

nas/Bork, ZPO, 21. Aufl., § 114 Rn 58. Nach Auffassung des *Senats* muss ein Bekl, der die Vaterschaft nicht anerkennen und es auf einen Prozess ankommen lassen will, ernsthafte Zweifel an seiner Vaterschaft darlegen können, so auch OLG Hamburg FamRZ 2000, 1587, OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1228. Anders als in Anfechtungsverfahren gilt nicht der Gesichtspunkt, dass er sich nicht einem Rechtsstreit entziehen kann. Im Rahmen der PKH-Prüfung ist auch in eng begrenztem Umfang eine vorweggenommene Beweiswürdigung zulässig, vgl. BGH NJW 1994, 1160. Dass auf Antrag oder von Amts wegen eine Beweisaufnahme durchgeführt werden muss, hat daher nicht zwangsläufig die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Folge. Umstände, die zu ernsthaften Zweifeln an seiner Vaterschaft Anlass geben könnten, hat der Bekl nicht dargelegt. Im Vaterschaftsfeststellungsverfahren muss der Bekl, der mit der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit Verkehr gehabt hat, begründete Aussicht haben, die Vermutung des § 1600 Abs. 2 BGB zu widerlegen. Hieran fehlt es vorliegend. Der Bekl hat in seiner Stellungnahme zu den Anträgen des klagenden Kindes eingeräumt, dass es mit der Kindesmutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit zu Geschlechtsverkehr gekommen sei. Im Übrigen hat er ausgeführt, er wisse nicht, ob er der einzige Geschlechtspartner der Mutter gewesen sei. Zu der Erklärung der Mutter, ausschließlich mit dem Bekl Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, hat er keine Stellung bezogen. Bereits zum Zeitpunkt der Beantragung von Prozesskostenhilfe war es nach alledem unwahrscheinlich, dass die Vaterschaftsvermutung des § 1600 Abs. 2 S. 1 BGB durch das veranlasste Abstammungsgutachten widerlegt werden könnte. Eine hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung des Bekl i.S.v. § 114 ZPO gegen die beantragte Vaterschaftsfeststellungsklage bestand daher nicht.

Aber auch im Hinblick auf die beantragte Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts bot die Rechtsverteidigung des Bekl keine Aussicht auf Erfolg. Der Einwand fehlender Leistungsfähigkeit kann im Verfahren nach § 653 ZPO nicht berücksichtigt werden. Zwar war unter Geltung des § 643 ZPO a.F. umstritten, ob neben Einwänden zum Grund des Anspruchs wie Erfüllung, Forderungsübergang (§§ 91 BSHG, 7 UVG) und Zusammenleben mit dem Vater (§ 1612 f. BGB a.F.) im Einzelfall auch der Einwand mangelnder Leistungsfähigkeit des Vaters zu beachten war (vgl. zum Meinungsstreit OLG Bremen FamRZ 2000, 1164). Mit der Neuregelung der §§ 653 ff. ZPO ist der Unterhaltsschuldner jedoch grundsätzlich hinsichtlich aller Einwendungen gegen die Verurteilung zur Zahlung des Regelunterhalts auf das Korrekturverfahren gem. § 654 ZPO zu verweisen. Der *Senat* folgt insoweit der Auffassung des OLG Bremen, wie sie in der Entscheidung vom 2.2.2000 ihren Niederschlag gefunden hat (= FamRZ 2000, 1164; ebenso *Zöller-Philippi*, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 653 Rn 4 m.w.N. – a.A. OLG Brandenburg FamRZ 2000, 1581, 1583). Durch die Neuregelung der §§ 653 ff. ZPO soll gewährleistet sein, dass der Regelunterhalt des klagenden Kindes durch eine rasche Titulierung jedenfalls zunächst sichergestellt ist und erst in einem Nachverfahren über etwaige Einwendungen des Vaters betreffend die Höhe des tatsächlich geschuldeten Unterhalts gestritten wird.

