

Daniel Abt

# Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht

Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen  
an Vertrauenspersonen



Helbing & Lichtenhahn

Basel · Genf · München

2002

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Abt, Daniel:**

Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht : unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen / Daniel Abt.

- Basel ; Genf ; München : Helbing und Lichtenhahn, 2002

(Basler Studien zur Rechtswissenschaft : Reihe A, Privatrecht ; Bd. 61)

Zugl.: Basel, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-7190-2091-6

Die Druckvorlage wurde vom Autor als reprofertierte Vorlage zur Verfügung gestellt.

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerk zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern (downloading), liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 3-7190-2091-6

© 2002 by Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel

meiner Mutter selig  
und  
meinem Vater



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand im Rahmen eines in der Zeit vom 1. April 2000 bis am 31. Dezember 2001 vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung finanzierten Forschungsprojekts. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Dezember 2001 als Dissertation angenommen.

In erster Linie möchte ich meinem „Doktorvater“ Herrn Prof. Dr. P. Simonius herzlich danken, der mir bei der Bearbeitung vertrauensvoll grosse Freiheit gewährte und als dessen Volontär in seinem Büro ich eine prägende und unvergessliche Zeit hatte. Für die Übernahme des Co-Referats der Dissertation bin ich Herrn Prof. Dr. Friedrich Rapp sowie Herrn Prof. Dr. Franz Hasenböhler aufrichtig dankbar.

Grossen Dank für ihre Korrekturarbeiten und die wertvollen Hinweise schulde ich zudem meinem lieben Freund und Bürokollegen lic. iur. Oscar Olano, Advokat, sowie meinem ehemaligen Lernpartner lic. iur. Pascal Tanner, Advokat; die Diskussionen mit ihnen und die kritischen Hinweise haben die vorliegende Arbeit zweifellos befruchtet. Ein herzlicher Dank für den geduldigen Computersupport geht auch an André Weiss und an lic. iur. Philipp Amrein, Rechtsanwalt.

Dem Schweizerischen Nationalfonds sowie der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft mit Sitz in Basel möchte ich für die grosszügige und wohlwollende finanzielle Unterstützung des Forschungsvorhabens herzlich danken. Die Juristische Fakultät der Universität Basel, der Dissertationenfonds der Universität Basel, die Basler Studienstiftung sowie die Josef und Olga Tomcsik-Stiftung haben mit verdankenswerten Beiträgen an die Druckkosten die Drucklegung der Arbeit ermöglicht.

Der grösste und herzlichste Dank gilt meinem persönlichen Umfeld. Mein Vater und meine Mutter selig haben mir meine Ausbildung ermöglicht und durch ihre Hilfsbereitschaft und Grosszügigkeit den Grundstein zu dieser Arbeit gelegt. Meine Lebenspartnerin, lic. iur. Helena Hofer, Advokatin, hat durch ihre Geduld, Rücksichtnahme und moralische Unterstützung massgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Basel, im Januar 2002

Daniel Abt



## **Inhaltsübersicht**

Inhaltsverzeichnis	XI
Literatur- und Materialienverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI

<b>Einleitung</b>	1
-------------------	---

<b>Teil 1: Grundlagen</b>	3
---------------------------	---

§ 1 Ungültige, nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte	3
---	---

§ 2 Versuch einer Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson	10
---	----

<b>Teil 2: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht</b>	30
---	----

§ 1 Einleitende Bemerkungen	30
-----------------------------	----

§ 2 Formellrechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage	42
--	----

§ 3 Materielle rechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage	57
--	----

§ 4 Wirkungen des Ungültigkeitsurteils	167
--	-----

<b>Teil 3: Zuwendungen an Vertrauenspersonen im Lichte der Ungültigkeitsklage</b>	174
---	-----

§ 1 Problemstellung	174
---------------------	-----

§ 2 Rechtsvergleichender Überblick	175
------------------------------------	-----

§ 3 Lösungsvorschläge – de lege lata et ferenda – für die rechtliche Behandlung von erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen im schweizerischen Recht	187
---	-----









# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Literatur- und Materialienverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
<b>Einleitung</b>	1
<b>Teil 1: Grundlagen</b>	3
<b>§ 1 Ungültige, nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte</b>	3
A. Ungültige Rechtsgeschäfte	3
B. Nichtige Rechtsgeschäfte	5
1. Begriffstypische Merkmale	5
2. Nichtigkeitsgründe	6
C. Anfechtbare Rechtsgeschäfte	7
1. Terminologie und Abgrenzungen	7
2. Begriffstypische Merkmale	8
<b>§ 2 Versuch einer Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson</b>	10
I. Allgemeines	10
II. Privatrechtliche Anknüpfung	12
A. Auftragsrecht	12
1. Allgemeines	12
2. Treuepflicht	13
a. Allgemeines	13
b. Teilaspekte	13
1) Doppelvertretung und Selbstkontrahieren	14
a) Allgemeines	14
b) Grundsatz	15
c) Ausnahmen	16
2) Berufs- und standesrechtliche Treuepflichten	16
B. Andere Vertragsverhältnisse	18
III. Strafrechtliche Anknüpfung	19
A. Allgemeines	19
B. Zweckrichtungen des Berufsgeheimnisschutzes	20
C. Geheimnis und Berufstätigkeit	22
IV. Folgerungen	23
	XI

<b>Teil 2: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht</b>	30
<b>§ 1 Einleitende Bemerkungen</b>	30
I. Allgemeines	30
II. Klageart	32
III. Bedeutung von Art. 7 ZGB	33
A. Im Allgemeinen	33
B. In Bezug auf die Ungültigkeitsklage	34
IV. Rechtsbegehren	35
V. Internationalprivatrechtliche Aspekte	37
A. Zuständigkeit	37
1. Staatsverträge	37
2. Bundesrecht	38
B. Anwendbares Recht	39
1. Im Allgemeinen	39
a. Objektive Anknüpfung	39
b. professio iuris	40
2. Im Besonderen	41
a. Form letztwilliger Verfügungen	41
b. Verfügungsfähigkeit	41
c. Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen	42
C. Anerkennung ausländischer Entscheidungen	42
<b>§ 2 Formellrechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage</b>	42
I. Zuständigkeit	42
A. Sachliche Zuständigkeit	43
B. Örtliche Zuständigkeit	43
II. Klagefrist	45
A. Allgemeines	45
B. Relative und absolute Frist	47
1. Relative Frist	47
2. Absolute Frist	49
a. Bei letztwilligen Verfügungen	49
b. Bei Erbverträgen	50
C. Frist bei Bösgläubigkeit des Bedachten	51
D. Einrede der Ungültigkeit	53
1. Allgemeines	53
2. Verhältnis zwischen Ungültigkeitsklage und -einrede	53
3. Wirkung der Einrede	55

E. Beweisfragen	56
III. Rechtsschutzinteresse	56
<b>§ 3    Materiellrechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage</b>	<b>57</b>
I. Sachlegitimation	57
A. Aktivlegitimation	57
B. Passivlegitimation	60
II. Klagegründe	61
A. Verfügungsunfähigkeit	62
1. Allgemeines	62
2. Im Obligationenrecht	63
3. Im Erbrecht	64
a. Letztwillige Verfügung	64
b. Erbvertrag	69
1) Auf Seiten des Erblassers	69
2) Auf Seiten des Gegenkontrahenten	70
a) Erbrechtliche Verfügung des Gegenkontrahenten	70
b) Keine erbrechtliche Verfügung des Gegenkontrahenten	70
4. Folgen der Verfügungsunfähigkeit	72
5. Beweisfragen	74
B. Willensmängel	76
1. Allgemeines	76
2. Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 469 ZGB	78
3. Willensmängel im Einzelnen	79
a. Irrtum	79
1) Im Obligationenrecht	79
2) Im Erbrecht	80
a) Bei der letztwilligen Verfügung	80
b) Beim Erbvertrag	82
3) Beweisfragen	83
b. Arglistige Täuschung	84
1) Im Obligationenrecht	84
2) Im Erbrecht	85
3) Beweisfragen	87
c. Drohung oder Zwang	88
1) Im Obligationenrecht	88
2) Im Erbrecht	89
a) Terminologisches	89
b) Bei der letztwilligen Verfügung	90
c) Beim Erbvertrag	91
3) Beweisfragen	92
d. Sondertatbestände	93
1) Mentalreservation	94
2) Simulation	95
3) Nichternstlichkeit	95
4) Übervorteilung	96

4. Konvaleszenz	99
a. Allgemeines	99
b. Bei der letztwilligen Verfügung	100
c. Beim Erbvertrag	101
d. Beweisfragen	102
5. Richtigstellung offenbarer Irrtümer	103
a. Allgemeines	103
b. Geltendmachung	105
c. Beweisfragen	106
C. Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit	107
1. Allgemeines	107
2. Rechtswidriger oder unsittlicher Inhalt	108
a. Im Obligationenrecht	108
1) Rechtswidrigkeit	108
2) Sittenwidrigkeit	111
a) Allgemeines	111
b) Fallgruppen	114
b. Im Erbrecht	115
1) Rechtswidrigkeit	115
2) Sittenwidrigkeit	118
a) Allgemeines	118
b) Fallgruppen	120
i) Begünstigung familienfremder Personen	120
ii) Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung	124
iii) Weitere Anwendungsfälle	125
3. Rechtswidrige oder unsittliche Auflagen oder Bedingungen	127
a. Allgemeines	127
b. Anwendungsfälle in der Praxis	130
1) Beschränkung der Freiheitssphäre des Bedachten	130
2) Privatorische Klauseln	132
3) Kaptatorische Verfügungen	133
c. Prozessuales	134
4. Beweisfragen	135
D. Formmängel	137
1. Allgemeines	137
2. Im Obligationenrecht	138
3. Im Erbrecht	138
a. Allgemeines	138
b. Letztwillige Verfügung	139
1) Öffentliche Verfügung	140
a) Allgemeines	140
b) Hauptform	141
c) Nebenform	143
d) Mitwirkende Personen	145
2) Eigenhändige Verfügung	146
a) Allgemeines	146
b) Eigenhändige Niederschrift	148

c) Datum	150
i) Allgemeines	150
ii) Tatbestand	152
iii) Rechtsfolge	153
d) Unterschrift	154
3) Mündliche Verfügung	156
a) Voraussetzungen	156
b) Errichtung	157
c) Gültigkeitsdauer	160
c. Erbvertrag	161
1) Allgemeines	161
2) Hauptform	161
3) Nebenform	165
4. Beweisfragen	166
<b>§ 4 Wirkungen des Ungültigkeitsurteils</b>	167
I. Allgemeines	167
II. Teilungültigkeit	169
A. In personeller Hinsicht	169
B. In sachlicher Hinsicht	172
<b>Teil 3: Zuwendungen an Vertrauenspersonen im Lichte der Ungültigkeitsklage</b>	174
<b>§ 1 Problemstellung</b>	174
<b>§ 2 Rechtsvergleichender Überblick</b>	175
I. Deutschland	175
II. Österreich	179
III. Frankreich	180
IV. England	184
<b>§ 3 Lösungsvorschläge – de lege lata et ferenda – für die rechtliche Behandlung von erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen im schweizerischen Recht</b>	187
I. Allgemeines	187
II. Lösungsvorschläge de lege lata	189
A. Vorbemerkungen	189

B. Lösungsvorschlag I: Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch eine Vertrauensperson	189
C. Lösungsvorschlag II: Sittenwidrigkeit kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen	194
1. Im Allgemeinen	194
2. Berufsethische Maximen der Ärzte im Besonderen	197
D. Erkenntnisse	200
III. Lösungsvorschlag de lege ferenda	202
A. Vorbemerkungen und Würdigung der Regelungen in anderen Rechtsordnungen	202
B. Lösungsvorschlag III: Erbunfähigkeit von Vertrauenspersonen	205
1. Textvorschlag	205
2. Erläuterungen	206
a. Allgemeines und Schutzzweck der Norm	206
b. Systematische Aspekte	208
c. Inhaltliche Aspekte	209
3. Folgerungen	211



## Literatur- und Materialienverzeichnis

- BANDLI CHRISTOPH/HENNY JEAN-MICHEL/HOFER EDUARD/HOTZ HANS RUDOLF/HOTZ REINHOLD/MÜLLER MANUEL/SPÄTI HANSPETER/STALDER BEAT/STUDER BENNO, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, Brugg 1995 (zit. BGBB-BEARBEITER)
- BECK ALEXANDER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. A., Bern 1976 (zit. BECK, Grundriss)
- BERICHT DES BUNDESAMTES FÜR JUSTIZ über die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare im schweizerischen Recht vom Juni 1999 (zit. BERICHT BUNDESAMT, Gleichgeschlechtliche Paare)
- BERICHT DER KOMMISSION für Rechtsfragen des Nationalrates vom 10. Mai 1994 zur Initiative Guinand, in: BBl 146/1994, Bd. III/1, S. 516 ff. (zit. BERICHT KOMMISSION, Initiative Guinand)
- BERNER KOMMENTAR zum schweizerischen Privatrecht, Bern, verschiedene A. und Jg. (zit. BK-BEARBEITER)
- BINDER HANS, Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht, Zürich 1964 (zit. BINDER, Urteilsfähigkeit)
- BÖCKLI PETER, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, in: Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes 1979, Nr. 64, S. 12 (zit. BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis)
- BODMER BERNHARD, Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht, Diss. Basel 1984 (zit. BODMER, Feststellungsklage)
- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 28. April 1999, in: BBl 1999, S. 6013 ff. und BBl 2000, S. 3594 ff. (zit. BOTSCHAFT BGFA)
- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 18. November 1998, in: BBl 1999, S. 2829 ff. (zit. BOTSCHAFT GestG)
- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 25. April 1990, in: BBl 1990, Bd. II, S. 961 ff. (zit. BOTSCHAFT OHG)
- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes des Schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, in: BBl 1905, Bd. II, S. 1 ff. (zit. BOTSCHAFT OR)

- BOTSCHAFT DES BUNDESRATES an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, in: BBl 1904, Bd. IV, S. 1 ff. (zit. BOTSCHAFT ZGB)
- BREITSCHMID PETER, Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners und Dritter, in: DRUEY JEAN NICOLAS/BREITSCHMID PETER (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Zürich/St. Gallen 1998, S. 45 ff. (zit. BREITSCHMID, Begünstigung)
- DERS., Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: DRUEY JEAN NICOLAS/BREITSCHMID PETER (Hrsg.), Willensvollstreckung, Bern/Stuttgart/Wien 2001, S. 149 ff. (zit. BREITSCHMID, Aufsicht)
- DERS., Bemerkungen zu BGE 119 II 208 ff., in: AJP 1993, S. 1255 ff. (zit. BREITSCHMID, Bemerkungen I)
- DERS., Bemerkungen zum BGE vom 28. Januar 1999, 5C.140/1998, in: AJP 1999, S. 882 ff. (zit. BREITSCHMID, Bemerkungen II)
- DERS., Entwicklungen im Erbrecht, in: SJZ 1999, S. 94 ff. (zit. BREITSCHMID, Entwicklungen I)
- DERS., Entwicklungen im Erbrecht, in: SJZ 2001, S. 124 ff. (zit. BREITSCHMID, Entwicklungen II)
- DERS., Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata – rechtsvergleichend – de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments, Diss. Zürich 1982 (zit. BREITSCHMID, Formvorschriften)
- DERS., Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der „Initiative Guinand“, in: ZBJV 1995, S. 179 ff. (zit. BREITSCHMID, Revision)
- DERS., Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: BREITSCHMID PETER (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Zürich 1991, S. 27 ff. (zit. BREITSCHMID, Formprobleme)
- DERS., Überblick über die neuste Praxis des Bundesgerichts im Erbrecht, in: SZW 1992, S. 113 ff. (zit. BREITSCHMID, Überblick)
- DERS., Vorweggenommene Erbfolge und Teilung – Probleme um Herabsetzung und Ausgleichung, in: DRUEY JEAN NICOLAS/BREITSCHMID PETER (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 49 ff. (zit. BREITSCHMID, Erbfolge und Teilung)
- DERS., Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, in: ZSR 1983/I, S. 109 ff. (zit. BREITSCHMID, Zulässigkeit und Wirksamkeit)
- BROX HANS, Erbrecht, 18. A., Köln/Berlin/Bonn/München 2000 (zit. BROX, Erbrecht)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000 (zit. BRÜCKNER, Personenrecht)
- DERS., Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 1999 (zit. BRÜCKNER, Klagen)
- DERS., Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)

