

Verkündet am 30. April 1964
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

2171 011

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

In dem Rechtsstreit

- 1.
- 2.
- 3.

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.

Kläger, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt]

Streithelferin:

-
hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 29. April 1964 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Schuster, Dr. Pie-
penbrock, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts München vom 21. Dezember 1961
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Jedoch wird im Kostenpunkt das Urteil der 2. Zivil-
kammer des Landgerichts München II vom 30. Juni 1958
dahin abgeändert, daß die Beklagten auch die Kosten des
ersten Rechtszugs nur anteilig zu tragen haben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Erstklägerin ist die Witwe eines Abkömmlings, die übrigen Parteien und die Streithelferin sind Abkömmlinge der am 11. April 1954 im Alter von knapp 82 Jahren verstorbenen Erblasserin Hermine Franziska S. geboren P.

Die Erblasserin hinterließ zwei notarielle Testamente. Das Testament vom 12. Mai 1944 enthält im wesentlichen die Einsetzung von sechs ihrer Kinder zu Erben, darunter des 1957 verstorbenen Rechtsvorgängers (Ehemannes bzw. Vaters) der Kläger, Josef S. Im Testament vom 25. September 1952 änderte die Erblasserin das frühere Testament ab, bestimmte zu Erben nur drei ihrer Kinder und setzte drei andere, darunter den Rechtsvorgänger der Kläger und die Streithelferin, auf den Pflichtteil.

Die Parteien streiten um die Testierfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des zweiten Testaments und daher um dessen Rechtswirksamkeit.

Mit der Klage begehren die Kläger Feststellung der Nichtigkeit dieses Testaments.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest: Die Erblasserin sei am Tag der Errichtung des Änderungstestaments (25. September 1952) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

testierunfähig gewesen (BU 20 ff). Es habe sich bei ihr um eine fortschreitende Arteriosklerose der Gehirngefäße mit dem Einschlag seniler Demenz und nicht nur um physiologische Altersvorgänge gehandelt (BU 28/29); ihre Geistestätigkeit sei krankhaft gestört gewesen (BU 35); infolge dieser krankhaften Einflüsse sei sie nicht in der Lage gewesen, sich ein klares Urteil zu bilden über die Tragweite ihrer Anordnungen, insbesondere über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen und über die Gründe, die für oder gegen ihre sittliche Berechtigung sprächen (BU 37/38). Das Oberlandesgericht stützt sich dabei auf die im Ergebnis übereinstimmenden Gutachten des Medizinalrats Dr. Kothe und der Professoren Dr. Dr. Kretschmer/Tübingen und Dr. Mikorey/München (der zwei schriftliche Gutachten erstattet und sie in drei gerichtlichen Terminen mündlich erläutert und ergänzt hat), sowie auf Bekundungen von Zeugen, insbesondere von behandelnden oder untersuchenden Ärzten, über psychisch auffälliges Verhalten der Erblasserin. Es hält die von den Beklagten gegen die Gutachten erhobenen Einwendungen nicht für durchgreifend (BU 22 ff).

Diese Würdigung läßt entgegen der Meinung der Revision keinen Rechtsirrtum erkennen. Die von den Beklagten in der Revision und den Vorinstanzen vertretene Auffassung überspannt die Anforderungen an den zur richterlichen Tatsachenfeststellung nötigen Beweis.

I.

Daß die Kläger die Beweislast für die Testierunfähigkeit der Erblasserin tragen, wird vom Berufungsgericht nicht verkannt. Es hält den Beweis jedoch für erbracht, indem es seine dahingehende Überzeugung ausspricht. Daß es für seine Überzeugung keine absolute Gewißheit fordert, sondern sich



mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit begnügt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, von der abzuweichen kein Anlaß besteht (RGZ 162, 223, 229/30; BGHZ 7, 116, 120/21; vgl. Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 8. Aufl. § 111 I 2 a, Zeiler, LZ 1933, 273, Mattern, Wahrunterstellung im Strafprozeß 1933 S. 4 ff). Soweit die - das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffende - Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG 1932, 131) und die ihr folgende Kommentarstelle von Staudinger/Firsching, BGB 11. Aufl. § 2229 Rdn. 29 für die Verneinung der Testierfähigkeit weitergehende Anforderungen stellen, kann ihnen nicht gefolgt werden (die Entscheidung betrifft im Kern eine im vorliegenden Fall nicht einschlägige Frage, nämlich den Umfang der Ermittlungspflicht nach § 12 FGG).