Mitgeteilt von Vors. Richter am OLG *Dr. Büttner*; Köln

Anm. der Red.: Zur Entscheidung des OLG Köln s. auch *Kogel*, FamRB 2003, 151 f..

Zu LS 2.: Der BGH hat entschieden, dass der Vater im Annexverfahren nach § 653 Abs. 1 ZPO mit dem Einwand mangelnder oder eingeschränkter Leistungsfähigkeit (vgl. FamRZ 2003, 304, 305) und mit dem Einwand der Erfüllung des Kindesunterhalts (Urt. v. 7.5.2003 – XII ZR 140/01) ausgeschlossen ist. Im Urt. v. 7.5.2003 hat er aber abschließend

ausgeführt: „Allerdings wird in den Fällen, in denen die Erfüllung des geltend gemachten Unterhaltsanspruchs oder die Leistungsunfähigkeit des Vaters unstreitig sind, zu prüfen sein, ob einem dennoch nach § 653 Abs. 1 ZPO gestellten Antrag des Kindes wegen einer missbräuchlichen Ausnutzung des Einwendungsausschlusses im Annexverfahren das Rechtsschutzbedürfnis fehlt“.

Zur Testierfähigkeit im Zusammenhang mit einem Betreuungsverfahren

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG; §§ 1896 Abs. 1 S. 1, 2229 Abs. 4 BGB

OLG Celle, Beschl. v. 11.3.2003 – 6 W 16/03 – (LG Hildesheim)

- 1. Ohne weitere Anhaltspunkte kann allein aus einem etwa acht Monate nach Testamentserrichtung erstatteten fachärztlichen Gutachten in einem Betreuungsverfahren nicht geschlossen werden, dass die Erblasserin bereits im Zeitpunkt der Testamentserrichtung an einer Altersdemenz in einem Umfang litt, die ihre Testierfähigkeit gem. § 2229 Abs. 4 BGB ausschloss.**
- 2. Kein hinreichender Anhaltspunkt für eine Testierunfähigkeit stellt der Umstand dar, dass die Erblasserin statt ihres einzigen Sohnes eine familienfremde und ihr erst seit einiger Zeit bekannte Person zum Erben einsetzt.**
(Leitsätze der Redaktion)

Gründe: Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 569 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 127 Abs. 2 S. 2 und 3 ZPO), in der Sache jedoch nicht begründet. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung des Kl bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg gem. S. 114 ZPO.

1. Soweit der Kl mit dem Antrag zu 1 die Feststellung der Unwirksamkeit des am 29.6.1999 errichteten Testaments seiner am 17.10.2002 verstorbenen Mutter ... begehrt, ist das LG zu Recht davon ausgegangen, dass keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestehen.

Gem. § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Entsprechend dem Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, ist ein Erblasser dabei so lange als testierfähig anzusehen, als nicht seine Testierunfähigkeit zur vollen Gewissheit des Gerichts nachgewiesen wird (OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 635; BayObLG FamRZ 1994, 593; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., § 2229 Rn 11). Die Darlegungs- und Beweislast für die mangelnde Testierfähigkeit trifft im Rechtsstreit denjenigen, der sich auf sie beruft, hier also den Kl.

Zunächst lässt sich dem im Betreuungsverfahren beim AG G. (Az.:...) eingeholten Gutachten der Ärztin für Psychiatrie ... vom 23.2.2000 ... nichts dafür entnehmen, dass die Erblasserin bereits im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 29.6.1999 testierunfähig war. Die Gutachterin bescheinigt der Erblasserin zwar eine Altersdemenz auf dem Boden einer cerebralen Durchblutungsstörung. Ihre Exploration beruht jedoch auf einem Hausbesuch bei der Erblasserin am 20.2.2000, während das Testament bereits am 29.6.1999 errichtet wurde. Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin bereits im Juni 1999 infolge Altersdemenz nicht in der Lage war zu beurteilen, dass sie ein Testament errichtet oder wel-