- BRÜHWILER-FRÉSEY LUKAS S., Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, (zit. BRÜHWILER-FRÉSEY, Behandlungsvertrag)
- BUCHER ANDREAS, Droit international privé suisse, Tome II: Personnes, Famille, Successions, Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. BUCHER, Droit international privé)
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)
- DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)
- BÜHLER THEODOR, Wann beginnt das Jahr, nach dessen Ablauf die erbrechtliche Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage verjährt?, in: SJZ 1973, S. 21 ff. (zit. BÜHLER, Ablauf)
- BUSCHE JAN, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999 (zit. BUSCHE, Privatautonomie)
- CARONI PIO, Einleitungsartikel des ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit. CARONI, Einleitungsartikel)
- CLARK JOHN BRYAN, Parry and Clark, The law of succession, 9<sup>th</sup> edition, London 1988 (zit. CLARK, Law of Succession)
- COTTIER JEAN-PIERRE HENRI, Le testament olographe en droit suisse, Diss. Lausanne 1960 (zit. COTTIER, Testament olographe)
- DALLOZ, Code civil, texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations, centième édition, Paris 2001 (zit. DALLOZ, Code Civil)
- DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. A., Diss. Freiburg 1990 (zit. DERENDINGER, Auftrag)
- DES GOUTTES RENÉ, Système des nullités en droit suisse, in: ZSR 1929, S. 348 ff. (zit. DES GOUTTES, Système)
- DIGGELMANN RETO/WOLF BURKARD J., Erbgang und Nachlassabwicklung nach dem neuen schweizerischen internationalen Privatrecht, in: Praetor 1988/89, S. 74 ff. (zit. DIGGELMANN/WOLF, Erbgang und Nachlassabwicklung)
- DITTRICH ROBERT/TADES HELMUTH, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 19. A., Wien 2000 (zit. DITTRICH/TADES, ABGB)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Art. 612a ZGB – wirklich nur dispositiv?, in: AJP 1993, S. 126 ff. (zit. DRUEY, Art. 612a ZGB)
- DERS., Bemerkungen zu BGE 124 III 5 ff., in: AJP 1998, S. 730 ff. (zit. DRUEY, Bemerkungen)
- DERS., Formerleichterungen für das eigenhändige Testament: die „Lex Guinand“, in: AJP 1996, S. 21 ff. (zit. DRUEY, Formerleichterungen)
- DERS., Grundriss des Erbrechts, 4. A., Bern 1997 (zit. DRUEY, Erbrecht)

- DERS., Pflichtteil und Planung, in: DRUEY JEAN NICOLAS/BREITSCHMID PETER (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Zürich/St. Gallen 1998, S. 147 ff. (zit. DRUEY, Pflichtteil und Planung)
- DUBACH WERNER, Das Disziplinarrecht der freien Berufe, in: ZSR 1951, S. 1a ff. (zit. DUBACH, Disziplinarrecht)
- EBENROTH CARSTEN THOMAS, Erbrecht, München 1992 (zit. EBENROTH, Erbrecht)
- EITEL PAUL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998 (zit. EITEL, Zuwendungen)
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e édition, Berne 1997 (zit. ENGEL, Traité)
- ERLÄUTERUNGEN ZUM VORENTWURF des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. A., Bern 1914 (zit. ERLÄUTERUNGEN)
- FAHRLÄNDER KARL, Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Diss. Bern 1948 (zit. FAHRLÄNDER, Testamentsauslegung)
- FELLMANN WALTER/SIDLER OLIVER, Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes vom 5. Mai 1995, Bern 1996 (zit. FELLMANN/SIDLER, Standesregeln)
- FILLI ALEXANDER, Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB, in: BJM 1987, S. 57 ff. (zit. FILLI, Auskunftserteilung)
- FIRSCHING KARL/GRAF HANS LOTHAR, Handbuch der Rechtspraxis, Bd. 6, Nachlassrecht, München 2000 (zit. FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht)
- FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. A., Berlin/Heidelberg/New York 1992 (zit. FLUME, Rechtsgeschäft)
- DERS., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 135 ff. (zit. FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie)
- FORSTMOSER PETER/SCHLUEP WALTER R., Einführung in das Recht, 2. A. Bern 1998 (zit. FORSTMOSER/SCHLUEP, Einführung)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997 (zit. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Zivilprozessordnung)
- FREY JAKOB, Der Basler Anwaltsgebührentarif, Basel/Frankfurt a.M. 1985 (zit. FREY, Anwaltsgebührentarif)
- FREY MELANIE, Die Veräusserung einer freiberuflichen Praxis, Diss. Basel 1998 (zit. FREY, Freiberufliche Praxis)
- GAGNEBIN GEORGES, Die Schweizer Art des Private Banking, in: NZZ vom 16. Mai 2000 (Nr. 113), S. B 9 (zit. GAGNEBIN, Private Banking)

- GATTIKER HEINRICH, Das Erfolgshonorar des Anwalts: Chancengleichheit im rechtlichen Konflikt? Diss. Zürich 1975 (zit. GATTIKER, Erfolgshonorar)
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996 (zit. GAUCH, Werkvertrag)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bde., 7. A., Zürich 1998 (zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER, OR AT)
- GEISER THOMAS, Anfechtung eines Testamentes wegen Irrtums (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), in: ZBJV 1993, S. 707 f. (zit. GEISER, Anfechtung)
- DERS., Formerfordernisse beim öffentlichen Testament (Art. 500 ff. ZGB), in: ZBJV 1993, S. 61 f. (zit. GEISER, Formerfordernisse)
- DERS., Wie viel Gleichstellung für homosexuelle Paare, in: NZZ vom 10./11. Februar 2001 (Nr. 34), S. 101 (zit. GEISER, Gleichstellung)
- GLAUS HANNES, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, Diss. Zürich 1982 (zit. GLAUS, Irrtumsanfechtung)
- GOMM PETER/STEIN PETER/ZEHNTNER DOMINIK, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995 (zit. GOMM/STEIN/ZEHNTNER, Opferhilfegesetz)
- GRUNDLER JVO, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, Diss. St. Gallen, 1998 (zit. GRUNDLER, Willensmängel)
- GSCHNITZER FRANZ/FAISTENBERGER CHRISTOPH, Österreichisches Erbrecht, 2. A., Wien/New York 1984 (zit. GSCHNITZER/FAISTENBERGER, Erbrecht)
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER und JEAN NICOLAS DRUEY (zit. GUHL/BEARBEITER, OR)
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979 (zit. GULDENER, Zivilprozessrecht)
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990 (zit. HABSCHEID, Zivilprozessrecht)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2001 (zit. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht)
- HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 17 (2) Executors and Administrators/Vol. 44 (1) Solicitors/Vol. 50 Wills, 4<sup>th</sup> edition reissue, London 2000/1995/1998 (zit. HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND)
- HANNA JÖRG, Anwaltliches Standesrecht im Konflikt mit zivilrechtlichen Ansprüchen des Mandanten, Diss. Marburg 1988 (zit. HANNA, Standesrecht)
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Familien- und Erbrecht des IPRG, in: BJM 1989, S. 225 ff. (zit. HASENBÖHLER, IPRG)
- DERS., Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, in: BJM 1980, S. 1 ff. (zit. HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen)

- DERS., Zur Problematik der Formelemente beim Testament im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: ZBJV 1995, S. 167 ff. (zit. HASENBÖHLER, Formelemente)
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998 (zit. HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB)
- HEINI ANTON/KELLER MAX/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), IPRG Kommentar, Zürich 1993 (zit. BEARBEITER, IPRG Kommentar)
- HENGGELER OSKAR, Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinalpersonen, Diss. Zürich 1976 (zit. HENGGELER, Disziplinarrecht)
- HERZER PETER, Die Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1976 (zit. HERZER, Eröffnung)
- HERZOG KARL, Die Ungültigkeitsklage wegen Formmangels bei Testamenten, in Besonderheit ihre Wirkungen, Diss. Basel 1947 (zit. HERZOG, Ungültigkeitsklage)
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in; Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel/Genf/München 2000 (zit. HOFSTETTER, SPR VII/6)
- HOHL MARKUS, Aufhebung von Erbverträgen unter Lebenden und von Todes wegen, Diss. Zürich 1974 (zit. HOHL, Aufhebung)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit. ZGB-BEARBEITER)
- DIES., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I/2, Art. 360-456 ZGB, Basel/Genf/München 1999 (zit. ZGB-BEARBEITER)
- DIES., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1998 (zit. ZGB-BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1995 (zit. IPRG-BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zit. OR-BEARBEITER)
- HUGGLER PETER, Die Erbunwürdigkeit im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1952 (zit. HUGGLER, Erbunwürdigkeit)
- HUGUENIN CLAIRE, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Diss. Bern 1984 (zit. HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit)
- DIES., Die absichtliche Täuschung durch Dritte, in: SJZ 1999, S. 261 ff. (zit. HUGUENIN, Absichtliche Täuschung)

- HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984 (zit. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit)
- KAUFMANN URS, Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen, Diss. Zürich 1986 (zit. KAUFMANN, Freie Beweiswürdigung)
- KELLER KARIN, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1993 (zit. KELLER, Berufsgeheimnis)
- KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A., Basel/Frankfurt a.M. 1988 (zit. KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I)
- KELLERHALS FRANZ/VON WERDT NICOLAS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bern 2001 (zit. BEARBEITER, GestG-Kommentar)
- KELLERMANN EVA-MARIA, Zum Standesrecht der englischen Anwaltschaft, Diss. Kiel 1986 (zit. KELLERMANN, Standesrecht)
- KEMPERMANN MICHAEL, Unlautere Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen im englischen, französischen und deutschen Recht, Diss. Bonn 1975 (zit. KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen)
- KIPP THEODOR/COING HELMUT, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Fünfter Band, Erbrecht, 13. Bearbeitung, Tübingen 1978 (zit. KIPP/COING, Erbrecht)
- KLANG HEINRICH, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd. (§§ 531-858), 2. A., Wien 1952 (zit. KLANG/BEARBEITER, Kommentar)
- KLIE THOMAS, Heimaufsicht, Praxis – Probleme – Perspektiven, Diss. Hannover 1988 (zit. KLIE, Heimaufsicht)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT I)
- KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II (Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht), 10. A., Wien 1996 (zit. KOZIOL/WELSER, Grundriss)
- KRALIK WINFRID, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 4. Buch, Das Erbrecht, 3. A., Wien 1983 (zit. KRALIK, Erbrecht)
- KRAMER ERNST A., Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 15, Basel 1993 (zit. KRAMER, Teleologische Reduktion)
- KUHN-ADLER HANS, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, Diss. Zürich 1998 (zit. KUHN-ADLER, Renvoi)
- KULL MICHAEL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Diss. Basel 2000 (zit. KULL, Haftung des Anwalts)

- KUNZ EDUARD/RUF FRANZ/WIEDEMANN EDGAR, Heimgesetz Kommentar, 5. A., München 1990 (zit. KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz)
- LANGE HEINRICH/KUCHINKE KURT, Lehrbuch des Erbrechts, 4. A., München 1995 (zit. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht)
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. A., München 1987 (zit. LARENZ, Schuldrecht AT)
- LEIPOLD DIETER, Erbrecht, Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen, 13. A., Tübingen 2000 (zit. LEIPOLD, Erbrecht)
- LEVENEUR LAURENT/MAZEAUD-LEVENEUR SABINE, Leçons de droit civil, tome IV/deuxième volume, Successions-Libéralités, 5. A., Paris 1999 (zit. LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, Successions-Libéralités)
- LINIGER HANS U., Das Ortsdatum im eigenhändigen Testament, in: ZSR 1980, S. 159 ff. (zit. LINIGER, Ortsdatum)
- LUCET FRÉDÉRIC/VAREILLE BERNARD, Droit civil, régimes matrimoniaux, libéralités, successions, Paris 1995 (zit. LUCET/VAREILLE, Droit civil)
- MALAURIE PHILIPPE/AYNÈS LAURENT, Cours de droit civil, Les successions et les libéralités, 4. A., Paris 1998 (zit. MALAURIE/AYNÈS, Successions)
- MARTY GABRIEL/RAYNAUD PIERRE, Droit civil, Les successions et les libéralités, Paris 1983 (zit. MARTY/RAYNAUD, Successions)
- MARTI HANS, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989 (zit. MARTI, Notariatsprozess)
- MEDICUS DIETER, Allgemeiner Teil des BGB, 7. A., Heidelberg 1997 (zit. MEDICUS, BGB AT)
- MELLOWS ANTHONY R., The law of succession, 3<sup>rd</sup> edition, London 1977 (zit. MELLOWS, Law of Succession)
- MERZ HANS, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970 (zit. MERZ, Privatautonomie)
- MEYER ALFRED, Das Wiederaufleben aufgehobener letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1972 (zit. MEYER, Wiederaufleben)
- MOOSMANN KURT JÜRIG, Der angelsächsische Trust und die liechtensteinische Treuhänderschaft unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlich Begünstigten, Diss. Zürich 1999 (zit. MOOSMANN, Angelsächsischer Trust)
- MÜLLER FRANZ, Die erbrechtliche Auflage beim Testament, Diss. Fribourg 1981 (zit. MÜLLER, Auflage)
- MÜLLER GABRIELE, Zur Wirksamkeit lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer, in: ZEV 1998, S. 219 ff. (zit. MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten)
- MÜLLER GOTTFRIED, Die Ungültigkeitsklage bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Zürich 1929 (zit. MÜLLER, Ungültigkeitsklage)



- MÜLLER JÖRG-PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Elemente)
- MÜLLER THOMAS/WIRTH MARKUS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001 (zit. BEARBEITER, Kommentar GestG)
- MÜLLER-HELLBACH WERNER, Die Verjährung der erbrechtlichen Klagen, Diss. Zürich 1975 (zit. MÜLLER-HELLBACH, Verjährung)
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 2. A., München 1984 (zit. MK-BEARBEITER)
- NIEDER HEINRICH, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. A., München 2000 (zit. NIEDER, Testamentsgestaltung)
- NÜTZI PATRICK, Die privatorische Klausel – Anmerkungen zu BGE 117 II 239 ff., in: ZBJV 1993, S. 195 ff. (zit. NÜTZI, Privatorische Klausel)
- OTT HANS, Ärztliches Berufsrecht, in: HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 215 ff. (zit. OTT, Ärztliches Berufsrecht)
- PALANDT OTTO, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. A., München 1999 (zit. PALANDT/BEARBEITER, Bürgerliches Gesetzbuch)
- PFAMMATTER ARMAND MAURICE, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss. Zürich 1993 (zit. PFAMMATTER, Teilungsvorschriften)
- PFEIFER MICHAEL, Der Anwalt heute: Nichtsnutz oder Nothelfer?, in: AJP 1999, S. 802 ff. (zit. PFEIFER, Nichtsnutz oder Nothelfer)
- PICENONI VITO, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955 (zit. PICENONI, Auslegung)
- DERS., Die Verjährung der Testamentsungültigkeits- und Herabsetzungsklage (Art. 521 und 533 ZGB), in: SJZ 1967, S. 101 ff. (zit. PICENONI, Verjährung)
- PIOTET PAUL, Das Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1 und IV/2, Basel und Stuttgart 1978 und 1981 (zit. PIOTET, SPR IV/1, resp. PIOTET, SPR IV/2)
- DERS., La nature des pactes successoraux, et ses conséquences, in: ZSR 1992 I, S. 367 ff. (zit. PIOTET, Nature)
- RAMER PAUL, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Diss. Zürich 1973 (zit. RAMER, Gestaltungsklagen)
- RASCHEIN ROLF, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1954 (zit. RASCHEIN, Ungültigkeit)
- RASELLI NICCOLÒ, Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers?, in: AJP 1999, S. 1262 ff. (zit. RASELLI, Wille des Erblassers)
- REGELSBERGER FERDINAND, Pandekten, Leipzig 1893 (zit. REGELSBERGER, Pandekten)

- REHBERG JÖRG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. A., Zürich 1996 (zit. REHBERG, Strafrecht IV)
- DERS., Arzt und Strafrecht, in: HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 303 ff. (zit. REHBERG, Handbuch)
- RIEMER HANS MICHAEL, Das mündliche oder Nottestament gemäss Art. 506-508 ZGB, in: ZBGR 1976, S. 333 ff. (zit. RIEMER, Nottestament)
- DERS., Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: FS für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 245 ff. (zit. RIEMER, Nichtige Testamente)
- ROSSAK ERICH, Letztwillige Verfügungen von Heimbewohnern zu Gunsten des Heimträgers oder von Heimmitarbeitern, in: ZEV 1996, S. 41 ff. (zit. ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern)
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Art. 321<sup>bis</sup> StGB: Das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung, Diss. Basel 1999 (zit. RUCKSTUHL, Art. 321<sup>bis</sup> StGB)
- RUMMEL PETER, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. (§§ 1-1174 ABGB), 2. A., Wien 1990 (zit. RUMMEL/BEARBEITER, Kommentar)
- SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 4, Berlin 1840 (zit. SAVIGNY, System)
- SAWYER CAROLINE, Principles of Succession, Wills & Probate, 2<sup>nd</sup> edition, London/Sydney 1998 (zit. SAWYER, Principles of Succession)
- SCHÄRER JÜRGEN CHRISTIAN, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Diss. Bern 1973 (zit. SCHÄRER, Materielle Höchstpersönlichkeit)
- SCHILLER KASPAR, Ein Gesetz mit 125-jähriger Verspätung, in: ZSR 1998, S. 67 ff. (zit. SCHILLER, Gesetz)
- SCHLUEP WALTER R., Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994 (zit. SCHLUEP, Anwaltsgeheimnis)
- SCHLÜTER WILFRIED, Erbrecht, Ein Studienbuch, 13. A., München 1996 (zit. SCHLÜTER, Erbrecht)
- SCHMID HERMANN, Struktur des entgeltlichen Erbverzichts gemäss Art. 495 Abs. 1 ZGB, Diss. Bern, 1991 (zit. SCHMID, Erbverzicht)
- SCHMID JÖRG, Sachenrecht, Zürich 1997 (zit. SCHMID, Sachenrecht)
- SCHMID JÜRGEN, Bemerkungen zum Entscheid des Landgerichts Uri vom 26. September 1991, in: ZBGR 1994, S. 165 (zit. SCHMID, Bemerkungen)
- DERS., Spezialfragen bei der öffentlichen Beurkundung von Erbverträgen und von Eheverträgen, in: ZGRG 1991, S. 50 ff. (zit. SCHMID, Spezialfragen)
- SCHMOKEL MATHIAS, Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, in: AcP 1997, S. 1 ff. (zit. SCHMOKEL, Massgeblicher Zeitpunkt)

- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2000 (zit. SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR)
- SCHNYDER BERNHARD, Die Eröffnung von Testament und Erbvertrag, in: PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Bern/Stuttgart 1991, S. 101 ff. (zit. SCHNYDER, Eröffnung)
- DERS., Die ZGB-Revision 1998/2000, Zürich 1999 (zit. SCHNYDER, ZGB-Revision)
- DERS., Vormundschaft und Erbrecht, in: ZVW 1999, S. 93 ff. (zit. SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht)
- SCHRÖDER ANDREAS, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 2000 (zit. SCHRÖDER, Informationspflichten)
- SCHULLER STEFAN, Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974 (zit. SCHULLER, Streitwert)
- SCHWALLER URS, Die Unwirksamkeit des eigenhändigen Testamentes (Art. 505 ZGB), Diss. Freiburg 1981 (zit. SCHWALLER, Unwirksamkeit)
- SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. A., St. Gallen/Lachen 2000 (zit. SCHWANDER, Internationales Privatrecht AT)
- DERS., Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen 1997 (zit. SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT)
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2000 (zit. SCHWENZER, OR AT)
- SCHWIMANN MICHAEL/ECCHER BERNHARD, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Bd. 3, §§ 531-858 ABGB, Wien 1989 (zit. SCHWIMANN/ECCHER, Praxiskommentar)
- SEEBERGER LIONEL HARALD, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg 1992 (zit. SEEBERGER, Richterliche Erbteilung)
- SEILER DANIEL, Testierfähigkeit und Geisteskrankheit, in: ST 1993, S. 513 f. (zit. SEILER, Testierfähigkeit)
- SIMONIUS AUGUST, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, BStR 1942, Basel 1942, S. 233 ff. (zit. SIMONIUS, Vertrauensprinzip)
- SOERGEL HANS THEODOR, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 12. A., Stuttgart 1987 (zit. SOERGEL/BEARBEITER, BGB)
- SOLARSKY VIRÀG ASTRID, Der englische trust im internationalen Erbrecht der Schweiz, Diss. Zürich 1999 (zit. SOLARSKY, Englischer Trust)
- SPÜHLER KARL/VOCK DOMINIK, Gerichtsstandsgesetz (GestG), Gesetzesausgabe mit Anmerkungen, Zürich 2000 (zit. SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz)

- STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992 (zit. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht)
- STAUDINGER JÜRGEN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 13. A., Berlin 1996 (zit. STAUDINGER/BEARBEITER, Kommentar BGB)
- STEIN CARSTEN MICHAEL, Schutz der Testierfreiheit von Pflegeempfängern, Diss. Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1998 (zit. STEIN, Testierfreiheit)
- STEIN-WIGGER MATTHIAS, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, in: AJP 2001, S. 1135 ff. (zit. STEIN-WIGGER, Teilungsvorschriften)
- STEINER JOHANN, Das Erfordernis des richterlichen Urteils für die Ungültigerklärung oder Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen, Diss. Freiburg 1938 (zit. STEINER, Erfordernis)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. A., Bern 1995 (zit. STRATENWERTH, BT I)
- DERS., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 4. A., Bern 1995 (zit. STRATENWERTH, BT II)
- TAUPITZ JOCHEN, Die Standesordnungen der freien Berufe – Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin/New York 1991 (zit. TAUPITZ, Standesordnungen)
- TESTA GIOVANNI ANDREA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001 (zit. TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts)
- THIELMANN GEORG, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1972 (zit. THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen)
- THORENS JUSTIN, L'interprétation des articles 626 al. 2 et 527, chiffres 1er et 3, CC, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 355 ff. (zit. THORENS, Interprétation)
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Zürich 1997 (zit. TRECHSEL, Kurzkommentar)
- TSCHÄPPELER HANS-PETER, Die Testierfreiheit zwischen Freiheit des Erblassers und Gleichheit der Nachkommen, Diss. Zürich 1983 (zit. TSCHÄPPELER, Testierfreiheit)
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch)
- UFFER-TOBLER BEATRICE, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Zürich 1982 (zit. UFFER-TOBLER, Auflage)

- VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE (Hrsg.), Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Zürich 1988 (zit. VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Berufspflichten)
- VOCK DOMINIK, Gerichtsstandsgesetz (GestG), in: SPÜHLER KARL/REETZ PETER/VOCK DOMINIK/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Neuerungen im Zivilprozessrecht, Zürich 2000, S. 25 ff. (zit. VOCK, Gerichtsstandsgesetz)
- VOGEL OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 6. A., Bern 1999 (zit. VOGEL, Grundriss)
- VOLKEN PAUL, Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, in: BN 1990, S. 1 ff. (zit. VOLKEN, Internationales Erbrecht)
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972 (zit. VON BÜREN, OR BT)
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, in: SZW 1994, S. 1 ff. (zit. VON DER CRONE, Interessenkonflikte)
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. A., Zürich 1974; Zweite Lieferung, 3. A., Zürich 1979 (zit. VON TUHR/PETER, Obligationenrecht)
- WAIBLINGER MAX, Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses, Diss. Bern 1928 (zit. WAIBLINGER, Anfechtungsrechte)
- WEBER ROLF H., Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990 (zit. WEBER, Praxis)
- WEGMANN PAUL, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969 (zit. WEGMANN, Berufspflichten)
- WEIGOLD HERMANN, Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1969 (zit. WEIGOLD, Aufhebung und Änderung)
- WEISHAUPT EVA, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf das Zürcher Verfahrensrecht, Diss. Zürich 1998 (zit. WEISHAUPT, Opferhilfegesetz)
- WELTI MAX, Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928 (zit. WELTI, Willensmängel)
- WENDRICH WOLFGANG, Disharmonie zwischen Nichtigkeiten des Vertrages nach Art. 20 OR und Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Zürich 1990 (zit. WENDRICH, Disharmonie)
- WETZEL CLAUDE, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers unter besonderer Berücksichtigung seines Anspruchs auf Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, Diss. Zürich 1985 (zit. WETZEL, Interessenkonflikte)

- WILSON SAM/VENABLES ROBERT/HEAPS CHRISTOPHER/HOPPER ANDREW, The guide to professional conduct of solicitors, 8<sup>th</sup> edition, London 1999 (zit. WILSON/VENABLES/HEAPS/HOPPER, Conduct of Solicitors)
- WINDSCHEID BERNHARD, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847 (zit. WINDSCHEID, Code Napoleon)
- WOLF MANFRED, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970 (zit. WOLF, Entscheidungsfreiheit)
- WOLFFERS FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss. Zürich 1986 (zit. WOLFFERS, Rechtsanwalt)
- ZUFFEREY-WERRO JEAN BAPTISTE, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Fribourg 1988 (zit. ZUFFEREY-WERRO, Bonnes moeurs)
- ZÜRCHER KOMMENTAR zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, verschiedene A. und Jg. (zit. ZK-BEARBEITER)

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage(n)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AdvokaturG	Advokaturgesetz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	alinéa
All ER	All England Law Reports, 1936-(current)
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anm.	Anmerkung
AnwaltsG	Anwaltsgesetz
aOR	BG über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAT	Bundes-Angestellentarivvertrag (Bund, Länder, Gemeinden)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBG	Bundesbeamtenengesetz
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz

BewG	BG vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBB	BG vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (SR 211.412.11)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGFA	BG vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Entwurf)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BN	Der Bernische Notar
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BStR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZP	BG vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273)
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (SR 210)
CCBE	Council of the Bars and Law Societies of the European Union/Conseil des Barreaux de l'Union Européenne/Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union
CC fr.	Code Civil français du 21. mars 1804
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1875-1890)



chiff.	chiffre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations (SR 220)
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E.	Erwägung
EG	Einführungsgesetz/Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung(en)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
ev.	eventuell
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
FN	Fussnote
FS	Festschrift
GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
gl.M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
HeimG	Gesetz vom 7. August 1974 über die Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis

i.f.	in fine
IPRG	BG vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang/Jahrgänge
JZ	Juristenzeitung
Kat.-Nr.	Kataster-Nummer
Komm.	Kommentar
lit.	litera (Buchstabe)
LugÜ	Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen am 16. September 1988 in Lugano (SR 0.275.11)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MK	Münchener Kommentar
Moo. P.C.C.	Moore's Privy Council Cases
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
n°	numéro
NAG	BG vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OHG	BG vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (SR 312.5)
OLG	Oberlandesgericht

OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
QB	Queen's Bench Reports (Adolphus and Ellis, New Series), 18 vols, 1841-1852
resp.	respektive
RVJ/ZWR	Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
s.a.	siehe auch
SAMW	Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SoldatenG	Soldatengesetz
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
StandesO	Standesordnung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TestG	Gesetz vom 31. Juli 1938 über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	versus
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche

Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
VZR	Verein Zürcherischer Rechtsanwälte
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift der bernischen Juristenvereins
ZDG	Zivildienstgesetz
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

## Einleitung

„Doch Redlichkeit gedeiht in jedem Stande.“

Werner Stauffacher in Friedrich Schillers *Wilhelm Tell* (1804)

Der vorliegenden Abhandlung liegen zwei Anliegen zu Grunde: Zum einen soll die *Ungültigkeitsklage* im schweizerischen Erbrecht – also das prozessuale Rechtsmittel, mit welchem die Rechtsgültigkeit von Verfügungen von Todes wegen gerichtlich beseitigt werden kann – in einheitlicher Form umfassend erörtert werden. In der Judikatur und der Doktrin wurden bisher zumeist Einzelprobleme abgehandelt und kommentiert. An dieser Stelle werden diese Entscheide und Beiträge zu einem einheitlichen Ganzen zusammengeführt und zu auftretenden Streitfragen oder Kontroversen Position bezogen. In diesem Sinne soll die vorliegende Arbeit gewissermassen ein Handbuch darstellen, welches forensisch sowie beratend tätigen Anwälten, aber auch Urkundspersonen und Gerichten die Arbeit mit den vielfältigen Aspekten der Ungültigkeitsklage begünstigt. Der praktische Bezug der Arbeit soll dadurch verstärkt werden, dass auftretenden Beweisfragen jeweils spezielle Beachtung gewidmet worden ist.

Zum anderen werden in der vorliegenden Arbeit *Zuwendungen von Erblassern an Vertrauenspersonen* – allen voran Ärzte und Anwälte, aber auch andere Personen, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zu einem Erblasser stehen – im Lichte des Erbrechts untersucht. Wie aus den vermehrt auftretenden Prozessen gegen Vertrauenspersonen und der zunehmenden diesbezüglichen Medienberichterstattung erhellt, stellen diese Zuwendungen ein Phänomen dar, welches sowohl im Inland wie auch im Ausland in anwachsendem Masse an Aktualität gewinnt.

Bei Personen, welche von Berufs wegen in einer engen Beziehung zu anderen Personen stehen, ist die Gefahr des Missbrauchs der Vertrauensstellung in besonderem Masse gegenwärtig. Zu denken ist insbesondere an die Möglichkeit, dass eine Person, in welche der Erblasser sein Vertrauen gesetzt hat, den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausnutzt und dergestalt auf den Erblasser einwirkt, dass dieser seine Vermögensnachfolge nach den Wünschen der einwirkenden Vertrauensperson regelt. Oftmals lässt sich bei solchen Begünstigungen der – zumindest leise – Verdacht der Erbschleicherei nicht ganz von der Hand weisen, mit der unerfreulichen Folge, dass dadurch ganze Berufsstände ins Zwielficht geraten. Auf Grund ihrer Stellung und beruflichen Tätigkeit sind Vertrauenspersonen aber in besonderem Masse ethischen und moralischen Grundsätzen sowie regelmässig auch Berufs- und Standesregeln verpflichtet.

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, wie sich eine erbrechtliche Begünstigung einer Vertrauensperson mit diesen Normen und Grundsätzen verträgt und dargelegt, ob de lege lata Möglichkeiten vorhanden sind, mit der Ungültigkeitsklage solche Zuwendungen anzufechten sowie ob – und gegebenenfalls welche – Regelungen de lege ferenda wünschenswert wären. Zu diesem Behuf werden auch die entsprechenden Bestimmungen in den Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich, Frankreich und

England zu Rate gezogen; die Darstellung dieser Regelungen erfolgt jedoch zur Hauptsache im Hinblick auf die Schaffung einer entsprechenden Norm im schweizerischen Recht.

In konzeptioneller Hinsicht ist die Behandlung des Themas in *drei Teile* aufgliedert. Im ersten Teil werden die Grundlagen beschrieben; Schwerpunkt bildet dabei der Versuch der Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson. Der zweite Teil widmet sich der Ungültigkeitsklage als solcher, wobei sich die Untersuchung am Aufbau einer entsprechenden Rechtschrift orientiert. Dargestellt werden sowohl formell- als auch materiellrechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage sowie die Wirkungen des Ungültigkeitsurteils. Im dritten Teil der Arbeit erfolgt schliesslich eine Analyse der erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen; dabei sind die aufgezeigten Lösungsvorschläge für die rechtliche Behandlung solcher Zuwendungen von zentraler Bedeutung.

Aus Gründen der Einfachheit und zu Gunsten der besseren Lesbarkeit der Arbeit wurde im übrigen darauf verzichtet, regelmässig die weibliche und die männliche Form zu verwenden.

# Teil 1: Grundlagen

## § 1 Ungültige, nichtige und anfechtbare Rechtsgeschäfte

Um das Wesen und den Charakter der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage zu erörtern, drängt es sich auf, im Sinne eines kurzen Überblicks die Begriffe der Ungültigkeit, der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit vorab zu betrachten und zu klären; indes muss vorausgeschickt werden, dass auf eine fundierte und vollständige Erläuterung der in diesem Zusammenhang erscheinenden Rechtsfragen an dieser Stelle bewusst verzichtet wird, da dies auch nicht das Ziel der vorliegenden Arbeit ist.

Die *ungültigen* (nachfolgend A.), *nichtigen* (nachfolgend B.) und *anfechtbaren Rechtsgeschäfte* (nachfolgend C.) treten nicht nur im Erbrecht in Erscheinung, sie finden sich vielmehr im gesamten schweizerischen Privatrecht; aus diesem Grunde ist in der anschliessenden Darstellung auch der Einbezug des Obligationenrechts<sup>1</sup> (OR) unerlässlich.

### A. Ungültige Rechtsgeschäfte

Damit ein Verhältnis zwischen Rechtssubjekten als Rechtsgeschäft anerkannt wird, müssen die Gültigkeitserfordernisse, welche von der Rechtsordnung vorgegeben werden, erfüllt sein. Ist ein solches Gültigkeitserfordernis nicht erfüllt, liegt ein sog. ungültiges Rechtsgeschäft vor. Ein solches Rechtsgeschäft zeichnet sich nach verbreiteter Ansicht dadurch aus, dass es – mittelbar oder unmittelbar – unfähig ist, die von ihm selbst beabsichtigten Rechtswirkungen hervorzubringen. Sowohl nach Auffassung des Bundesgerichts als auch nach der herrschen Lehre umfasst die Ungültigkeit als *Oberbegriff* die nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäfte<sup>2</sup>.

Obgleich in Praxis und Literatur darüber Einigkeit herrscht, dass die Ungültigkeit einen Oberbegriff darstellt, findet sich für diesen Oberbegriff eine vielfältige und teils verwirliche Terminologie. REGELBERGER verwendet den Terminus Mangelhaftigkeit, OSER/SCHÖNENBERGER und VON TUHR/PETER machen – als Synonym zur Ungültigkeit – ferner vom Begriff der Unwirksamkeit Gebrauch<sup>3</sup>. Da das ZGB und das OR letztlich selbst in den verschiedenen Bestimmungen wiederholt den Begriff der Ungültigkeit verwenden<sup>4</sup> und dieser auch in der Literatur am weitesten verbreitet ist<sup>5</sup>, wird in der

---

<sup>1</sup> SR 220.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 97 II 390, 396 f.; REGELBERGER, Pandekten, S. 631; WINDSCHEID, Code Napoleon, S. 1; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 51; SAVIGNY, System, S. 536 ff.; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 224 ff.; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 113; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 5; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 1. – Teilweise werden auch die unvollendeten Rechtsgeschäfte unter den Oberbegriff der Ungültigkeit subsumiert; mangels Bezug zur erbrechtlichen Ungültigkeitsklage wird auf eine Erörterung der unvollendeten Rechtsgeschäfte verzichtet, vgl. dazu indes VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 224 f.

<sup>3</sup> Vgl. REGELBERGER, Pandekten, S. 631; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 51; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 224.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Art. 34 Abs. 2, Art. 192 Abs. 3, Art. 199, Art. 226a Abs. 3, Art. 226d Abs. 3 und 4,

vorliegenden Arbeit der Klarheit zuliebe für Rechtsgeschäfte, welche keine Rechtswirkungen zeitigen, der einheitliche Terminus der Ungültigkeit verwendet.

Verstöße gegen die von der Rechtsordnung aufgestellten Gültigkeitserfordernisse zeitigen nicht einheitlich starke Rechtsfolgen; vielmehr besteht eine Verschiedenheit in Grad und Umfang<sup>6</sup>. In der Literatur wird diesbezüglich zwischen der „*théorie classique*“ und der „*théorie moderne*“ unterschieden.

Die „*théorie classique*“ versteht die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit als die beiden möglichen Arten der Ungültigkeit. Dieser Theorie zufolge ist die Nichtigkeit die stärkste Rechtsfolge, welche aus einem ungültigen Rechtsgeschäft resultiert. Im Gegensatz dazu steht – als leichtere Rechtsfolge – die blosse Anfechtbarkeit, welche eine Zwischenstellung zwischen der absoluten Gültigkeit und der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes einnimmt<sup>7</sup>.