Das Berufungsgericht verkennt auch nicht, daß der Sachverständige nur Gehilfe des Richters ist. Es hat sich entgegen dem Vortrag der Revision (Begründung S. 4) nicht blindlings den Sachverständigen angeschlossen, sondern diesen Anschluß in eigener Stellungnahme auf nicht weniger als 20 Seiten begründet. Es setzt sich dabei genügend ausführlich mit einer ganzen Reihe von Haupteinwendungen der Beklagten auseinander und läßt eine sachgerechte Würdigung des Gesamtvortrags der Beklagten erkennen; auf jeden einzelnen Punkt der Einwendungen brauchte es nicht ausdrücklich einzugehen (BGHZ 3, 162, 175). Auch soweit die Gutachter selbst Zeugenaussagen in einer bestimmten Richtung bewertet haben und der Tatrichter ihnen darin gefolgt ist, besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß er dies ohne eigenverantwortliche Prüfung und eigene Würdigung und deshalb unter Verletzung von § 286 oder § 403 ZPO getan hätte.

II.

Ein Haupteinwand der Beklagten gegen die Feststellung der Testierunfähigkeit ging und geht dahin: der Geisteszustand der Erblasserin bei ihren späteren Untersuchungen - durch den Amtsarzt Dr. S. (in dem von einem Teil der Kinder angestregten Entmündigungsverfahren, zuletzt am 2. Februar 1953) und durch den Gutachter Dr. Kothe am 30. Juli 1953 - gestatte keinen sicheren Rückschluß darauf, daß sich die Erblasserin auch schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung (25. September 1952) in einem solchen Zustand befunden habe. Die Beklagten stützen sich dabei auf eine Stelle im ersten Gutachten Mikorey, wonach "bezüglich der Beurteilung der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin am 25. September 1952 auf Grund der gerichtlich und ärztlich erhobenen Befunde zwischen dem 21. Oktober 1952 und dem 2. Februar 1953 ein erheblicher Unsicherheitsfaktor" liege, und auf seine Ausführung an einer anderen Stelle seines Gutachtens, bei den von ihm gezogenen Rückschlüssen müsse "unterstellt" werden, daß zwischen dem 25. September 1952 und dem 30. Juli 1953 keine wesentliche Änderung im Geisteszustand der Erblasserin eingetreten sei. Das Berufungsgericht hat sich jedoch hiermit ausdrücklich auseinandergesetzt (BU S. 29/30) es hält sowohl den "Unsicherheitsfaktor" als auch die "Unterstellung" durch das umfassende Ergänzungsgutachten des Sachverständigen und seine mehrfachen mündlichen Erläuterungen dazu für abgewandelt zu der (jetzt uneingeschränkten) Feststellung (des Sachverständigen), daß zwischen dem 25. September 1952 und dem 30. Juli 1953 mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit keine wesentliche Änderung im Geisteszustand der Erblasserin eingetreten sei (BU S. 29/30). Diese vom Berufungsurteil in Bezug genommenen Gutachtensergänzungen ergeben mit hinreichender Deutlichkeit, daß der Sachverständige mit jenen einschränkenden Worten weder eine Unterstellung im juristischen Sinne eines Gegensatzes zur wirklichen Feststellung noch eine im Endergebnis verbleibende Unsicherheit ausdrücken, sondern nur unterstreichen wollte,

