehrt, dem Sachverständigen erst die Ergebnisse der Beweisaufnahme zugänglich zu machen, indem er ihm die Akten zur Einsicht übermittelt (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. Bem II 2 vor § 402; Baumbach-Lauterbach ZPO 20. Aufl. § 402 NebBem 2 B). Gerade dann, wenn die Beweisaufnahme den Geisteszustand einer nicht mehr am Leben befindlichen Person zum Gegenstand hat und durch Zeugenvernehmung die Tatsachen ermittelt werden sollen, auf Grund deren der Sachverständige unter Benutzung der Erfahrungen und Erkenntnisse der psychiatrischen Wissenschaft sich ein Bild von dem Geisteszustand der betreffenden Person machen soll, ist es allerdings oft zweckmässig und der Ermittlung der Wahrheit dienlich, dass der Sachverständige schon bei der Einvernahme der Zeugen zugegen ist. Trotzdem kann in dem von dem Berufungsgericht eingeschlagenen anderen Weg kein Verfahrensfehler gesehen werden, auf dem das angefochtene Urteil beruht. Die Art und Weise, wie der Tatsachenrichter die Beweisaufnahme gestaltet und die Reihenfolge, in der er die Beweise er-

hebt, liegen in seinem im Revisionsrechtszug nicht nachprüfbaren Ermessen.

b) Die Revision meint aber weiter, wenn der Berufungsrichter schon das Gutachten habe verwerfen wollen, dann hätte er den Sachverständigen vernehmen und ihm klar machen müssen, von welchem Beweisergebnis er, der Berufungsrichter, ausgehe. Die Ungewissheit des Sachverständigen hierüber habe zu der Unklarheit des Gutachtens und der Unsicherheit des Ergebnisses geführt, die das Berufungsgericht selbst hervorgehoben habe. Auch hier kann der Revision nicht gefolgt werden. Wie der Senat bereits in der in BGHZ 6, 398 abgedruckten Entscheidung ausgesprochen hat, kann sich der Richter nach freiem Ermessen darauf beschränken, ein schriftliches Gutachten von dem Sachverständigen zu erfordern und von seiner persönlichen Anhörung abzusehen, unbeschadet der ihm nach § 411 Abs 3 ZPO zustehenden Befugnis, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens zu vernehmen und unbeschadet des Rechts der Parteien, dem Sachverständigen Fragen zu stellen, eines Rechtes, von dem der Beklagte im Revisionsrechtszug keinen Gebrauch gemacht hat. Es kann der Revision auch nicht darin gefolgt werden, dass der Berufungsrichter gehalten gewesen sei, dem Sachverständigen "klar zu machen", von welchem Beweisergebnis er ausgehen wolle. Hierzu ist zunächst grundsätzlich zu bemerken, dass der Richter nicht verpflichtet ist, den Parteien seine Beweiswürdigung vor dem Urteil zu übermitteln und ihnen dadurch Gelegenheit zu geben, geeignete Beweisanträge zu stellen (Stein-Jonas-Schönke aaO § 139 Bem II 1 c; RG in JW 1912 540 Nr 20). Daraus folgt aber, dass er

auch dem Sachverständigen seine Ansicht über das Ergebnis der Zeugenvernehmung nicht darzulegen braucht. Denn dies ist nicht möglich, ohne dass auch die Parteien Kenntnis von der erst im Urteil zu offenbarenden Ansicht des Gerichts erlangen. Vielmehr ist es grundsätzlich Sache des Sachverständigen, jede Möglichkeit der Tatsachenbewertung bei der Erstattung seines Gutachtens zu berücksichtigen und nicht nur von dem von ihm für richtig gehaltenen Sachverhalt auszugehen (Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozessrechts 6. Aufl § 120 II 3 [S 558]). Das Reichsgericht hat zwar in RGZ 167, 269 (272) ausgesprochen, es empfehle sich für den Richter, wenn er dem Gutachter nicht glaube folgen zu können, die Bedenken gegen das Gutachten mitzuteilen und diesen zu einer ergänzenden Stellungnahme zu veranlassen, notfalls aber einen anderen Sachverständigen zu vernehmen. Das kann aber nach dem Zusammenhang, in dem der Satz ausgesprochen ist, nur für den Fall gelten, dass der Richter Bedenken gegen die von dem Sachverständigen vertretene wissenschaftliche Lehrmeinung oder gegen die von ihm dem Gutachten zugrunde gelegten Erfahrungen seines Wissenschaftsgebietes hegt. Es kommt nicht in Betracht, wenn es sich nicht um die wissenschaftlichen Grundlagen des Gutachtens, sondern um die tatsächlichen Unterlagen desselben handelt. Im ersten Fall ist der vom Reichsgericht empfohlene Weg deswegen geboten, weil der Richter, wenn er seine Sachkunde an die Stelle der des Sachverständigen setzen will, leicht in die Gefahr kommt, sich auf ein Gebiet zu begeben, das grundsätzlich dem Sachverständigen vorbehalten bleiben muss (RG in RGZ 167, 269 [272]). Darum handelt es sich aber hier nicht. Der Berufsrichter ist dem Gut-

achten des Sachverständigen hier deswegen nicht gefolgt, weil es die tatsächlichen Grundlagen des Gutachtens nicht für so ausreichend hält, um einen sicheren Schluss auf den Geisteszustand der Erblasserin zu ziehen.