Nach der „*théorie moderne*“, welche namentlich von DES GOUTTES verfochten wird und vom französischen Rechtskreis beeinflusst ist, ist die Ungültigkeit „*la sanction attachée à l'absence d'une condition que le droit positif juge nécessaire*“<sup>8</sup>. Im Gegensatz zur „*théorie classique*“ wird die Ungültigkeit hier als eine Sanktion verstanden, welche mehrere Grade umfassen kann und die sich in sechzehn verschiedene theoretische Ungültigkeitsfälle unterteilt. Dabei bilden die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit die oberste und die unterste Stufe. Die dazwischen stehenden Übergangsarten tendieren je nachdem mehr zur Nichtigkeit oder mehr zur Anfechtbarkeit<sup>9</sup>.

Aus praktischen Erwägungen ist m.E. die „*théorie classique*“ vorzuziehen, weil sie den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs am ehesten gerecht wird. Die vielen theoretischen Fälle der Ungültigkeit, welche in der „*théorie moderne*“ verschiedene Variationen der Ungültigkeit begründen, führen letztlich immer wieder zu den Begriffen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zurück<sup>10</sup>. Auf Grund der herkömmlichen begriffstypischen Merkmale<sup>11</sup> sind die Wirkungen und Charakteristika dieser Termini fassbar und praktikabel. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Praxis sollte nach der hier vertretenen Auffassung auf eine ausufernde Abstufung von Ungültigkeitsfällen verzichtet werden, zumal diese Abstufungen doch schwierig voneinander abzugrenzen sind und sie insofern etwas unklar anmuten.

---

Art. 227e Abs. 1, Art. 232, Art. 240 Abs. 3, Art. 314 Abs. 3, Art. 320 Abs. 3, Art. 418m Abs. 1, Art. 497 Abs. 3, Art. 842 Abs. 3, Art. 872, Art. 1087 Abs. 2, Art. 1139 Abs. 2 sowie Art. 1174 Abs. 3 OR.

<sup>5</sup> So schon WINDSCHEID, Code Napoleon, S. 1 ff.

<sup>6</sup> Vgl. REGELSBERGER, Pandekten, S. 631; HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit, S. 20.

<sup>7</sup> Auf dieser „*théorie classique*“ beruhte schon das römische Recht, währenddessen dem Code Napoleon die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht bekannt war, vgl. dazu WINDSCHEID, Code Napoleon, S. 29 ff.; vgl. eingehend zur „*théorie classique*“ DES GOUTTES, Système, S. 352 ff.

<sup>8</sup> DES GOUTTES, Système, S. 362.

<sup>9</sup> Vgl. ausführlich DES GOUTTES, Système, S. 353 ff.

<sup>10</sup> GL.M. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 7, sowie HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 3.

<sup>11</sup> Vgl. dazu unten S. 5 ff. (betr. der Nichtigkeit) und S. 8 ff. (betr. der Anfechtbarkeit).



## B. Nichtige Rechtsgeschäfte

### 1. Begriffstypische Merkmale

Obwohl das OR an verschiedenen Stellen den Begriff der Nichtigkeit verwendet, verweigert das Gesetz eine präzise Aussage über Bedeutung, Inhalt und Folgen. Traditionellerweise wird die Nichtigkeit von Rechtsprechung und Lehre wie folgt charakterisiert: Sie wirkt *ex tunc* und *absolut*, ist *von Amtes wegen* zu beachten und *unheilbar*.

Auf Grund der *ex tunc*-Wirkung entfaltet das nichtige Rechtsgeschäft per se überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen. Vorbehalten bleiben allerdings mögliche Ansprüche aus Bereicherungsrecht, Haftpflichtrecht, ungerechtfertigter Bereicherung, Vindikation oder auf Berichtigung des Grundbuches. Im Gegensatz zur Anfechtung tritt die Nichtigkeit grundsätzlich nicht erst nach Erhebung einer Gestaltungserklärung oder eines Rechtsmittels ein. Hingegen besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – sofern ein rechtlich geschütztes Interesse nachweisbar ist – ein gerichtlicher Feststellungsanspruch. Das rechtliche Interesse an der Feststellung ist dann zu bejahen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und durch die richterliche Feststellung über Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses die herrschende Ungewissheit beseitigt werden kann<sup>12</sup>.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft zeitigt *absolute* Wirkungen mit der Folge, dass nicht nur der Geschäftspartner, sondern – bei Vorliegen eines rechtlich geschützten Interesses – jedermann, also auch ein Dritter, die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes geltend machen kann. Umgekehrt kann die Nichtigkeit auch gegenüber jedermann – auch Rechtsnachfolgern oder Dritten – geltend gemacht werden, der aus dem nichtigen Rechtsgeschäft Ansprüche ableitet<sup>13</sup>.

Der Richter oder die rechtsanwendende Behörde hat die Nichtigkeit *von Amtes wegen* zu berücksichtigen und kann von sich aus untersuchen, ob der Vertrag oder eine Vertragsklausel im Sinne des Privatrechts nichtig ist. Es bedarf somit weder einer Einwendung noch einer Einrede seitens des Beklagten. Macht eine Partei die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes geltend, muss sie die hierfür erforderlichen Sachvoraussetzungen beweisen. Der Richter muss trotz der *ex officio*-Berücksichtigung der Nichtigkeit kein diesbezügliches Untersuchungsverfahren durchführen, er beschränkt sich vielmehr auf die Würdigung der im Aktenmaterial vorhandenen Tatsachen<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Vgl. BGE 110 II 360, 368; 96 II 129, 131; 69 II 76, 78.; BK-Kramer, Art. 19-20 N 310 und N 313; STEINER, Erfordernis, S. 8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 681; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 54; ENGEL, Traité, S. 294.

<sup>13</sup> Vgl. OR-SCHWENZER, Art. 11 N 23 m.w.H.; BK-Kramer, Art. 19-20 N 315; KOLLER, OR AT I, N 826; BUCHER, OR AT, S. 241 f.; ENGEL, Traité, S. 294; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 114; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 226; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 56; SCHWENZER, OR AT, N 31.35.

<sup>14</sup> Vgl. BGE 123 III 60, 62; 114 II 329, 333; 110 II 360, 368; 62 II 108, 109; BK-Kramer, Art. 19-20 N 316 f.; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 225; BK-Kummer, Art. 8 N 291.

Nichtige Rechtsgeschäfte sind *unheilbar*; folglich kann es weder eine Verjährung noch eine nachträgliche einseitige Genehmigung der Nichtigkeit geben<sup>15</sup>.

Beim Nichtigkeitsgrund der Widerrechtlichkeit<sup>16</sup> haben allerdings die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre den Nichtigkeitsbegriff eingeschränkt. Auf Grund einer *teleologischen Reduktion der Art. 19 f. OR* greift nach aktuellem Verständnis Nichtigkeit kraft Widerrechtlichkeit nur dann Platz, „wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt“<sup>17</sup>. Daher ist Nichtigkeit zu verneinen, wo sie der ratio des Gesetzes zuwiderläuft. Das heisst indes nicht, dass sich diese Folge nach dem Grundgedanken der Norm aufdrängen muss, um sie bejahen zu können, da diesfalls Art. 20 OR für widerrechtliche Verträge bedeutungslos ist<sup>18</sup>. Ein Teil der neueren Lehre ist – wiederum auf Grund einer teleologischen Reduktion des Art. 20 OR – überdies der Ansicht, dass bei einer sittenwidrigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB die Nichtigkeit nur zu Gunsten der zu schützenden Partei zu berücksichtigen ist; entsprechend der ratio legis soll sich der Vertragspartner nicht darauf berufen können<sup>19</sup>.

## 2. *Nichtigkeitsgründe*

Das OR bezeichnet an verschiedenen Stellen die Nichtigkeit als Rechtsfolge von ungültigen Rechtsgeschäften<sup>20</sup>. Im Allgemeinen Teil des OR wird auf die Nichtigkeit Bezug genommen beim Inhalt des Vertrages (Art. 19 f. OR), bei der Wegbedingung der Haftung (Art. 100 Abs. 1 und 2 OR) und bei den unzulässigen Bedingungen (Art. 157 OR). Im Besonderen Teil des OR finden sich Normen bezüglich der Nichtigkeit im Miet-, Pacht-, Darlehens-, Arbeitsvertrags-, Lehrvertrags- und im Handelsreisendenvertragsrecht, bei den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft und die Aktiengesellschaft sowie im Wechsel- und Checkrecht<sup>21</sup>. *Zentrale Funktion* kommt insbesondere den allgemeinen Bestimmungen von *Art. 19 und 20 OR* zu.

---

<sup>15</sup> Vgl. eingehend BK-KRAMER, Art. 19-20 N 318 ff.; statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 681; BGE 97 II 108, 115.

<sup>16</sup> Vgl. unten S. 7.

<sup>17</sup> BGE 122 II 222, 224; diese Auffassung wird auch von der überwiegenden Lehre vertreten, vgl. nur BK-KRAMER, Art. 19-20 N 323 f.; SCHWENZER, OR AT, N 32.37 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 684; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 253. – Einlässlich zur teleologischen Reduktion vgl. KRAMER, Teleologische Reduktion, S. 65 ff.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 102 II 401, 408, der davon ausgeht, dass Art. 20 Abs. 1 OR eine Vermutung für die Nichtigkeit enthält; dazu kritisch BK-KRAMER, Art. 19-20 N 322.

<sup>19</sup> Vgl. diesbezüglich BUCHER, OR AT, S. 265 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 32.38; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 370 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 686 f. und OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 55, die insofern von einem flexiblen Nichtigkeitsbegriff spricht; vgl. auch BGE 106 II 369, 379; 108 II 405, 409.

<sup>20</sup> Im geltenden ZGB wird der Begriff der Nichtigkeit nicht verwendet. Im Zuge der Revision des Eherechts wurde terminologisch die nichtige Ehe durch die (unbefristete) Ungültigkeit der Ehe (Art. 105 ff. ZGB) ersetzt, wobei das neue Recht im wesentlichen die gleichen Gründe wie das bisherige Recht für die Nichtigkeit kennt, vgl. dazu SCHNYDER, ZGB-Revision, S. 35.

<sup>21</sup> Vgl. etwa Art. 254, Art. 288 Abs. 2, Art. 317 Abs. 2, Art. 323b Abs. 3, Art. 344a Abs. 4, Art. 348a Abs. 1, Art. 541 Abs. 2, Art. 644 Abs. 1, Art. 1002 Abs. 2 sowie Art. 1109 Abs. 2 und 3 OR.

Art. 20 Abs. 1 OR bestimmt, dass Rechtsgeschäfte, welche die Schranken der Inhaltsfreiheit nicht respektieren, die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich ziehen. Die *Kontrollkriterien für die Inhaltskontrolle* finden sich in den Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR. Diese Normen stehen in untrennbarem inneren Konnex und stellen eine Einheit dar, denn sie stehen – dies ergibt sich aus dem Aufbau des Gesetzes – im Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge zueinander<sup>22</sup>.

Die Kontrollkriterien des Art. 19 Abs. 2 OR sind die unabänderlichen Vorschriften, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten und das Recht der Persönlichkeit. Art. 20 Abs. 1 OR enthält die Kontrollmassstäbe der Unmöglichkeit der Leistung, der Widerrechtlichkeit und erneut den der guten Sitten<sup>23</sup>. Die Problematik, wie die einzelnen Kontrollmassstäbe voneinander abgegrenzt werden und ob gewisse Kontrollkriterien zusammengefasst werden können, wird in der Literatur unterschiedlich behandelt. Auf Grund des Umstandes, dass alle Kriterien die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich ziehen, sind die subtilen Unterscheidungen für die Praxis letztlich von untergeordneter Bedeutung.

In Anlehnung an die jüngere Doktrin, welche die Kontrollkriterien der Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR auf Grund den unterschiedlichen Bedeutungsschwerpunkten in *drei Gruppen* zusammenfasst<sup>24</sup>, werden in der vorliegenden Darstellung drei Nichtigkeitsgründe unterschieden: Die *Unmöglichkeit*, die *Widerrechtlichkeit* einschliesslich Verletzung der öffentlichen Ordnung und die *Sittenwidrigkeit* einschliesslich der Verletzung des Rechts der Persönlichkeit<sup>25</sup>.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts tritt Nichtigkeit überdies in den praktisch bedeutsamen Fällen von formungültigen oder simulierten Verträgen (Art. 11 OR; Art. 18 Abs. 1 OR) oder von Geschäften Urteilsunfähiger (Art. 18 ZGB) ein<sup>26</sup>.

## C. Anfechtbare Rechtsgeschäfte

### I. Terminologie und Abgrenzungen

Herkömmlicherweise wird ein Rechtsgeschäft als *anfechtbar* bezeichnet, „wenn der ihm anhaftende Mangel nicht von selbst die Wirkungen des Rechtsgeschäfts ausschliesst, sondern nur einer oder mehreren Personen das Recht gibt, die Entkräftung des Rechtsgeschäfts herbeizuführen“<sup>27</sup>. Anfechtbare Rechtsgeschäfte werden von der Rechtsordnung primär als gültig und damit wirksam angesehen. Je nach Belieben der benachteiligten Partei kann das Geschäft durch Ausübung des Anfechtungsrechts im Nachhinein

---

<sup>22</sup> Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 N 6; THOMMEN, Beitrag, S. 8; KOLLER, OR AT I, N 817.

<sup>23</sup> Vgl. KOLLER, OR AT I, N 816; SCHWENZER, OR AT, N 32.02.

<sup>24</sup> Vgl. etwa SCHWENZER, OR AT, N 32.05 ff.; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 631 ff.; KOLLER, OR AT I, N 836.

<sup>25</sup> Zu den einzelnen relevanten Kontrollkriterien vgl. unten S. 107 ff.

<sup>26</sup> Vgl. nur BGE 123 IV 61, 68; 112 II 330, 334; 102 II 226, 229; 97 II 201, 207; GUHL/KOLLER, OR, § 15 N 20.

<sup>27</sup> REGELSBERGER, Pandekten, S. 633.

zu Fall gebracht werden. Die Geltendmachung der Anfechtung stellt folglich den Eintritt einer *potestativen Resolutivbedingung* dar<sup>28</sup>.

In der Literatur wurde die Einordnung und Abgrenzung der *einseitig unverbindlichen Rechtsgeschäfte* i.S.v. Art. 23 ff. OR verschieden gehandhabt. Während für OSER/SCHÖNENBERGER die einseitige Unverbindlichkeit eines Vertrages eine Art der Nichtigkeit darstellt, spricht WAIBLINGER gar von einer relativen Nichtigkeit. VON TUHR/PETER bezeichnen einseitig unverbindliche Verträge als anfechtbar und setzen damit diese Begriffe einander gleich<sup>29</sup>.

Nach hier vertretener Auffassung darf die einseitige Unverbindlichkeit in Anlehnung an die Terminologie der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung generell als Anfechtbarkeit verstanden werden – ohne dabei eine Stellungnahme zum Theorienstreit zwischen der Ungültigkeits- und der Anfechtungstheorie zu präjudizieren<sup>30</sup>. Diese Interpretation lässt auch die Praxis zu, zumal die Unterscheidung zwischen Unverbindlichkeit und Anfechtbarkeit, deren dogmengeschichtlicher Hintergrund die Kontroverse zwischen der Willenstheorie und der Erklärungstheorie darstellt, wenig Relevanz zeitigt<sup>31</sup>.

Die vom französischen Recht inspirierte Terminologie der *relativen Nichtigkeit* ist m.E. abzulehnen, da sie sachlich durchwegs der Anfechtbarkeit entspricht und sie überdies den traditionellen Nichtigkeitsbegriff verwässert<sup>32</sup>. Sind einseitig unverbindliche Rechtsgeschäfte relativ nichtig, ist dies von Amtes wegen zu beachten<sup>33</sup>. Diese ex officio-Berücksichtigung von Willensmängeln lässt sich m.E. nicht mit dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 OR in Einklang bringen, in welchem vorgesehen ist, dass eine Partei der anderen „eröffnet“, den Vertrag nicht zu halten – ein eigenständiges Tätigwerden des Richters oder einer rechtsanwendenden Behörde ist vom Gesetz nicht vorgesehen.

## 2. *Begriffstypische Merkmale*

Wie bei der Nichtigkeit verwenden das ZGB und das OR verschiedentlich den Begriff der Anfechtung, lassen aber eine Umschreibung dieses Terminus vermissen<sup>34</sup>. Traditio-

---

<sup>28</sup> Vgl. etwa SCHWENZER, OR AT, N 39.03; GUHL/KOLLER, OR, § 16 N 21; HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit, S. 20; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 10.

<sup>29</sup> Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 31 N 3; WAIBLINGER, Anfechtungsrechte, S. 39; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 329 f.

<sup>30</sup> Vgl. KOLLER, OR AT I, N 1146 i.V.m. N 1294 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 39.11 ff.; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 116; besonders illustrativ BUCHER, OR AT, S. 209 f., der sowohl im Zusammenhang mit der Ungültigkeits- als auch der Anfechtungstheorie den Terminus der Irrtumsanfechtung verwendet; vgl. auch BGE 114 II 131, 134, wo das Bundesgericht festhält, dass ein Vertrag wegen eines Willensmangels i.S.v. Art. 23 ff. OR *angefochten* werden kann. – Ausführlich zum Theorienstreit BGE 114 II 131, 142 f. und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 889 ff.