chen Inhalt und welche Tragweite dies hat, lassen sich dem Gutachten nicht entnehmen. Nicht ausreichend hierfür ist die Mitteilung der Befundtatsache seitens der Gutachterin, die Mutter des Bekl habe ihr berichtet, die Erblasserin habe bereits Anfang 1999 recht hilflos gewirkt, sei sehr vergesslich gewesen und habe sich nur noch schlecht versorgen können. Dies mögen zwar Umstände sein, die gegebenenfalls die Einrichtung einer Betreuung gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB rechtfertigen. Den Schluss auf eine darüber hinausgehende Testierunfähigkeit erlauben sie indessen nicht (zur grundsätzlichen Unmaßgeblichkeit der Einrichtung einer Betreuung für die Testierfähigkeit vgl. OLG Frankfurt, BayObLG, a.a.O.).

Zu berücksichtigen ist ferner der Umstand, dass die Erblasserin am 31.5.1999 das AG G. aufsuchte, um ihre bisherigen Testamente aus der amtlichen Verwahrung zu nehmen. Durch die Rechtspflegerin ist hierzu vermerkt ...: „Die Erschienene war, wie die mit ihr geführte Unterhaltung ergab, testierfähig.“ Ferner heißt es im Vorspann des notariellen Testamentes vom 29.6.1999 ...: „Die Erschienene ist, wie ich, die Notarin, mich durch ein mit ihr geführtes längeres Gespräch überzeugte, voll geschäftsfähig.“ Zwar handelt es sich weder bei einer Rechtspflegerin noch bei einer Notarin um medizinisch geschultes Fachpersonal, das alleine zu beurteilen in der Lage ist, ob eine gesundheitliche Störung vorliegt, die die Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes ausschließt. Indessen kann bei einer Altersdemenz nur auf Grund des Gesamtverhaltens und des Gesamtbildes der Persönlichkeit zur Zeit der Testamentserrichtung beurteilt werden, ob der Erblasser Inhalt und Reichweite seiner letztwilligen Verfügung noch beurteilen und hiernach handeln konnte (OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064, 1065; BayObLG FamRZ 1997, 1511, 1512). Bei dieser Beurteilung können auch die Wahrnehmungen der Notarin und der Rechtspflegerin von Bedeutung sein.

Kein hinreichender Anhaltspunkt für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin stellt schließlich der schlichte Umstand dar, dass die Erblasserin den familienfremden und ihr erst seit einiger Zeit vor Testamentserrichtung bekannten Bekl zum Erben eingesetzt hat und nicht den Kl als ihren Sohn. Zunächst folgt schon aus der grundgesetzlich garantierten Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), dass der Erblasser eine Erbeinsetzung nach seinem freien Willen vornehmen kann und hierfür weder vernünftige noch von Dritten nachvollziehbare Gründe erforderlich sind (vgl. OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 635, 636). Hinzu kommt, dass die Erblasserin – wie sich aus dem Bericht der Ärztin für Psychiatrie ... ergibt – durch die Familie des Bekl versorgt wurde, in diese integriert schien und recht zufrieden wirkte ...

Dem weiteren Vortrag des Kl, der Bekl und seine Familie hätten die Erblasserin bei Abfassung des Testamentes getäuscht, fehlt schließlich die hinreichende Substanz. Es ist nicht ersichtlich, durch welche konkreten Täuschungshandlungen die Erblasserin von dem Bekl zur Errichtung des Testamentes veranlasst worden sein soll. Entsprechend geht auch die am 18.11.2002 gegenüber dem Nachlassgericht erklärte Testamentsanfechtung ins Leere.