c) Nicht mehr Gewicht besitzt der Revisionsangriff, das Berufungsgericht hätte aus der deutlich erkennbaren Wirkung, die sich daraus ergeben habe, dass der Sachverständige bei der Beweisaufnahme nicht zugegen gewesen sei, die gegebene Folgerung ziehen, also in Gegenwart des Sachverständigen Professor Dr. Störning oder eines anderen Sachverständigen die Beweisaufnahme wiederholen müssen. Aus dem Gesetz lässt sich eine solche Pflicht der Wiederholung der Beweisaufnahme nicht herleiten, es sei denn, die Beweisaufnahme sei unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften durchgeführt worden. Dass eine solche hier nicht vorliegt, wenn die Zeugen nicht unter Zuziehung eines Sachverständigen gehört wurden, ist bereits oben ausgeführt. In Ermangelung eines Verfahrensverstosses liegt die wiederholte Einvernahme von Zeugen im Ermessen des Gerichts (§ 398 ZPO). Dass dieses verletzt sei, ist nicht ersichtlich.

5. Schliesslich rügt die Revision, der Berufungsrichter habe das Gutachten des Sachverständigen missverstanden und dadurch § 286 ZPO verletzt. Der Sachverständige sei davon ausgegangen, dass die beiden Ärzte Dr. W. [REDACTED] und Dr. W. [REDACTED], die die Erblasserin behandelt haben, übereinstimmend eine arteriosklerotische Altersdemenz festgestellt hätten und nur über deren Grad uneinig gewesen seien. Da nun für den Gutachter schon das Vorhandensein dieser chronischen Krankheit Geistesschwäche zur Zeit der Testamenterrichtung habe jedenfalls vermuten lassen, so habe sich für ihn die

Beweislast zu Ungunsten der Klägerin verschoben. Das habe das Berufungsgericht verkannt, wenn es dem Sachverständigen vorgeworfen habe, er verlange den Beweis der Testierfähigkeit von ihr statt umgekehrt vom Beklagten den der Testierunfähigkeit. Wenn er von dieser Grundlage aus dann die dementia senilis als den aller Wahrscheinlichkeit nach vorliegenden Grund der vielfach bezeugten Auffälligkeiten der Erblasserin bezeichnet habe, so habe er gemeint, dass die Klägerin diese mit Wahrscheinlichkeit gegebene Vermutung nicht habe entkräften können. Und wenn der Sachverständige auf das Unterbleiben der Prüfung der Merkfähigkeit bei Lebzeiten der Erblasserin hinweise, so meine er offensichtlich, dass die Klägerin durch eine solche Prüfung - soll wohl heissen: die Unterlassung einer solchen Prüfung - die Vermutung der Geistesschwäche nicht mehr widerlegen könne.

Die Rügen greifen im Ergebnis ebenfalls nicht durch. Die Regeln über die Verteilung der Beweislast sind als Rechtsvorschriften von dem das Recht anwendenden Richter zu beachten. Sie richten sich dagegen nicht an den Sachverständigen. Die Ausführungen des Urteils, der Sachverständige habe die Beweislast verkannt, liegen somit neben der Sache. Die Bedenken, die sich aus den erwähnten Nebenbemerkungen in den Entscheidungsgründen ergeben, berühren jedoch nicht den Bestand des Urteils. Sie könnten nur dann entscheidungserheblich sein, wenn sie ergeben würden, dass das Berufungsgericht das Gutachten des Sachverständigen wirklich missverstanden oder dass es selbst die Beweislast verkannt hätte. Keines von beiden trifft indessen zu. Die Urteilsgründe ergeben in ihrem Zusammenhang betrachtet keinen ausreichenden Anhalt dafür, dass das Berufungsgericht da

Gutachten falsch verstanden hat. Entgegen der Auffassung der Revision hat der Sachverständige nämlich nur festgestellt, dass die behandelnden Ärzte - nach seiner Ansicht bedauerlicherweise - auf die sehr erhebliche Tatsache der Merkfähigkeit der Erblasserin nicht geachtet und sie nicht geprüft hätten. Er meint nur, daraus dürfe nicht der Schluß gezogen werden, dass das Merkvermögen der Erblasserin intakt gewesen sei. Dazu, welche rechtliche Bedeutung dieser Umstand für das zu erlassende Urteil habe, nimmt er keine Stellung. Das alles hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Aber selbst wenn dem nicht so wäre, könnte der Revisionsangriff dem Beklagten nicht zum Erfolg verhelfen.