<sup>31</sup> Vgl. diesbezüglich BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 105 ff. sowie N 125.

<sup>32</sup> In diesem Sinne auch schon WINDSCHEID, Code Napoleon, S. 30.; vgl. diesbezüglich auch BK-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 107 m.w.H.; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 329 f.

<sup>33</sup> Vgl. WAIBLINGER, Anfechtungsrechte, S. 38.

<sup>34</sup> Vgl. etwa Art. 75, Art. 256 Abs. 1 Ingress, Art. 269 Abs. 1 ZGB sowie Art. 230 Abs. 1 und 2, Art. 270 Abs. 1 Ingress, Art. 271 Abs. 1, Art. 525 Abs. 1 und 3, Art. 706 Abs. 1 und 2, Art. 891 Abs. 1 und 2 OR.

nellerweise wird die Anfechtbarkeit von Rechtsprechung und Lehre wie folgt charakterisiert: Sie ist mittels einer *Anfechtungserklärung oder -klage* geltend zu machen, wirkt *ex tunc* und *relativ*; anfechtbare Rechtsgeschäfte sind überdies *heilbar*.

Eine Besonderheit stellt die Tatsache dar, dass die Anfechtung durch die gestaltungsbe-rechtigte Partei entweder mittels blosser *Willenserklärung oder Klage* geltend gemacht werden muss und nicht von Amtes wegen berücksichtigt wird. Die Anfechtungserklärung, welche ausdrücklich oder konkludent geäussert werden kann, ist empfangs-, nicht aber annahmepflichtig und macht den Vertrag im Zeitpunkt des Zuganges bei der Gegenpartei unwirksam. Auf Grund der Tatsache, dass eine Anfechtungserklärung auch konkludent geltend gemacht werden kann, erhellt, dass diese nicht bereits einen bestimmten Anfechtungsgrund spezifizieren muss. Als Gestaltungserklärung ist die Anfechtung bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Als Anwendungsbeispiel der Anfechtung mittels blosser Willenserklärung mag die Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln (Art. 23 f. OR) dienen. In gewissen Fällen fordert allerdings das Gesetz – angesichts des Bedürfnisses nach Klarstellung der Rechtsverhältnisse – für die Geltendmachung der Anfechtung die Anhebung eines förmlichen Rechtsmittels, einer Anfechtungsklage. Ein Anwendungsbeispiel einer solchen Anfechtungsklage ist die erbrechtlichen Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB<sup>35</sup>.

Die Anfechtung führt dazu, dass das Rechtsgeschäft mit *Wirkung ex tunc* dahinfällt. Die Rechtslage ist demnach so anzusehen, als hätte das Rechtsgeschäft ab initio keine Rechtswirkungen entfaltet. Diese Wirkung besteht allerdings nicht – wie bei der Nichtigkeit – von allem Anfang an, sondern sie tritt erst nach Erhebung der rechts-gestaltenden Anfechtungserklärung oder gar -klage ein<sup>36</sup>.

Im Gegensatz zur Nichtigkeit zeitigt die Anfechtung nicht absolute, sondern *relative Wirkung*. Daraus folgt, dass nicht beide Kontrahenten eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes und schon gar nicht Dritte die Anfechtung geltend machen können. Vielmehr ergibt sich die Anfechtungsberechtigung aus den gesetzlich umschriebenen Anfechtungstatbeständen. So kann etwa die erbrechtliche Ungültigkeitsklage nur von demjenigen erhoben werden, der „als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde“ (Art. 519 Abs. 2 ZGB)<sup>37</sup>.

Im Unterschied zur Nichtigkeit ist bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft grundsätzlich *Konvaleszenz* möglich. Die Heilung erfolgt durch eine nachträgliche Genehmigung des Rechtsaktes, welche durch eine ausdrückliche Erklärung, ein blosses konkludentes Verhalten oder durch unbenutztes Verstreichenlassen der jeweiligen Frist eintritt. Diese

---

<sup>35</sup> Vgl. BGE 109 II 319, 326; 108 II 102, 104; 106 II 346, 349; 98 II 96, 98; KOLLER, OR AT I, N 1303; ENGEL, Traité, S. 261; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 11; HUGUENIN, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit, S. 22; BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 71 f.; GUHL/KOLLER, OR, § 16 N 22; OR-SCHWENZER, Art. 31 N 9; SCHWENZER, OR AT, N 39.13. – Eine Anfechtungsklage ist z.B. auch erforderlich bei Anfechtung von Beschlüssen der Vereinsversammlung (Art. 75 ZGB), bei Anfechtung einer Schenkung (Art. 240 Abs. 3 OR) oder bei Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer AG (Art. 706 f. OR).

<sup>36</sup> Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 N 310; SCHWENZER, OR AT, N 39.23; BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 81 f.; BUCHER, OR AT, S. 214; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 127.

<sup>37</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 76 ff.; OR-SCHWENZER, Art. 31 N 2; DES GOUTTES, Système, S. 355. – Zur Aktivlegitimation der Ungültigkeitsklage unten S. 57 ff.

Frist ist als Verwirkungs-, nicht als Verjährungsfrist zu qualifizieren. Selbst nach der Geltendmachung der Unverbindlichkeit ist eine Genehmigung noch möglich – allerdings nur, wenn die Gegenpartei einverstanden ist, dass das Rechtsgeschäft aufrecht bleibe. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die Genehmigung aber in jedem Fall eine sichere Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraus. Bloss unbestimmte, nicht näher belegte Zweifel genügen nicht. Fehlt eine ausdrückliche Erklärung, darf angesichts der Tragweite des Rechtsverzichts, der in einer Genehmigung liegt, nicht leichthin auf vorbehaltloses Einverständnis geschlossen werden. Ob eine bestimmte Handlung des Anfechtungsberechtigten als eindeutiger Ausdruck einer Genehmigung zu verstehen ist, beurteilt sich nach den Grundsätzen der Vertrauenslehre<sup>38</sup>.

## § 2 Versuch einer Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson

### I. Allgemeines

Dem schweizerischen Recht ist der Begriff der Vertrauensperson nicht gänzlich unbekannt. Der Terminus wird – sowohl in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch in der Gesetzgebung – in verschiedensten Zusammenhängen verwendet.

So hat das *Bundesgericht* in einem obligationenrechtlichen Entscheid betreffend Überschreitung und Missbrauch einer Vollmacht, welche in einer amtlich beglaubigten Vollmachtsurkunde verkörpert war, beispielsweise festgehalten, dass der Urkundsbeamte „auf dem Lande ganz besonders als Vertrauensperson gilt“<sup>39</sup>. In einem anderen Entscheid betreffend die Erteilung oder Erweiterung einer Wasserbezugskonzession sah das Bundesgericht keinen Anlass, Protokolle des kantonalen Regierungsrates „der Klägerin oder einer von ihr bestimmten Vertrauensperson öffnen zu lassen“<sup>40</sup>. Hinsichtlich der Anwendung von Art. 305 StGB (Begünstigung) hat das Bundesgericht Eltern, Fürsorger und Freunde als Vertrauenspersonen eines Geflüchteten bezeichnet<sup>41</sup>. In Auslegung des damaligen KUVG wurde höchstrichterlich festgehalten, „dass der nichtärztliche Psychotherapeut oder Psychologe ähnlich wie ein Arzt als Vertrauensperson mit dem Patienten in Verbindung steht“<sup>42</sup>. Als Vertrauensperson hat das Bundesgericht gleichermassen die Person bezeichnet, welche nach Art. 708 Abs. 4 aOR eine Aktionärsgruppe im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft vertreten kann<sup>43</sup>. Des Weiteren hat das Bundesgericht in einem öffentlichrechtlichen Entscheid den Vormund

---

<sup>38</sup> Vgl. BGE 109 II 319, 327; 108 II 102, 105; BGE 98 II 176, 179; 88 II 410, 412; BK-SCHMIDLIN, Art. 31 N 115 und N 122; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 31 N 9 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 11; VON THUR/PETER, Obligationenrecht, S. 330 ff.; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 126; BUCHER, OR AT, S. 213; KOLLER, OR AT I, N 1313 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 39.15 f.; GAUCH/SCHLUEP/REY, OR AT, N 3506 ff.

<sup>39</sup> BGE 77 II 138, 148.

<sup>40</sup> BGE 78 I 375, 385.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 106 IV 189, 191.

<sup>42</sup> BGE 107 V 46, 51.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 107 II 179, 185.

bzw. Beirat eines Mündels bzw. einer verbeirateten Person als Vertrauensperson bezeichnet und festgehalten, dass zwischen Mündel bzw. Verbeiratetem und seinem Vormund oder Beirat nach Möglichkeit ein Vertrauensverhältnis bestehen sollte<sup>44</sup>.

Der *Gesetzgeber* hat den Begriff der Vertrauensperson im Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG<sup>45</sup>) verwendet, welches auf den 1. Januar 1993 in Kraft getreten ist. Nach dessen Art. 7 Abs. 1 kann sich das Opfer in einem Strafverfahren „durch eine Vertrauensperson begleiten lassen, wenn es als Zeuge oder Auskunftsperson befragt wird“. Eine genauere Erläuterung des Begriffs und Wesens der Vertrauensperson lässt sich weder im OHG selbst noch in den Materialien finden<sup>46</sup>. Auch die Doktrin zum OHG äussert sich nur dürftig über den Begriff der Vertrauensperson. Hervorgehoben wird allerdings, dass es sich bei der Vertrauensperson nicht notwendigerweise um einen Anwalt handeln muss und dass ihre Funktion in der psychischen Unterstützung des Opfers während der Einvernahme besteht<sup>47</sup>. Ohne weitere Erläuterungen wird der Terminus der Vertrauensperson überdies verwendet in Art. 17 Abs. 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998<sup>48</sup> sowie in Art. 7 Abs. 3, 4 und 5 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999<sup>49</sup>. Vereinzelt wird die Bezeichnung auch in kantonalen Gesetzen verwendet; hervorzuheben ist die beispielhafte Aufzählung in § 4 Abs. 1 der nidwaldnerischen Verordnung über den Fonds des Kantonsspitals vom 2. Oktober 1967, wo – unter anderen – Fürsorger, Ärzte und Geistliche als Vertrauenspersonen bezeichnet werden<sup>50</sup>.

Aus dem Gesagten lassen sich drei *Erkenntnisse* ableiten: Erstens, dass der Begriff der Vertrauensperson im Rechtsalltag beim Vorliegen unterschiedlichster Sachverhalte verwendet wird; zweitens ist festzustellen, dass weder ein genereller Rechtsbegriff noch eine erschöpfende, den Begriff klärende Legaldefinition existiert; drittens, dass im Zusammenhang mit dem Begriff der Vertrauensperson wiederholt Ärzte, Anwälte, Geistliche, Fürsorger, Psychotherapeuten, Psychologen und Urkundspersonen genannt werden.

---

<sup>44</sup> Vgl. BGE 118 Ia 229, 232.

<sup>45</sup> SR 312.5.

<sup>46</sup> Vgl. nur BOTSCHAFT OHG, S. 973 f. und S. 983 f.

<sup>47</sup> Vgl. GOMM/STEIN/ZEHNTNER, Opferhilfegesetz, Art. 7 N 4; WEISHAUP, Opferhilfegesetz, S. 183; in diesem Sinne auch schon BOTSCHAFT OHG, S. 983 f.

<sup>48</sup> SR 142.31.

<sup>49</sup> SR 142.311.

<sup>50</sup> Ohne nähere Umschreibung des Begriffs wird beispielsweise in folgenden kantonalen Erlassen der Begriff der Vertrauensperson verwendet: § 191 der baselstädtischen ZPO vom 8. Februar 1875; § 44 Abs. 2 der baselstädtischen StPO vom 8. Januar 1997; § 6 Abs. 2 der baselstädtischen Verordnung betreffend die Wahl und Organisation der Disziplinarkommission vom 27. August 1973; § 5-9 der baselstädtischen Verordnung über den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz vom 10. Juni 1997; § 3 Abs. 5 der baselstädtischen Ordnung betreffend die Zusammenarbeit von Eltern und Lehrkräften an der Orientierungsschule vom 17. Oktober 1992; § 35 der basellandschaftlichen StPO vom 3. Juni 1999; § 6-9 und § 13 f. der basellandschaftlichen Verordnung über den Schutz der sexuellen Integrität am Arbeitsplatz vom 3. November 1998; § 117k Abs. 1 des zürcherischen EG zum ZGB vom 2. April 1911; § 149c Abs. 2 und § 10 Abs. 7 der zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919; § 5 der zürcherischen Verordnung zum BG über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 4. Dezember 1996; § 16 Abs. 2 der luzernischen Heilmittelverordnung vom 17. Dezember 1985; § 100 Abs. 1 der luzernischen StPO vom 3. Juni 1957.

Unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Person überhaupt als Vertrauensperson bezeichnet werden kann, ist das Bestehen eines intensiven Vertrauensverhältnisses zwischen ihr und einer oder mehreren anderen Personen. Die gedankliche Verknüpfung dieses Merkmals mit den eben genannten Berufen führt zu folgenden Feststellungen: Vertrauensverhältnisse im Allgemeinen stellen ein Charakteristikum für gewisse schuldrechtliche Beziehungen dar; gewisse berufliche Vertrauensverhältnisse im Besonderen geniessen strafrechtlichen Schutz. Für den Versuch einer Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson erscheint demnach eine *duale Anknüpfung* sinnreich, welche auf *privatrechtlichen* (nachfolgend II.) und *strafrechtlichen* (nachfolgend III.) *Überlegungen* basiert.

## II. Privatrechtliche Anknüpfung

Privatrechtliche Normen betreffen grundsätzlich die Rechtsbeziehungen unter Privaten und dienen damit vornehmlich der Durchsetzung und dem Schutz von privaten Interessen<sup>51</sup>. Ansatzpunkte für eine Charakterisierung des Begriffs der Vertrauensperson lassen sich in verschiedenen Vertragsverhältnissen des Besonderen Teils des OR finden. Im Vordergrund steht dabei das *Auftragsrecht* (nachfolgend A.). Aber auch in *anderen* privatrechtlichen *Vertragsverhältnissen* können diesbezüglich Anhaltspunkte gefunden werden (nachfolgend B.).

### A. Auftragsrecht

#### 1. Allgemeines

Ein zwischen Vertragsparteien bestehendes Auftragsverhältnis verpflichtet den Beauftragten, im Rahmen der ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste die Interessen des Auftraggebers zu wahren. Das Auftragsverhältnis charakterisiert sich grundsätzlich dadurch, „dass die Kontrahenten in einem *Vertrauensverhältnis* zueinander stehen“<sup>52</sup>. Durch den Abschluss eines Mandatsvertrages schenkt der Auftraggeber dem Beauftragten sein Vertrauen<sup>53</sup>; „Vertrauen verpflichtet“<sup>54</sup>.

Seinen positivrechtlichen Niederschlag hat dieses Vertrauensverhältnis im Wesentlichen in der Normierung der auftragsrechtlichen *Treuepflicht* in Art. 398 Abs. 2 OR gefunden. Danach haftet der Beauftragte dem Auftraggeber „für getreue [...] Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes“.

---

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler etwa FORSTMOSER/SCHLUEP, Einführung, § 4 N 42 ff.

<sup>52</sup> GUHL/SCHNYDER, OR, § 49 N 9; vgl. auch OR-WEBER, Art. 398 N 26; BRÜHWILER-FRÉSEY, Behandlungsvertrag, S. 23; TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 13 f.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 37 f., spricht gar von einem „besonderen Vertrauensverhältnis“, resp. von einem „intensiven Vertrauensverhältnis“, welches beim Mandat vorliegt. – Zur Interessenlage beim Auftrag vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 43 ff.

<sup>53</sup> Vgl. so treffend DERENDINGER, Auftrag, N 148.

<sup>54</sup> VON BÜREN, OR BT, S. 128.



## 2. *Treuepflicht*

### a. *Allgemeines*

Die Treuepflicht stellt eine wesentliche Nebenpflicht des Auftragsverhältnisses dar und erheischt vom Beauftragten angesichts der *Fremdnützigkeit* des Auftrages, dass er den Interessen des Auftraggebers den Vorrang einräumt und seine eigenen Interessen denen des Vertragspartners unterordnet. Auf Grund der Treuepflicht ist der Beauftragte gehalten, bei der Ausführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren. Überdies hat er alles zu unterlassen, was diesem Schaden zufügen könnte. In Erfüllung des Auftrages hat er sein Handeln nach dem Zweck der Leistung auszurichten, der auf Grund des Vertrauensprinzips zu berücksichtigen ist. Als Nebenpflicht ist die Treuepflicht grundsätzlich nicht einklagbar. Als Sanktion greifen nur – aber immerhin – Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche Platz<sup>55</sup>.

Das Gesetz vermag auf Grund den vielfältigen Erscheinungsformen des Auftrages im Rechtsverkehr die Treuepflicht nur im Sinne einer *wertausfüllungsbedürftigen Generalklausel*, nicht aber bezogen auf die konkreten Auftragsverhältnisse zu umschreiben. Die einzelnen Treuepflichten sind vielmehr nach der Art des Auftrages und jeweils für den Einzelfall nach Würdigung aller Umstände zu bestimmen<sup>56</sup>. Dabei besteht eine Korrelation zwischen konkretem Inhalt und Umfang der Treuepflichten seitens des Beauftragten und dem Mass an entgegengebrachtem Vertrauen seitens des Auftraggebers. Je tiefer der Beauftragte „in die Verhältnisse des Auftraggebers einblickt, desto stärker und umfangreicher sind [...] seine Treuepflichten“<sup>57</sup> – und umso ausgeprägter ist dementsprechend auch das Vertrauensverhältnis.