2. Aus den oben genannten Gründen bestehen ebenso wenig hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin bei Abschluss des Mietvertrages vom 1.5.1999 mit dem Bekl geschäftsunfähig gewesen (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB) oder täuschungsbedingt zum Abschluss dieses Vertrages veranlasst worden wäre. Auch für eine Sittenwidrigkeit dieses Vertrages ist nichts ersichtlich, selbst wenn der vereinbarte Mietzins deutlich unter dem ortsüblichen gelegen haben sollte. Schließlich fehlt dem Kl insoweit ohnehin ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit des Mietvertrages (§ 256 Abs. 1 ZPO), da nicht ersichtlich ist, dass er die Erblasserin beerbt hat und deshalb Rechte

gegenüber dem Bekl wegen des Mietgrundstücks geltend machen könnte.

Rechtsprechung kompakt

Wegen der zahlreichen in diesem Heft veröffentlichten Entscheidungen entfällt dieses Mal die Rubrik „Rechtsprechung kompakt“.

Es soll aber mitgeteilt werden, dass die in FF 2003, 70 unter „Rechtsprechung kompakt“ zu „Aktuelles zum Versorgungsausgleich“ angeführten Beschlüsse des OLG Bamberg und des OLG Frankfurt/M., in denen die Rechtsbeschwerde zugelassen worden war, rechtskräftig sind.

Richter am AG a.D. *Dieter Miesen*

Bücher zum Familien- und Erbrecht

Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl. 2003, 188 Seiten, 18 €, C. H. Beck Verlag

Frank, Erbrecht, 2. Aufl. 2003, 17,50 €, C. H. Beck Verlag
Garbe, Antragserwiderung und Klageerwiderung in Ehe- und Familiensachen, 3. Aufl. 2003, 400 Seiten, 86 €

Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozeßkostenhilfe und Beratungshilfe, 3. Aufl. 2003, 465 Seiten, NJW-Schriftenreihe, 46 €, C. H. Beck Verlag

Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl. 2003, 2.093 Seiten, 128 €, C. H. Beck Verlag

Kerscher/Tanck/Krug, Der erbrechtliche Unterhalt, 3. Aufl. 2003, 1.088 Seiten, 89 €, Deutscher AnwaltVerlag

Offermann-Burkhardt, Anwaltspraxis – Fachanwalt werden und bleiben, 2003, 215 Seiten, 34,80 €, Dr. Otto Schmidt Verlag

Peter/Kummer, Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, 2003, 360 Seiten, 42 €, NJW-Schriftenreihe, C. H. Beck Verlag

Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 2003, 1.309 Seiten, 98 €, C. H. Beck Verlag

Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, 2003, 416 Seiten, 45 €, Bundesanzeiger Verlag

Reinecke, Lexikon des Unterhaltsrechts, 2003, rd. 500 Seiten, mit CD-ROM, ca. 69 €, ZAP-Verlag

Scheffen/Padey, Schadensersatz bei Unfällen mit Minderjährigen, 2. Aufl. 2003, 581 Seiten, NJW-Schriftenreihe, 45 €, C. H. Beck Verlag

Schwab, Familienrecht, Reihe „Prüfe dein Wissen“, 10. Aufl. 2003, 220 Seiten, 15 €, C. H. Beck Verlag

Schwoloff, Die Unterhaltsberechnung, 29 €, Luchterhand Verlag

Soyka, Die Berechnung des Ehegattenunterhalts, 2. Aufl. 2003, 49,80 €, Erich Schmidt Verlag

Viefhues, Fehlerquellen im familiengerichtlichen Verfahren, 2003, rd. 300 Seiten, ca. 49 €, ZAP-Verlag

Weinreich/Klein, Kompaktcommentar Familienrecht 2003, 2.328 Seiten, 98 €, Luchterhand Verlag

Wellenhofer-Klein, Die eingetragene Lebenspartnerschaft 2003, 209 Seiten, 24 €, C. H. Beck-Verlag

Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 12, 14. Deutscher Familiengerichtstag vom 12.–15.9.2001 in Brühl, Gieseking Verlag