daß in Fällen wie dem vorliegenden auch der ärztliche Gutachter, ebenso wie der Richter, seine Überzeugung nicht auf absoluter Gewißheit aufbauen kann, sondern sich vorhandener Unsicherheitsfaktoren bewußt sein muß, um sie gegebenenfalls wegen völliger praktischer Unwahrscheinlichkeit bei seiner Überzeugungsbildung auszuschalten (vgl. besonders GA II 354 ff). Der Sachverständige hat sie nach den Urteilsfeststellungen auch ausgeschaltet: Danach drücken die mehrfachen Wendungen, mit denen er zu den zahlreichen Befragungen durch die Beklagten gerade in diesen Punkten Stellung genommen hat, insgesamt die feste Überzeugung des Sachverständigen aus (GA II 444), daß der testierunfähige Zustand der Erblasserin, den Medizinalrat Dr. Kothe bei seiner Untersuchung im Juli 1953 festgestellt habe, auch schon am 25. September 1952 vorhanden gewesen sei, weil die Erblasserin schon vor diesem Zeitpunkt psychisch auffällig gewesen sei und für eine wesentliche psychische Veränderung zwischen der Testamentserrichtung und der Untersuchung durch Dr. Kothe jeder geeignete Anhaltspunkt, der sonst zu erwarten gewesen wäre, fehle (vgl. GA 406/407). Eine derartige Überzeugungsbildung bei negativen Tatsachen ist auch nach den für die richterliche Wahrheitsfindung geltenden Grundsätzen nicht rechtsfehlerhaft. Sie konnte deshalb ohne Rechtsirrtum vom Berufungsgericht übernommen werden. Die gerügte Verletzung von Beweislastgrundsätzen liegt nicht vor, ebenso nicht der von der Revision angenommene unlösbare Widerspruch zwischen jenen beiden einschränkenden Worten des Sachverständigen und seiner uneingeschränkten Schlußfeststellung.

III.

Die Revision macht weiter geltend, die Unrichtigkeit der genannten "Unterstellung" werde nahegelegt durch Gegenindizien, die von den Beklagten bewiesen worden seien. Damit wendet sich die Revision nach dem oben II Gesagten in

Wahrheit gegen eine tatrichterliche Feststellung. Das Oberlandesgericht hat sich mit diesen Indizien ausführlich befaßt; ein Verfahrensverstoß ist nicht erkennbar; darüber hinaus ist die tatrichterliche Würdigung vom Revisionsgericht nicht nachzuprüfen.

Die Revision hebt hier zunächst auf das Zeugnis des beurkundenden Notars Dr. S. [REDACTED] ab, er habe bei einem sieben Monate nach der Testamenterrichtung liegenden weiteren Besuch bei der Erblasserin den Eindruck gehabt, ihr Geisteszustand habe sich gegenüber dem Zeitpunkt der Testamenterrichtung wesentlich verschlechtert. Aber das Berufungsgericht hat auf die Aussage dieses Zeugen sowohl im Tatbestand (S. 8) als auch in den Entscheidungsgründen (S. 29/30) ausdrücklich Bezug genommen und (an der letzteren Stelle) dazu ausgeführt, auch sie sei in dem Ergänzungsgutachten Mikorey berücksichtigt, dem sich das Berufungsgericht angeschlossen hat. Der Sachverständige Mikorey hat sich mit der Aussage S. [REDACTED] wiederholt befaßt (GA 169, 200, 407, 440/41) und sie ausdrücklich dahin gewürdigt, daß man aus ihr keine entscheidenden Schlüsse für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit (gemeint: Testierfähigkeit) der Erblasserin am 25. September 1952 ziehen könne (GA 200; vgl. dazu auch Gutachten Kretschmer, GA I 84). Dem schließt sich das Berufungsgericht ersichtlich an.

Die Aussage des Notariatsinspektors W. [REDACTED] über seinen Eindruck von der Erblasserin am Tag der Testamenterrichtung ist vom Sachverständigen ausdrücklich erwähnt (GA 170) und in gleicher Weise gewürdigt worden (GA 200). Auch dem ist das Berufungsgericht durch seine allgemeine Bezugnahme auf das Gutachten gefolgt; § 286 ZPO ist nicht verletzt.

Die mündliche Äußerung des Sachverständigen Mikorey über die Notwendigkeit einer fachärztlichen Untersuchung

vor und nach einer Kreislaufstörung für die Beurteilung von deren Einfluß auf den Geisteszustand eines Menschen (GA 423) ist vom Berufungsgericht (BU S. 40) dahin gewürdigt worden, sie beziehe sich nur auf den Ausschluß der Möglichkeit, daß irgendeine relativ bedeutungslose Herabminderung des Geisteszustands eingetreten sei, dagegen nicht auch auf den Ausschluß einer wesentlichen Herabminderung (im Sinne des Verlustes bisher vorhandener Testierfähigkeit). Dies entspricht dem Wortlaut der Äußerung. Auch daß das Berufungsgericht dieser Auffassung des Sachverständigen folgt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die festgestellte rapide Zustandsverschlechterung bei der Erblasserin zwischen Mai 1953 und April 1954 ergibt allerdings logisch zwingend weder etwas für noch etwas gegen die Annahme, daß eine solche Verschlechterung auch zwischen September 1952 und den Untersuchungen von 1953 stattgefunden habe. Aber Sachverständige und Tatrichter haben die Verneinung einer solchen früheren Verschlechterung auch nicht mit logischer Notwendigkeit erschlossen, sondern sind zu ihr auf Grund von empirischen Wahrscheinlichkeitserwägungen im Weg der Beweiswürdigung gekommen. Für die in diesem Zusammenhang wie auch sonst mehrfach wiederholte Rüge der Verkennung der Beweislast gilt das bereits dazu Gesagte (oben II).