Die Umschreibung der erforderlichen Treuepflichten ist in concreto jeweils anhand des *Grundsatzes von Treu und Glauben* zu ermitteln. Der Beauftragte hat sich bei der Vertragsabwicklung entsprechend diesem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz zu verhalten. Die Treuepflicht des Beauftragten ist damit „eine besonders intensive Form des Grundsatzes von Treu und Glauben“<sup>58</sup>.

### b. *Teilaspekte*

Die Rechtsprechung und die Doktrin haben neben den obenstehenden allgemeinen Ausführungen zur auftragsrechtlichen Treuepflicht einzelne praxisrelevante Teilaspekte besonders herausgearbeitet und damit eine gewisse Konkretisierung der wertausfüllungsbedürftigen Generalklausel erzielt. Solche Teilaspekte bilden die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht, das Problem der Doppelvertretung und des Selbstkontrahierens, die Obhuts- und Schutzpflichten, die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten

---

<sup>55</sup> Vgl. OR-WEBER, Art. 398 N 8 und N 10; BK-FELLMANN, Art. 398 N 24 f.; DERENDINGER, Auftrag, N 149; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 35 f.; KULL, Haftung des Anwalts, S. 74; BGE 115 II 62, 64 f.

<sup>56</sup> Vgl. BK-FELLMANN, Art. 398 N 26; OR-WEBER, Art. 398 N 9; BGE 115 II 62, 64.

<sup>57</sup> DERENDINGER, Auftrag, N 150.

<sup>58</sup> BK-FELLMANN, Art. 394 N 251; vgl. auch BK-FELLMANN, Art. 398 N 30; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106; anders noch BK-GAUTSCHI, Art. 398 N 3a, nach dessen Ansicht die auftragsrechtliche Treuepflicht nichts mit der ein jedes Rechtssubjekt treffenden Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB zu tun hat.

sowie die berufs- und standesrechtlichen Treuepflichten<sup>59</sup>. Besonders hervorzuheben sind die *Doppelvertretung und das Selbstkontrahieren* (nachfolgend 1.) sowie die *berufs- und standesrechtlichen Treuepflichten* (nachfolgend 2.).

## 1) *Doppelvertretung und Selbstkontrahieren*

### a) Allgemeines

Bei der *Doppelvertretung* handelt ein Vertreter einerseits im Namen des Vertretenen und gleichzeitig auch im Namen eines Dritten, den er ebenfalls vertritt. Schliesst ein Vertreter im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich selbst ab, liegt *Selbstkontrahieren* vor<sup>60</sup>.

Diesen sog. Inschlaggeschäften ist gemeinsam, dass ihnen zwangsläufig ein *Interessenkonflikt* zu Grunde liegt, da eine Person notwendig auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht und damit als „Diener zweier Herren“<sup>61</sup> agiert. Eine solche Konfliktsituation besteht namentlich dann, wenn eine Person sich der Wahrung fremder Interessen verschrieben hat und dabei mit Umständen konfrontiert wird, die einen potentiellen Konflikt mit eigenen oder anderen ihr zur Wahrung übertragenen Interessen beinhalten<sup>62</sup>.

Die rechtliche Behandlung dieses Interessenkonflikts wirft verschiedene Rechtsfragen auf: Im Aussenverhältnis stellen sich stellvertretungsrechtliche Fragen, insbesondere das Problem des *Handeln ohne Vertretungsmacht*; im Innenverhältnis liegt der Bevollmächtigung regelmässig ein schuldrechtliches Grundverhältnis zu Grunde, welches die Rechte und Pflichten zwischen Vertretenem und Vertreter regelt und sich zumeist als Auftrag qualifizieren lässt<sup>63</sup>.

In der Literatur wird m.E. zu Recht die Auffassung vertreten, dass in der Frage der Doppelvertretung und des Selbstkontrahierens die auftragsrechtliche Treuepflicht soweit geht, dass „der Beauftragte gehalten ist, Interessenskollisionen dieser Art aus dem Wege zu gehen“<sup>64</sup>. So wird in aller Regel bei Anwälten ein Inschlaggeschäft als schwerwiegender Verstoß gegen die Anwaltsstreue qualifiziert, da sich eine solche Doppelstellung nicht mit der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Klient verträgt<sup>65</sup>. Allein die

---

<sup>59</sup> Vgl. zu diesen Pflichten einlässlich BK-FELLMANN, Art. 398 N 39 ff.; OR-WEBER, Art. 398 N 10 ff.

<sup>60</sup> Vgl. statt vieler SCHWENZER, OR AT, N 42.19.

<sup>61</sup> VON DER CRONE, Interessenkonflikte, S. 2. – Da die Doppelvertretung und das Selbstkontrahieren miteinander verwandt sind und die selben Grundsätze gelten (oder zumindest analog anwendbar sind), werden im Folgenden die beiden Erscheinungsformen der Inschlaggeschäfte zusammen behandelt, vgl. BK-ZÄCH, Art. 33 N 90.

<sup>62</sup> In diesem Sinne auch VON DER CRONE, Interessenkonflikte, S. 2.

<sup>63</sup> Vgl. etwa GUHL/KOLLER, OR, § 18 N 12; BK-ZÄCH, Art. 33 N 120 ff. – Zu den stellvertretungsrechtlichen Gesichtspunkten vgl. etwa HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 107 f.

<sup>64</sup> HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 35; in diesem Sinne auch BK-BECKER, Art. 398 N 8.

<sup>65</sup> Vgl. diesbezüglich Ziff. 13 der internationalen Grundsätze des Standesrechts (angenommen von der Delegierten-Versammlung der International Bar Association in Oslo am 15. Juli 1956); Ziff. 3.2.1. bis 3.2.4. des Code of Conduct/Code de déontologie for Lawyers in the European Union (angenommen von den Delegationen der 18 Mitgliedstaaten, welche die Anwaltschaften der Europäischen Union vertreten, an der Plenarsitzung der CCBE in Lyon am 28. November 1998); Ziff. 11 der

Eventualität, dass es in einer Streitsache zu einer Interessenkollision kommen könnte, erheischt vom redlichen Anwalt die Ablehnung des Mandates, da „eine solche Situation dem Ansehen der Gerichte wie auch des Anwaltsstandes abträglich“<sup>66</sup> ist.

#### b) Grundsatz

Das OR enthält – abgesehen von den Bestimmungen über den Selbsteintritt bei der Kommission (Art. 436-438 OR) – keine Norm darüber, ob und allenfalls in welchen Fällen der Stellvertreter befugt ist, namens des Vertretenen Rechtsgeschäfte mit sich selbst vorzunehmen. Es besteht diesbezüglich eine Gesetzeslücke<sup>67</sup>.

In Anlehnung an § 181 Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und die diesbezügliche Lehre und Rechtsprechung hat das Bundesgericht diese Gesetzeslücke auf Grund von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB ausgefüllt und entsprechende Richtlinien ausgearbeitet. So hat es zuletzt in BGE 126 III 361 ff. festgehalten, dass Insigeschäfte im schweizerischen Recht wegen der regelmässig vorhandenen Interessenkollision „*grundsätzlich unzulässig*“<sup>68</sup> seien. Nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Insigeschäfte sogar dann unzulässig, wenn das Bestehen eines Interessenkonfliktes auf abstrakte Weise absehbar ist<sup>69</sup>. Nach dem strengen Massstab des Bundesgerichts genügt für die Unzulässigerklärung eines Geschäftes somit schon eine noch so entfernte Möglichkeit eines späteren Interessenkonfliktes.

Da unter auftragsrechtlichen Gesichtspunkten (d.h. im Innenverhältnis) sowohl bei der Doppelvertretung als auch beim Selbsteintritt zwangsläufig Interessenkollisionen entstehen, welche den Beauftragten in eine unlösbare Konfliktsituation versetzen, stellen diese Insigeschäfte eine *Verletzung der Treuepflicht* dar<sup>70</sup>. Im Aussenverhältnis (d.h. unter stellvertretungsrechtlichen Gesichtspunkten) besteht nach Ansicht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts die Folge eines unzulässigen Insigeschäftes in der Ungültigkeit des betreffenden Geschäfts, sofern nicht eine

---

Richtlinien SAV für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände (gutgeheissen vom Geschäftsausschuss des SAV am 5. November 1973); § 12 der Standesregeln der Advokatenkammer Basel (beschlossen an der ordentlichen Kammersitzung vom 7. Mai 1998); Ziff. 11 der *us et coutumes du Barreau de Genève* (angenommen vom Conseil de l'ordre an der Sitzung vom 5. September 1979). – Vgl. auch KULL, Haftung des Anwalts, S. 75 f.; BK-FELLMANN, Art. 398 N 116; VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Handbuch, S. 131 ff.; FELLMANN/SIDLER, Standesregeln, S. 56 ff.; TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 28 f. und S. 93 ff.; HENGGELE, Disziplinarrecht, S. 119 f. – Vom Verbot des Doppeldienens nicht betroffen ist in der Regel eine beratende Tätigkeit des Anwalts, vgl. diesbezüglich WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 141 f.

<sup>66</sup> BJM 1963, S. 250 (in Bezug auf Doppelvertretungen bei Scheidungsprozessen). – Doppelvertretung ist nach § 11 lit. d) des baselstädtischen AdvokaturG nur zulässig, „wenn die Gefahr von Interessenkonflikten offensichtlich ausgeschlossen ist“; vgl. auch KULL, Haftung des Anwalts, S. 77.

<sup>67</sup> Vgl. beispielsweise BK-FELLMANN, Art. 398 N 105 f.; OR-WATTER, Art. 33 N 19.

<sup>68</sup> BGE 126 III 361, 363; vgl. etwa auch BGE 95 II 442, 452 f.; 89 II 321, 326; 82 II 388, 392 f.; 39 II 561, 568; BK-FELLMANN, Art. 398 N 105 f.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106 f.; eingehend zum deutschen und österreichischen Recht KNÖCHLEIN, Stellvertretung und Insigeschäft, S. 14 ff. und S. 40 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BGE vom 5. Februar 1998, in: Pra 1998, S. 568 und S. 570 (in Bezug auf eine Doppelvertretung zweier Mitangeklagter im gleichen Strafverfahren).

<sup>70</sup> Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 106; BK-FELLMANN, Art. 398 N 109 und N 119; OR-WEBER, Art. 398 N 16.

besondere Ausnahme Platz greift<sup>71</sup>. Dies auf Grund der Tatsache, dass es „wegen des unerlaubten Selbstkontrahierens an einer gültigen Vollmacht fehlt (der involvierte Vertreter kann sich nicht auf einen Rechtsschein berufen) und im Innenverhältnis eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt“<sup>72</sup>.

### c) Ausnahmen

Insichgeschäfte sind einerseits ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Mandant den Mandatar *besonders bevollmächtigt*, mit sich selbst einen Vertrag abzuschliessen oder als Doppelvertreter zu agieren. Eine solche Vollmacht ist innerhalb der Schranken der Privatautonomie (Art. 19 und 20 OR) zulässig und kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erteilt werden. Allerdings kann nicht vermutet werden, dass sich eine Vollmacht auf das Insichgeschäft erstreckt, da schon unter auftragsrechtlichen Gesichtspunkten nicht vermutet werden kann, dass der unter Interessenkonflikt tätige Beauftragte das Mandat mit der erforderlichen Sorgfalt erfülle<sup>73</sup>.

Zulässigkeit von Insichgeschäften besteht andererseits auch dann, wenn auf Grund der Natur des Rechtsgeschäftes die Gefahr einer *Benachteiligung* des Mandanten *ausgeschlossen* werden kann. Dies ist in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und Lehre dann der Fall, wenn das Insichgeschäft dem Mandanten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, da hier ein Widerstreit der Interessen ausgeschlossen ist und Belange Dritter nicht entgegenstehen. Eine Benachteiligung ist insbesondere da nicht zu befürchten, wo für die Beurteilung des Abschlusses eines Insichgeschäftes objektive Massstäbe zur Verfügung stehen, wie etwa beim Kauf von Waren mit klar definierten Markt- oder Börsenkursen. Ob in concreto eine Übervorteilung des Mandanten ausgeschlossen werden kann, ist letztlich anhand der besonderen Natur des konkreten Auftragsverhältnisses zu bestimmen<sup>74</sup>.

## 2) Berufs- und standesrechtliche Treuepflichten

Für gewisse Berufe, an deren korrekter Ausübung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und die nur auf Grund eines besonderen staatlichen Befähigungsausweises ausgeübt werden können, sind hinsichtlich der geltenden Treuepflichten neben den Bestimmungen des OR auch berufs- und standesrechtliche Normen in Betracht zu ziehen; dies gilt insbesondere für die freien Berufe<sup>75</sup>. Zweck dieser zusätzlich zu

---

<sup>71</sup> Vgl. BGE 63 II 173, 175; 82 II 388, 393; 89 II 321, 325; 95 II 617, 621; BK-FELLMANN, Art. 398 N 110; BK-ZÄCH, Art. 39 N 14; OR-WEBER, Art. 398 N 17; BUCHER, OR AT, S. 640; so auch schon BK-GAUTSCHI, Art. 398 N 10c.

<sup>72</sup> WEBER, Praxis, S. 89; vgl. diesbezüglich auch BK-GAUTSCHI, Art. 398 N 10c-g; OR-WATTER, Art. 33 N 19; SCHWENZER, OR AT, N 42.20.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 126 III 361, 363; 93 II 461, 481 f.; 95 II 617, 621; 112 II 503, 506; BK-ZÄCH, Art. 33 N 80 f.; BK-FELLMANN, Art. 398 N 121; VON DER CRONE, Interessenkonflikte, S. 7.

<sup>74</sup> Vgl. grundlegend BGE 39 II 561, 568; 82 II 388, 393; 89 II 321, 326; 95 II 617, 621; OR-WATTER, Art. 33 N 19; BK-FELLMANN, Art. 398 N 111 und N 123; BK-ZÄCH, Art. 33 N 83 f. und N 88 m.w.H.; SCHWENZER, OR AT, N 42.19; ausführlich PALANDT/HEINRICHS, Bürgerliches Gesetzbuch, § 181 N 9 und § 107 N 2 ff.; MK-THIELE, § 181 N 15.

<sup>75</sup> Dazu zählen etwa die Ärzte und Zahnärzte, Anwälte, Notare, Ingenieure, Architekten, Revisoren, Journalisten, Unternehmensberater etc.; vgl. zum Ganzen FREY, Freiberufliche Praxis, S. 2 ff.;

berücksichtigenden Normen ist der Schutz des besonderen Standesansehens und dadurch der *Schutz des Vertrauens* der Öffentlichkeit gegenüber dem gesamten Berufsstand. Desgleichen zielen diese Bestimmungen auf die Ermöglichung der richtigen Berufsausübung sowie auf den Schutz der Berufsträger selbst ab<sup>76</sup>.

Die Doktrin versteht unter *Berufsrecht* staatlich erlassene, öffentlich-rechtliche Normen, welche die Ausübung eines dem Gemeinwohl verpflichteten Berufes einer besonderen Regelung unterwerfen<sup>77</sup>. Für Medizinalpersonen sind das etwa die Gesundheits-, Sanitätswesen- oder Medizinalpersonengesetze, für Anwälte die Anwalts- oder Advokaturgesetze. Für den Berufsstand der Anwälte wird in absehbarer Zukunft das BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)<sup>78</sup> massgebend sein. Das Gesetz regelt auf Bundesebene unter anderem die wesentlichen Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs und enthält in Art. 12 eine vereinheitlichte und direkt anwendbare Norm über die Berufsregeln<sup>79</sup>. Die in Art. 12 BGFA kodifizierten Berufsregeln beschränken sich auf das Wesentliche und sind abschliessend; damit steht für ein Anwalt, der in einem anderen Kanton eine Partei vor einer Gerichtsbehörde vertritt, fest, dass er sich im Bereich der Berufsregeln nicht mehr um kantonale Besonderheiten kümmern muss<sup>80</sup>.

Das *Standesrecht*<sup>81</sup> umfasst demgegenüber privatrechtliche Normen, welche von den jeweiligen Berufsorganisationen autonom erlassen wurden (sog. Verbandsrecht) und in aller Regel einen Verhaltenskodex für ihre Mitglieder enthalten. Damit entsprechen sie durchweg den herrschenden Sitten und Anschauungen und bilden die *communis opinio* der Berufsgruppen. Standesrechtliche Normen verkörpern demnach das Berufsethos der jeweiligen Berufsgruppen und stellen meist strengere Anforderungen an die korrekte Berufsausübung als die staatliche Gesetzgebung<sup>82</sup>.

---

DUBACH, Disziplinarrecht, S. 16a ff.

<sup>76</sup> Vgl. HENGgeler, Disziplinarrecht, S. 33; WEGMANN, Berufspflichten, S. 38 ff.; FREY, Freiberufliche Praxis, S. 15 f.; TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 76; zum besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Freiberuflern und Auftraggeber vgl. einlässlich TAUPITZ, Standesordnungen, S. 52 ff. – Standesrechtliche Normen „entfalten zweifellos bedeutsame Schutzwirkung im Inneren des Berufsstandes“ (TAUPITZ, Standesordnungen, S. 1281), mit der Folge, dass die primäre Zielrichtung auf den Schutz von Ehre und Würde des Standes sowie dessen Ansehen und Funktionsfähigkeit gerichtet ist.