Es kann der Revision schon nicht darin gefolgt werden, wenn sie sich darauf beruft, die Erblasserin habe nach der Ansicht der Ärzte an dementia senilis gelitten, dadurch bestehe eine Vermutung für die Geistesschwäche der Erblasserin, die zu einer Verschiebung der Beweislast geführt habe. Die Revision scheint der Ansicht zu sein, dass der Beklagte durch diese Beurteilung des Gutachters eine Art Beweis des ersten Anscheins geführt habe, so dass nunmehr die Klägerin diesen Beweis entkräften müsse. Es möge auf sich beruhen, ob man hier von einem Fall des Anscheinsbeweisses nach den Erfahrungen des Lebens überhaupt sprechen kann. Denn selbst wenn er erbracht wäre, würde er nicht zu einer Umkehrung der Beweislast führen. Das war ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, sie ist auch von den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs fortgesetzt worden (BGHZ 2, 1; Urt vom 25. Oktober 1951 III ZR 8/50 LM Nr 2 zu § 286 [A]). Der Berufungsrichter hat ohne Rechtsverstoss, den Beklagten für beweisfällig gehalten. Er geht ohne Rechtsverstoß davon

aus, dass nach den gesamten Umständen des Falles hier sieben Jahre nach dem Tode der Erblasserin ein Gutachten über ihren Geisteszustand einwandfrei nicht mehr erstattet werden könne. Er beruft sich hier auf die entsprechende Äusserung des Sachverständigen selbst. Ausserdem verweist er auf die widersprechenden Aussagen der Zeugen. Dabei hebt er den Umstand hervor, dass der Beweiswert der Aussagen der von dem Beklagten benannten Zeugen dadurch beeinträchtigt werde, dass sich die Mehrzahl dieser Zeugen auf Veranlassung der Ehefrau des Beklagten sich schon vorher schriftlich festgelegt hätten und ihre Aussage in ihrer Beweiskraft nicht denen der unvoreingenommenen Zeugen gleichgestellt werden dürften. Als sehr wesentlichen Umstand für seine Würdigung des Gutachtens betont der Berufungsrichter, dass die Aussagen der vom Beklagten benannten Zeugen, die eine Geistesschwäche für die Zeit vor 1944 bekundet hätten, mit der Aussage des behandelnden Arztes Dr. W. [REDACTED] nicht in Einklang gebracht werden könnten. Dr. W. [REDACTED] habe bekundet, wenn die Erblasserin das eigenhändige Testament vom 9. September 1944 geschrieben habe, dann sei sie damals in der Lage gewesen, das Geschriebene zu begreifen. Dass das Testament von ihrer Hand herrühre, sei aber unbestritten.

Alle diese Erwägungen geben keinen Anlass zu einer rechtlichen Beanstandung. Auch ärztliche Gutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht gemäss § 286 ZPO. Das Gericht ist befugt, von derartigen Gutachten abzuweichen und sich dazu in Gegensatz zu stellen, sofern es eine ausreichende Begründung für seine abweichende Ansicht gibt (II. Zivilsenat Urteil vom 7. März 1951 - II ZR 67/50 bei LM Nr 2 zu § 286 [B]). Die Be-

denken des Berufungsrichters richten sich vor allem gegen die tatsächlichen Grundlagen des Gutachtens. Nicht nur die Unsicherheit der Feststellung des Geisteszustandes einer Person lange Jahre nach ihrem Tode auf Grund von Laienaussagen, sondern auch die Unglaubwürdigkeit eines Teils der Zeugen, die die mangelnde Testierfähigkeit bestätigt haben, sind hinreichend Gründe, die es rechtfertigen, dass der Richter von einem Gutachten abweicht, das auf dieser Grundlage beruht. Die Glaubwürdigkeit von Zeugen zu beurteilen, ist ausschliesslich Sache des Richters und nicht des Sachverständigen, der bei der Erstattung des Gutachtens, das auf der Aussage solcher Zeugen beruht und sie nicht selbst zum Gegenstand hat, die Richtigkeit der Zeugenaussage nur unterstellen kann. Ist der Richter von dem Beweiswert der Zeugenaussagen nicht überzeugt, dann darf das Sachverständigengutachten, soweit es sich auf die Aussagen dieser Zeugen stützt, seiner Beweiswürdigung nicht zugrunde legen. Die Feststellung der Tatsachen, die dem Sachverständigen zur Begutachtung als Material dienen sollen, ist allein Sache des Richters (RG in WarnRspr 1938 Nr 119 a.E.; Rosenberg aaO § 120 V). Dem Berufungsgericht ist deshalb ein in diesem Rechtszug zu beachtender Rechtsfehler nicht vorzuwerfen, wenn es dem Gutachten des Sachverständigen nicht gefolgt ist. Ein weiteres Gutachten einzuholen war es nach Lage des Falles nicht verpflichtet.

Da andere VerfahrensstöÙe nicht gerügt sind und auch eine ohne besondere Rüge zu beachtende Verletzung materiellen Rechts nicht zu ersehen ist, musste, wie geschehen, mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge erkannt werden.

Schmidt

Ascher

Raske

Kregel

v. Werner