IV.

Gerügt wird weiter Beschneidung des Rechts der Beklagten, den Sachverständigen Mikorey nach §§ 397, 402 ZPO zu befragen. Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil die Beklagten durch ihren Prozeßbevollmächtigten noch gegen Schluß des fraglichen Einzelrichtertermins vor dem Oberlandesgericht erklärt haben, ihre Fragen seien beendet (Protokoll S. 5 GA 439), und auch

im darauffolgenden, dem Berufungsurteil zugrunde liegenden Verhandlungstermin vor dem Kollegium (außer dem Antrag auf Berücksichtigung des Privatgutachtens Dr. Stöcker, bezüglich dessen eine Revisionsrüge nicht erhoben ist) sonstige Beweis- anträge nach ausdrücklicher Protokollfeststellung nicht mehr gestellt haben (Niederschrift vom 18. Oktober 1961, S. 2 GA 452 R); hierin liegt ein Rügeverzicht nach § 295 ZPO.

V.

Auch hinsichtlich der Aussage des Zeugen Rechtsanwalt Nadler hat das Berufungsgericht den § 286 ZPO nicht verletzt. Die Würdigung und Auslegung der Aussage eines Zeugen ist allerdings grundsätzlich Aufgabe des Richters und nicht des Sachverständigen; der Richter ist daher an eine solche Würdigung und Auslegung des Sachverständigen ebenso wenig gebunden wie an dessen Gutachten im übrigen. Wo jedoch das Gericht in der Würdigung und Auslegung von Zeugenaussagen mit dem Sachverständigen einig geht, kann nicht immer hinsichtlich jedes Einzelpunktes eine ausdrückliche Erwähnung dieses Einverständnisses im Urteil gefordert werden, sondern ein solches Einverständnis kann auch in einer allgemeinen Bezugnahme auf das Gutachten zum Ausdruck kommen, wenn nur das Urteil im ganzen ergibt, daß sich das Berufungsgericht der Pflicht zur eigenverantwortlichen Prüfung bewußt gewesen ist. Dies ist hier der Fall. Die Würdigung und Auslegung, die der Sachverständige dem Zeugnis N. gibt - dieser habe die Erblasserin nur noch theoretisch, aber offenbar nicht mehr praktisch für testierfähig gehalten -, ist keineswegs auffällig oder gar willkürlich, sondern entgegen der Meinung der Revision möglich. Die Revision hebt auf die Bekundung des Zeugen ab, die Erblasserin sei (in der Zeit vor der Testamentserrichtung) körperlich

verfallen, doch geistig rege geblieben (GA 120 R); aber der Zeuge hat bei derselben Vernehmung auch bekundet, die sonst so hohen geistigen Fähigkeiten der Erblasserin müßten nachgelassen haben, und er hat sich dafür gerade auf das Verhalten der Erblasserin bei Planung des Änderungstestaments gestützt.

VI.

Die Revision wendet sich schließlich auch gegen die beiden Gutachten Kothe und Kretschmer. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rügen nicht schon deshalb gegenstandslos sind, weil das angefochtene Urteil bereits in dem ohne Erfolg bekämpften Gutachten Mikorey eine hinreichende Stütze findet. Die Angriffe der Revision sind jedenfalls sachlich unbegründet.