<sup>77</sup> Vgl. WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 111 m.w.H.; FREY, Freiberufliche Praxis, S. 15; BK-FELLMANN, Art. 398 N 177; zur Gemeinwohlverpflichtung vgl. die einlässliche Darstellung bei TAUPITZ, Standesordnungen, S. 845 ff.

<sup>78</sup> Das BGFA wird gleichzeitig mit den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU in Kraft treten, voraussichtlich also per 1. Januar 2002, allenfalls auch per 1. März 2002 (telefonische Auskunft der Bundeskanzlei vom 31. Juli 2001).

<sup>79</sup> Vgl. kritisch SCHILLER, Gesetz, S. 73 f., der moniert, dass durch das BGFA über die Hintertür eines Freizügigkeitsgesetzes gleich auch noch die Berufsausübung der Anwälte landesweit geregelt wird.

<sup>80</sup> Vgl. in diesem Sinne BOTSCHAFT BGFA, S. 6039 f. und S. 6053 f. – Zu Art. 12 lit. b und c BGFA im besonderen vgl. unten S. 195 FN 902 und FN 903.

<sup>81</sup> Im Rechtsalltag werden als Synonyme auch die Termini „Standesregeln“ oder „Standesordnung“ verwendet.

<sup>82</sup> Vgl. WEGMANN, Berufspflichten, S. 63 f.; WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 29 f. und S. 117 ff.; HENGgeler, Disziplinarrecht, S. 34 f.; OTT, Ärztliches Berufsrecht, S. 258; FREY, Freiberufliche Praxis, S. 16; HANNA, Standesrecht, S. 9 ff.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 46; ausführlich TAUPITZ, Standesordnungen, S. 475 ff. und S. 1141 ff. – Vgl. insbesondere auch Art. 1 Abs. 5 der Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Ver-

Die Gegebenheit, dass das Ständerecht den herrschenden Sitten und Anschauungen entspricht, die *communis opinio* der Berufsgruppen bildet und damit das jeweilige Berufsethos verkörpert, wird als Indiz – nicht aber als Beweis – dafür angesehen, dass diese Normen der *allgemeinen Rechtsüberzeugung* entsprechen; diese Normen geben dem allgemein Wünschbaren Ausdruck und enthalten berufsethische Maximen. Die Berufs- und Ständepflichten vermögen insofern auch auf das Mandatsrecht zu reflektieren, indem diese Normen als *Auslegungshilfe* zur Beantwortung der Frage beigezogen werden, ob eine Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht vorliegt oder nicht<sup>83</sup>.

## B. Andere Vertragsverhältnisse

Die Treuepflicht als positivrechtlicher Ausfluss des Vertrauensverhältnisses ist nicht ein ausschliessliches Wesensmerkmal des Auftragsrechts. Vielmehr tritt sie auch im Zusammenhang mit anderen Vertragsverhältnissen in Erscheinung, wenngleich nicht derart ausgeprägt wie beim Mandatsverhältnis.

Derartige Vertrauensbeziehungen finden sich in der Regel bei „länger dauernden Schuldverhältnissen“<sup>84</sup> resp. „vor allem überall dort, wo Gläubiger und Schuldner in ein Dauerschuldverhältnis treten und ihre gegenseitigen Pflichten nicht auf einen einmaligen Leistungsaustausch beschränken“<sup>85</sup>. So können im Rechtsalltag durchaus Werkverträge auftreten, welche auf einem starken Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien beruhen. Gleichermassen erreichen Gesellschafts- oder Arbeitsverträge einen so *erheblichen Intensitätsgrad*, dass von einem Vertrauensverhältnis zwischen den Kontrahenten gesprochen werden kann<sup>86</sup>.

Vertrauensverhältnisse können aber beispielsweise auch beim *Hinterlegungsvertrag* (einschliesslich *depositum irregulare*) vorliegen, bei welchem der Deponent dem Depositar eine bewegliche Sache anvertraut, damit Letzterer sie – im Interesse des Deponenten – an einem sicheren Ort aufbewahrt (vgl. Art. 472 Abs. 1 und Art. 481 OR). Zu denken ist aber auch an die *Treuhand* (*fiduziarisches Rechtsgeschäft*), für welche charakteristisch ist, dass die Vertragsparteien eine Verfügungsart wählen, die in ihren Rechtswirkungen über den von ihnen beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg hinausgeht,

---

mögensverwaltung, wo betont wird, dass in den Ständeregeln geltende Regeln einer den guten Sitten entsprechenden Geschäftsführung verbindlich festgelegt sind.

<sup>83</sup> Vgl. WEGMANN, S. 63; TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 49 f.; DUBACH, Disziplinarrecht, S. 129a f.; WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 128; OTT, Ärztliches Berufsrecht, S. 243; ZUFFEREY-WERRO, Bonnes moeurs, N 952 ff.; BRÜHWILER-FRÉSEY, Behandlungsvertrag, S. 12; BOTSCHAFT BGFA, S. 6054; BK-FELLMANN, Art. 398 N 178, betont, dass ein Verstoss gegen diese Regeln in vielen Fällen gleichzeitig eine Treuepflichtverletzung darstellt. – Zu den berufsethischen Maximen vgl. auch unten S. 114 f.

<sup>84</sup> LARENZ, Schuldrecht AT, S. 7.

<sup>85</sup> BK-FELLMANN, Art. 398 N 31.

<sup>86</sup> Vgl. LARENZ, Schuldrecht AT, S. 7. – Dies manifestiert sich etwa auch darin, dass der Gesetzgeber die Treuepflicht – neben dem Auftragsrecht – auch im Arbeitsrecht (Art. 321a Abs. 1 OR) und im Gesellschaftsrecht (Art. 536 OR für die einfache Gesellschaft; Art. 866 OR für die Genossenschaft) positivrechtlich normiert hat. – Zum Vertrauensverhältnis bei einem Werkvertrag vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 22; vgl. diesbezüglich auch BGE 115 II 50, 55: „Le fait que le contrat portant sur la création d'une oeuvre artistique suppose une relation de confiance particulière, fondée sur les qualités réelles ou supposées de l'artiste, est tout à fait compatible avec la nature du contrat d'entreprise“.

in dem sie dem Berechtigten eine bessere oder einfachere Rechtsstellung (sog. überschüssende Rechtsmacht) einräumt. Dieser Rechtsstellung liegt indes eine vertragliche Abrede zu Grunde, welche besagt, dass der Fiduziar von seiner vorteilhaften Position nicht zum Schaden des Fiduzianten Gebrauch machen soll<sup>87</sup>. Ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht nicht zuletzt auch beim angelsächsischen *trust*, bei welchem der Gründer des trust (settlor of trust) bestimmte Vermögenswerte auf einen oder mehrere trustees (Treuehmer) überträgt, verbunden mit der Abrede, dass sie zu Gunsten einer oder mehrerer Personen (beneficiaries) verwaltet werden sollen. Der trustee wird alleiniger Eigentümer, ist jedoch in der Weise gebunden, dass bestimmte Bestandteile des Eigentumsrechts dem Begünstigten zustehen (equitable ownership). Die einschlägige Doktrin hat festgestellt, dass die Pflichten des trustee „auf dessen aussergewöhnlicher Vertrauensposition und hohen Eigenverantwortung“<sup>88</sup> gründen.

Denkbar ist m.E. auch, dass ein Vertrauensverhältnis bei einem blossen Miet- oder Leihvertrag auftreten kann, so etwa, wenn eine ältere Dame ihrer angehenden Schwiegertochter kostbaren Familienschmuck für einen Ball ausleiht. In diesem Falle besteht auch ein Vertrauensverhältnis, obwohl kein Dauerschuldverhältnis vorliegt.

### III. Strafrechtliche Anknüpfung

#### A. Allgemeines

Begriffslogisch besteht ein enger Zusammenhang zwischen „Vertrauen“ und „Geheimnis“. Denn „geheim“ ist, was zum Heim gehört, was sich also im Hause abspielt, wo man „heimisch“ und insoweit auch „vertraut“ ist. Die Interpretation von „geheim“ als „vertraut“ erklärt, weshalb „Geheimnis“ auch „Vertrauen“ bedeutet; ein Geheimnis wird anvertraut<sup>89</sup>.

Ausgangspunkt der strafrechtlichen Anknüpfung ist denn auch die Feststellung, dass gewisse berufliche Vertrauensverhältnisse strafrechtlichen Schutz geniessen; dieser wird durch die Pönalisierung der *Verletzung des Berufsgeheimnisses* (Art. 321 StGB) gewährleistet. Nach dieser Norm werden Personen, welche einen bestimmten Beruf ausüben, bestraft, wenn sie ein Geheimnis preisgeben, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. Die statuierte Geheimhaltungspflicht bildet nach Auffassung des Bundesgerichts denn auch die Grundlage des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien<sup>90</sup>.

Zum Kreis von Personen, auf welche Art. 321 StGB anwendbar ist, zählen „Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen“. Der Gesetzgeber wählte diejenigen Berufe aus, „die [...] mit der Aura der

---

<sup>87</sup> Vgl. einlässlich zum fiduziarischen Rechtsgeschäft BK-KRAMER, Art. 18 N 128 ff.; zum Vertrauensmoment im Treuhandvertrag vgl. beispielsweise BGE 68 I 118, 120; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 31 ff.

<sup>88</sup> MOOSMANN, Angelsächsischer Trust, S. 136; vgl. auch SOLARSKY, Englischer Trust, S. 2 und S. 99.

<sup>89</sup> Vgl. die eingehende etymologische Herleitung bei SCHLUEP, Anwaltsgeheimnis, S. 7 ff.

<sup>90</sup> Vgl. etwa BGE 97 I 831, 838; in diesem Sinne auch RUCKSTUHL, Art. 321<sup>bis</sup> StGB, S. 75.

Weisheit umgeben sind und zu denen die Bevölkerung in ausserordentlich hohem Mass Vertrauen hat, ihnen Respekt entgegenbringt, die in einem gewissen Sinne in unserer Gesellschaft die Rolle der Medizinmänner und Druiden einnehmen<sup>91</sup>. Die Aufzählung der in Betracht fallenden Berufe ist abschliessend, weist aber nach Ansicht der herrschenden Lehre beachtliche Lücken auf<sup>92</sup>.

## B. Zweckrichtungen des Berufsgeheimnisschutzes

Mit dem Schutz des Berufsgeheimnisses werden verschiedene Zweckrichtungen verfolgt. Zum einen geht es um den Schutz von öffentlichen Interessen; zum anderen werden auch Geheimhaltungsinteressen des Einzelnen sowie Interessen der Berufsträger selbst geschützt<sup>93</sup>.

*Öffentliche Interessen* sind betroffen, weil die richtige und einwandfreie Ausübung dieser Tätigkeiten im Interesse des Publikums erfolgt. Dem Arztgeheimnis liegen beispielsweise öffentliche Interessen zu Grunde, da „das Funktionieren des Gesundheitswesens massgeblich vom Vertrauen der Allgemeinheit in die Medizin“<sup>94</sup> abhängt und für das Staatswohl die Wohlfahrt aller Einzelnen grundlegend ist. Der Staat hat somit erhebliche Interessen an einer gesunden und ausreichend medizinisch versorgten Bevölkerung. Hinter dem Beruf eines Anwalts stehen die Interessen des Staates an der richtigen Wahrnehmung und Durchsetzung des Rechts, ist es doch ein Grundanliegen eines jeden Rechtsstaates, die Herrschaft des Rechts und damit verbunden die Freiheit der Bürger sicherzustellen. Die richtige und einwandfreie Ausübung der in Art. 321 StGB aufgeführten Berufe ist aber nur dann möglich, wenn die Klientel auf Grund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum jeweiligen Inhaber des Berufes hat<sup>95</sup>. Das Vertrauensverhältnis stellt demnach eine *conditio sine qua non* für die korrekte und einwandfreie Ausübung eines Berufes dar, welcher im öffentlichen Interesse verrichtet wird<sup>96</sup>. Die strafrechtliche Sanktionierung der Verletzung des Berufsgeheimnisses verfolgt somit das Ziel, das unverzichtbare Vertrauensverhältnis zwischen Klienten und im Interesse der Allgemeinheit tätigen Berufspersonen zu ermöglichen<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> So illustrativ das Bezirksgericht Affoltern/ZH in einem Entscheid vom 14. März 1989, in: SJZ 1989, S. 252.

<sup>92</sup> Vgl. STRATENWERTH, BT II, § 59 N 17; TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 321 N 15 f., der betont, dass diese Lücken durch Art. 35 DSG halbwegs gefüllt werden; durch Art. 321 StGB werden beispielsweise Psychotherapeuten (soweit sie nicht Ärzte sind), Psychologen, Sozialarbeiter, Laienseelsorger, Physiotherapeuten, Kosmetiker und Tierärzte nicht erfasst; BGE 95 I 439, 448.

<sup>93</sup> Vgl. BGE 117 Ia 341, 348.

<sup>94</sup> FILLI, Auskunftserteilung, S. 57 f.

<sup>95</sup> Vgl. etwa BGE 115 Ia 197, 199; 112 Ib 606, 606 f.; 87 IV 105, 108; TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 321 N 1; STRATENWERTH, BT II, § 59 N 15; KELLER, Berufsgeheimnis, S. 59 ff.; FILLI, Auskunftserteilung, S. 57 f.

<sup>96</sup> Vgl. so in Bezug auf den Arztberuf KELLER, Berufsgeheimnis, S. 60 FN 153 m.w.H.; SCHLUEP, Anwaltsgeheimnis, S. 16.

<sup>97</sup> Vgl. KELLER, Berufsgeheimnis, S. 61; KULL, Haftung des Anwalts, S. 80; in diese Richtung auch REHBERG, Handbuch, S. 340.



Die *individuellen Interessen* am Schutz des Berufsgeheimnis beziehen sich auf den Schutz der Geheimsphäre des Einzelnen. Dies erhellt aus der Tatsache, dass das Individuum – will es seine Bedürfnisse befriedigt haben – faktisch keine andere Wahl hat, als den Inhabern der genannten Berufe Geheimnisse umfänglich zu offenbaren. Das für eine optimale Bedürfnisbefriedigung unverzichtbare Vertrauensverhältnis lässt sich allerdings nur realisieren, wenn der Geheimnisherr darauf vertrauen kann, dass die grundsätzlich unangenehmen oder gar peinlichen Informationen vom Geheimnisträger nicht an Dritte weitergegeben werden. Kraft der gesetzlich statuierten Schweigepflicht des Geheimnisträgers wird dem Geheimnisherrn die unerlässliche Preisgabe der vertraulichen und oft höchstpersönlichen Daten erleichtert<sup>98</sup>.

Schliesslich stellen auch die *Interessen der Berufsträger* eine Zweckrichtung dar, welche durch den Schutz des Berufsgeheimnisses gedeckt werden. Aus Gründen der Berufsethik und auch der Standesinteressen ist für die Berufsträger von vitaler Bedeutung, dass ihre Klienten sich ihnen vollumfänglich anvertrauen und damit ihnen gegenüber auch Geheimnisse offenbaren. Eine Berufsperson ist daran interessiert, ihr entgegengebrachtes Vertrauen zu honorieren, ihre Tätigkeit fachgerecht („lege artis“) auszuüben und bestimmte Tatsachen auch gegenüber Dritten geheimhalten zu dürfen<sup>99</sup>. Die Entgegennahme von Geheimnissen stellt in diesem Sinne eine „Vorbereitungshandlung für die richtige Erbringung der Dienstleistung“<sup>100</sup> dar. Nur bei Bestehen eines vorbehaltlosen Vertrauensverhältnisses zwischen Geheimnisherrn und -träger können die Berufspersonen ihren Beruf überhaupt ausüben und die gefragten Dienste so leisten, dass den Bedürfnissen der Klienten vollumfänglich Rechnung getragen wird – ein selbstverständliches Ziel eines jeden loyalen und redlichen Berufsträgers. Ansonsten schwindet das Vertrauen des Einzelnen und der Allgemeinheit in die Integrität dieser Berufsgruppe, womit die Berufsträger ihrer Reputation und ihres Ansehens verlustig gehen, was letztlich zu einer existentiellen Bedrohung der Berufsträger führen könnte. Am Schutz des Berufsgeheimnisses – und damit auch am Schutz des zur Ausübung dieser Berufe notwendigen Vertrauensverhältnisses – bestehen somit erhebliche Eigeninteressen der Berufsträger.

Die Konzeption des Art. 321 StGB – die Verletzung des Berufsgeheimnisses wird nur auf Antrag verfolgt – legt den Schluss nahe, dass mit dieser Norm vorrangig die individuellen Geheimhaltungsinteressen geschützt werden<sup>101</sup>. Ein gewichtiger Teil der Doktrin hat sich indes einer sog. kumulativen Theorie angeschlossen, welche *Individual- und Allgemeininteressen* als gleichrangige und gleichwertige Schutzgüter anerkennt<sup>102</sup>. Da nicht von der Hand gewiesen werden kann, dass mit dem Geheimnisschutz

---

<sup>98</sup> Vgl. KELLER, Berufsgeheimnis, S. 61 f.; TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 321 N 1; FILLI, Auskunftserteilung, S. 57; RUCKSTUHL, Art. 321<sup>bis</sup> StGB, S. 75; KULL, Haftung des Anwalts, S. 80.

<sup>99</sup> Ebenso KELLER, Berufsgeheimnis, S. 62; REHBERG, Handbuch, S. 340; vgl. diesbezüglich auch TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 321 N 1; SCHLUEP, Anwaltsgeheimnis, S. 15.