Was das Recht der Beklagten zur Befragung des Sachverständigen Kretschmer anlangt, so hat allerdings dieser Sachverständige eine Einzelbeantwortung der ihm nach Gutachtenserstattung gestellten Fragen abgelehnt (GA 135). Aber dieser Vorgang spielte sich in der ersten Instanz ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann dann, wenn ein im ersten Rechtszug angeblich zu Unrecht nicht berücksichtigtes Beweisangebot im Berufungsverfahren nicht konkret wiederholt oder seine Nichtberücksichtigung gerügt worden ist, in der Revisionsinstanz die Nichtberücksichtigung nicht mehr gerügt werden (BGHZ 35, 103, 106). Das gleiche muß gelten für den Antrag auf ergänzende Befragung eines Sachverständigen (§§ 397, 402 ZPO; vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 35, 370), und zwar sowohl dann, wenn das Gericht die gewünschten Fragen nicht gestellt, als auch dann, wenn der Sachverständige sie nicht beantwortet hat; in beiden Fällen kommt nicht die Unverwertbarkeit des unergänzten Gutachtens, sondern nur ein Verstoß gegen eine

Pflicht zur weiteren Aufklärung in Betracht. Es ist von der Revision nicht vorgetragen, daß die Revisionskläger im Berufungsrechtszug - insbesondere bis zum ersten dortigen Verhandlungstermin (17. März 1959, GA II 294) - auf ihren erstinstanzlichen Antrag auf ergänzende Befragung des Sachverständigen Kretschmer zurückgekommen wären. Deshalb können die Beklagten die von ihnen angenommene Verletzung dieses Fragerechts nicht mehr rügen.

Daß das Gutachten Kothe durch die oben erörterte, einschränkende "Unterstellung" seitens des Gutachters Mikorey entwertet worden wäre, trifft schon deshalb nicht zu, weil jene "Unterstellung" in Wahrheit gar keine Einschränkung enthält und der Gutachter Mikorey den vom Gutachter Kothe gezogenen Rückschluß vom späteren auf den früheren Geisteszustand, wenn auch mit etwas anderer Begründung, ebenfalls zieht.

Ob die Erblasserin bereits 1951 einen cerebralen Insult erlitt, ist nach Auffassung des Sachverständigen Mikorey, dem das Berufungsgericht folgt, ohne Bedeutung. Infolgedessen wird der Bestand des Urteils dadurch nicht in Frage gestellt, daß die Sachverständigen Kothe und Kretschmer vom Eintritt eines solchen Insults ausgehen und diese Annahme nach Auffassung der Revision durch die spätere Aussage des Zeugen Dr. G. zweifelhaft geworden ist.

Die Revision rügt schließlich, im Gutachten Kretschmer sei der Rechtsbegriff der Testierfähigkeit verkannt worden, weil sich dort der Satz findet, die Errichtung eines Testaments setze die Fähigkeit des Erblassers zu einer gleichmäßigen und ruhigen Würdigung der gesamten Lebenssituation mit allen ihren Bezügen voraus. Aber damit ist ersichtlich nur gemeint, daß diese Fähigkeit nicht infolge

geistiger Erkrankung fehlen darf, nicht etwa auch, daß ein Testament, um wirksam zu sein, tatsächlich auf gleichmäßiger und ruhiger Würdigung beruhen müsse. Die Schlußfeststellung des Gutachtens (S. 20, GA 88) gibt den Begriff der Testierunfähigkeit ausdrücklich mit den Worten des Gesetzes (§ 2229 Abs. 4 BGB) wieder. Und was die rechtliche Subsumption durch das Berufungsgericht anlangt, so hat dieses selbst den Begriff der Testierfähigkeit nicht verkannt, sondern ihn in der oben (vor I) wiedergegebenen Weise wörtlich so umschrieben, wie es der Rechtsprechung des IV. Zivilsenats entspricht, der der erkennende Senat folgt (Urteil vom 19. Februar 1951, IV ZR 16/50 S. 5; Urteil vom 29. Januar 1958, IV ZR 251/57 S. 8/9; MDR 1958, 316).

VII.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen hinsichtlich der Hauptsache keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Revisionskläger erkennen läßt, war ihre Revision in der Sache selbst als unbegründet zurückzuweisen.

Im Kostenpunkt war die vom Landgericht vorgenommene Auferlegung der erstinstanzlichen Kosten auf die Beklagten von Amts wegen (§ 308 Abs. 2 ZPO) dahin richtig zu stellen, daß sie nicht als Gesamtschuldner, sondern nach Kopfteilen haften (§ 100 Abs. 1 gegenüber Abs. 4 ZPO). In gleicher Weise haben die Beklagten auch die Kosten der Revision nach § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern

Offterdinger