<sup>100</sup> SCHLUEP, Anwaltsgeheimnis, S. 34.

<sup>101</sup> In diesem Sinne TRECHSEL, Kurzkomentar, Art. 321 N 1; RUCKSTUHL, Art. 321<sup>bis</sup> StGB, S. 39 ff.

<sup>102</sup> Vgl. namentlich KELLER, Berufsgeheimnis, S. 64; STRATENWERTH, BT II, § 59 N 15, wonach im öffentlichen Interesse liegt, dass und in welcher Weise die Geheimhaltungsinteressen der Einzelnen geschützt werden.

– wenn auch nur indirekt<sup>103</sup> – stets auch öffentliche Interessen verfolgt werden, erscheint der Schluss, dass Art. 321 StGB vorrangig die individuellen Geheimhaltungsinteressen schützt, als übereilt; die kumulative Theorie verdient somit Unterstützung.

Ein Wesensmerkmal der aufgezählten Berufe und gleichzeitig faktische Voraussetzung dafür, dass diese auch *lege artis* ausgeübt werden können, ist die Kenntnis der Berufsträger von sensiblen, persönlichen oder geschäftlichen Daten ihrer Klienten, welche nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind. Diese Kenntnis erhalten die Berufsträger aber nur, wenn zwischen ihnen und ihren Klienten ein Vertrauensverhältnis besteht. So muss etwa bei der Beziehung zwischen Anwalt und Klient vorausgesetzt werden dürfen, dass der Klient voll auf die Verschwiegenheit des Anwalts vertrauen kann. „Wenn der Klient sich ihm nicht rückhaltlos anvertraut und ihm nicht Einblick in alle erheblichen Verhältnisse gewährt, so ist es für den Anwalt schwer, ja unmöglich, den Klienten richtig zu beraten und ihn im Prozess wirksam zu vertreten“<sup>104</sup>; entsprechendes gilt auch für den Mediziner<sup>105</sup>. Unabhängig davon, welche Interessen mit Art. 321 StGB primär geschützt werden – aus den einzelnen Schutzzwecken erhellt, dass letztlich immer der *Schutz des Vertrauensverhältnisses*, welches mit der Ausübung der aufgezählten Berufen untrennbar verbunden ist, den gemeinsamen Nenner aller genannten Interessen darstellt<sup>106</sup>.

### C. Geheimnis und Berufstätigkeit

Das Berufsgeheimnis und die diesbezügliche Schweigepflicht bestehen nach Massgabe des Wortlauts von Art. 321 StGB nur in Bezug auf ein Geheimnis, welches den genannten Vertrauenspersonen „infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben“.

Art. 321 StGB beschränkt damit die geschützten Geheimnisse in sachlicher Hinsicht auf die *Berufsgeheimnisse*. Für den Anwendungsbereich von Art. 321 StGB ist essentiell, dass die geheimzuhaltenden Tatsachen dem Schweigepflichtigen in seiner *Eigenschaft* als Träger eines jener Berufe bekanntgeworden sind. Erforderlich ist damit ein Kausalzusammenhang zwischen der Berufstätigkeit und der Übertragung des Geheimnisses. Geheimnis im Sinne des Art. 321 StGB ist somit alles, was der Klient dem Berufsträger zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Inhaber des genannten Berufes in Ausübung seines Berufes wahrnimmt<sup>107</sup>.

Was hingegen dem Schweigepflichtigen als Privatperson mitgeteilt wird, fällt nicht unter das Berufsgeheimnis, es sei denn, es werde ihm erkennbar deshalb offenbart, weil er Schweigepflichtiger ist. Da dem Berufsträger regelmässig auch eheliche, berufliche oder andere persönliche Schwierigkeiten offengelegt werden, ist zum Beispiel bei einem Arzt der Inhalt der geheimzuhaltenden Tatsachen nicht streng auf das Medizinische beschränkt. Solche Tatsachen bilden Gegenstand des Geheimnisses und sind somit

---

<sup>103</sup> So REHBERG, Strafrecht IV, S. 428.

<sup>104</sup> BGE 112 Ib 606, 606 f.

<sup>105</sup> Vgl. dazu etwa OTT, Ärztliches Berufsrecht, S. 257.

<sup>106</sup> So auch VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Berufspflichten, S. 93.

<sup>107</sup> Vgl. BGE 75 IV 71, 73 f.; STRATENWERTH, BT II, § 59 N 18; KELLER, Berufsgeheimnis, S. 66 f.; VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Berufspflichten, S. 103.

ebenfalls geheimzuhalten. Hat aber der Berufsträger vertrauliche Tatsachen im Zusammenhang mit einer privaten, politischen, sozialen oder einer andern, nicht berufsspezifischen Tätigkeit erfahren, unterliegen diese nicht dem Berufsgeheimnis<sup>108</sup>.

Die Abgrenzung, ob jemand als Träger eines der genannten Berufe oder als Privatperson fungiert, kann äusserst schwierig sein; dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Tätigkeit über die eigentliche Berufstätigkeit hinaus auf andere, nicht berufsspezifische Bereiche erstreckt. Ist etwa ein Anwalt zugleich Verwaltungsrat seiner Klientin, so muss zwischen der (berufsspezifisch) anwaltlichen und der geschäftlichen Tätigkeit unterschieden werden. Überwiegt das unternehmerische Element in der Tätigkeit des Anwalts derart, dass sie nicht mehr als eine anwaltliche betrachtet werden kann, so erstreckt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Berufsgeheimnis darauf nicht mehr umfassend. Anwälte dürfen somit keine Tatsachen offenbaren, die ihnen – auch gesellschaftsintern – ausschliesslich in ihrer Eigenschaft als Anwalt mitgeteilt worden sind. Was sie jedoch unabhängig von ihrer anwaltlichen Tätigkeit als Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft erfahren haben, untersteht nicht dem Anwaltsgeheimnis<sup>109</sup>.

Die Entscheidung darüber, welche Tatsachen vom Berufsgeheimnis umfasst werden, kann somit nicht schematisch, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles getroffen werden. Nach der Praxis ist etwa in Bezug auf einen Anwalt, der ein Verwaltungsratsmandat bekleidet, jeweils zu prüfen, ob die Tätigkeit des Anwalts im Zeitpunkt, in dem ihm die strittigen Tatsachen anvertraut wurden, tatsächlich eine anwaltliche war oder ob bei ihr das unternehmerische Element überwog<sup>110</sup>.

Eine einmal entstandene Schweigepflicht besteht grundsätzlich auch nach der Aufhebung der vertraglichen Beziehungen zwischen Berufsperson und Klient weiter. Dabei ist bedeutungslos, ob diese Beziehungen infolge Erfüllung, Kündigung oder Widerruf des Mandats, Tod des Mandanten oder andern Umständen enden<sup>111</sup>. Keine Schweigepflicht über den Tod des Geheimnisherrn hinaus besteht, wenn der Berufsträger vom Klienten zu dessen Lebzeiten von der Schweigepflicht entbunden wurde<sup>112</sup> sowie m.E. auch dann, wenn eine Entbindung auf den Tod des Klienten hin in einer Verfügung von Todes wegen geregelt wurde.

#### **IV. Folgerungen**

Nachstehend wird versucht, die gewonnenen Erkenntnisse zu verknüpfen und in einen erbrechtlich relevanten Kontext zu setzen. Damit sollen positive und negative Ansatzpunkte geschaffen werden, die erkennen lassen, unter welchen Umständen eine erbrechtliche Berücksichtigung einer Person, zu der kraft ihres Berufes ein Vertrauensver-

---

<sup>108</sup> Vgl. BGE 101 Ia 10, 11; 112 Ib 606, 608.

<sup>109</sup> Vgl. BGE 115 Ia 197, 199 f.; STRATENWERTH, BT II, § 59 N 18; BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis, S. 12 und S. 14; KULL, Haftung des Anwalts, S. 81.

<sup>110</sup> Vgl. beispielsweise BGE 112 Ib 606, 608; 114 III 105, 107 f.

<sup>111</sup> Vgl. STRATENWERTH, BT II, § 59 N 18; KELLER, Berufsgeheimnis, S. 79 f.; BGE 112 Ib 606, 607; 87 IV 105, 107.

<sup>112</sup> Vgl. dazu KELLER, Berufsgeheimnis, S. 80.

hältnis besteht, problematisch sein kann. Die obigen privat- und strafrechtlichen Ausführungen haben erkennen lassen, dass Vertrauensverhältnisse einerseits eine wesentliche Grundlage verschiedener – auch nicht beruflicher – Vertragsbeziehungen sind (privatrechtlicher Ansatz); andererseits liegen Vertrauensverhältnisse auch bei Beziehungen zwischen gewissen Berufsträgern und Privaten vor (strafrechtlicher Ansatz).

Aus der *privatrechtlichen Anknüpfung*<sup>113</sup> erhellt, dass das Vorliegen einer Vertrauensbeziehung mit den daraus resultierenden besonderen Pflichten gegenüber dem Kontrahenten einerseits für das Auftragsrecht charakteristisch, andererseits aber nicht auf dieses allein beschränkt ist. Je nach konkreter Ausgestaltung der einzelnen vertraglichen Beziehungen kann eine Vertrauensbeziehung auch bei anderen Vertragsverhältnissen bestehen. Die rechtliche Qualifikation einer Rechtsbeziehung ist somit nicht entscheidend, stellt wohl aber immerhin ein Indiz dar für die Beurteilung der Frage, ob zwischen Vertragspartnern ein Vertrauensverhältnis besteht. Von zentraler Bedeutung sind die Erkenntnisse, dass einerseits das Vertrauensverhältnis sowie die daraus resultierenden Treuepflichten in concreto – unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Vertragsbeziehung – desto stärker und umfangreicher sind, je tiefer ein Kontrahent in die Verhältnisse des anderen einblickt und dass andererseits die Bestimmungen betreffend Vertrauensverhältnisse und Treuepflichten im Privatrecht hauptsächlich dem *Schutz der privaten Interessen* der Kontrahenten dienen.

Um das Vertrauensverhältnis nicht zu gefährden, sind *Interessenkollisionen grundsätzlich zu vermeiden*. Daraus erhellt, dass Inschlaggeschäfte im Allgemeinen unzulässig sind und eine Verletzung der Treuepflicht darstellen. Unproblematisch sind sie nur dort, wo eine besondere Bevollmächtigung vorliegt oder auf Grund der Natur des Rechtsgeschäftes die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen werden kann<sup>114</sup>.

Bei gewissen Berufen, bei denen ein intensives Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht, wird dieses ausserdem durch *Berufsrecht* (öffentlich-rechtliche Normen) und *Standesrecht* (privatautonomes Verbandsrecht) geschützt. Diese Normen entsprechen den herrschenden Sitten und Anschauungen und bilden die *communis opinio* der Berufsgruppen. Sie verkörpern das Berufsethos der jeweiligen Tätigkeitsbereiche und kongruieren mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung. Eine wesentliche Schutzrichtung des Berufs- und Standesrechts besteht im *Schutz der Eigeninteressen* der jeweiligen Berufsgruppen<sup>115</sup>.

Aus der *strafrechtlichen Anknüpfung*<sup>116</sup> geht hervor, dass der Gesetzgeber gewisse *berufliche* Vertrauensverhältnisse als besonders sensibel und schützenswert betrachtet, weshalb deren Verletzung ausserordentlich scharfe Sanktionen auf strafrechtlicher Ebene nach sich zieht, wird doch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht mit Gefängnis oder Busse bestraft. Dieser Umstand lässt den Schluss zu, dass es sich bei den aufgezählten Berufen um solche handelt, mit denen besondere Einsichten in die

---

<sup>113</sup> Vgl. dazu oben S. 12 ff.

<sup>114</sup> Vgl. dazu oben S. 14 ff.

<sup>115</sup> Vgl. dazu oben S. 16 ff.

<sup>116</sup> Vgl. dazu oben S. 19 ff.

persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse und Belange der Klienten verbunden sind und an deren getreuer Ausübung erhebliche öffentliche und individuelle Interessen geknüpft sind. Die strafrechtliche Pönalisierung der Verletzung des Berufsgeheimnisses verfolgt letztlich den Zweck, das für die Ausübung der aufgezählten Berufe unerlässliche Vertrauensverhältnis zu gewährleisten. Die Inhaber der genannten Berufe sind deshalb ganz besonders gehalten, Situationen zu vermeiden, die geeignet sind, das Vertrauensverhältnis und damit auch öffentliche oder individuelle Interessen zu beeinträchtigen. Die Sanktionen, welche bei Verletzung des Berufsgeheimnisses Platz greifen, dienen folglich nicht nur dem Schutz individueller Interessen, sondern auch dem *Schutz der öffentlichen Interessen* der Allgemeinheit.

Die im Strafrecht herrschende Lehre ist der Ansicht, dass der Katalog der möglichen Täter in Art. 321 StGB beachtliche Lücken aufweist; so ist ihrer Auffassung zufolge nicht einsehbar, wieso etwa Psycho- und Physiotherapeuten, Kosmetiker, Psychologen, Sozialarbeiter und Laienseelsorger nicht erfasst werden<sup>117</sup>.

Darüber hinaus sind m.E. einige weitere Berufe denkbar, mit deren Ausübung für den Berufsträger unweigerlich tiefe Einblicke in persönliche (namentlich gesundheitliche und familiäre) oder wirtschaftliche Belange verbunden sind und deshalb zwischen den Kontrahenten ein hohes Mass an Vertrauen voraussetzen. Zu denken ist gegebenenfalls an Personen, die sich von Berufs wegen um die Betreuung von alten oder handicapierten Menschen kümmern, wie etwa Mitarbeiter von Spitex-Diensten oder Haushalthilfen in der Heimpflege oder Heimleiter und das entsprechende Pflegepersonal von Alters- oder Behindertenpflegeheimen. Eine besondere Vertrauensstellung kann etwa auch einem Banquier, Treuhänder, Finanzberater oder Vermögensverwalter zukommen, da auch bei diesen Berufen die Kultur der Vertraulichkeit einen hohen Stellenwert einnimmt und diese oftmals auch über die blossen geschäftlichen Angelegenheiten hinausgeht<sup>118</sup>.

Die Problematik, dass Personen, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zu ihren Klienten stehen, von diesen als (Allein-) Erben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden, manifestiert sich allerdings nicht für alle bisher genannten Berufsträger im gleichem Masse. Soweit ersichtlich, erscheinen diesbezüglich in der Praxis als unbedeutend beispielsweise Zahnärzte, Tierärzte, Ingenieure, Architekten, Revisoren, Journalisten, Unternehmensberater, Apotheker, Hebammen und Kosmetiker. Demgegenüber sind zu den Berufsträgern, bei denen erbrechtliche Begünstigungen durchaus naheliegen, etwa Ärzte, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Psychologen, Anwälte, Notare, Vormünder, Beistände und Beiräte, Geistliche und Laienseelsorger, Sozialarbeiter, Mitarbeiter von Spitex-Diensten und Haushalthilfen in der Heimpflege, Heimleiter und das entsprechende Pflegepersonal von Alters- oder Behindertenpflegeheimen, Banquiers, Treuhänder, Finanzberater oder Vermögensverwalter zu zählen.

Diesen zuletzt genannten Berufsträgern ist gemein, dass sie in Ausübung ihres Berufes notwendigerweise in einem Vertrauensverhältnis zu ihrem Gegenüber stehen und aus diesem Grunde bei ihnen erbrechtliche Begünstigungen durchaus naheliegen und in der

---

<sup>117</sup> Vgl. dazu oben S. 20.

<sup>118</sup> Zur Gleichstellung von Banquiers mit Anwälten und Ärzten in Bezug auf die anvertrauten Geheimnisse vgl. GAGNEBIN, *Private Banking*, S. B 9.

Praxis denn auch tatsächlich vorkommen<sup>119</sup>. Diesfalls muss die Frage gestellt werden, ob es sich um einen selbstbestimmten Akt des Erblassers handelt oder ob der Berufsträger den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenutzt hat. Diese Berufsträger – also insbesondere Ärzte, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Psychologen, Anwälte, Notare, Vormünder, Beistände und Beiräte, Geistliche und Laienseelsorger, Sozialarbeiter, Mitarbeiter von Spitex-Diensten und Haushalthilfen in der Heimpflege, Heimleiter und das entsprechende Pflegepersonal von Alters- oder Behindertenpflegeheimen, Banquiers, Treuhänder, Finanzberater und Vermögensverwalter – sind m.E. als (*erbrechtlich relevante*) *Vertrauenspersonen* zu bezeichnen.

Generell-abstrakt könnten (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen etwa wie folgt umschrieben werden:

Vertrauenspersonen sind natürliche Personen, welche im Rahmen eines spezifischen Vertrauensverhältnisses von Berufs wegen für eine andere natürliche Person tätig werden und dabei deren Interessen wahrnehmen. Das für die Ausübung der Tätigkeit unabdingbare Vertrauensverhältnis basiert auf privaten und öffentlichen Interessen sowie auf Eigeninteressen der Berufsträger.

Bei diesen (erbrechtlich relevanten) Vertrauenspersonen kann fallweise ein derart intensives – und über das eigentliche „Kerngeschäft“ weit hinausgehendes – Vertrauensverhältnis vorliegen, dass sich der Erblasser einseitig und in einem für Alltagsbeziehungen unüblichen Masse dem Berufsträger mit seinen Problemen, Sorgen und Schwächen offenbart und für die geleisteten Dienste übermässige Dankbarkeit entgegenbringt. Namentlich bei betagten, alleinstehenden (verwitweten) und sozial isolierten Erblassern kann zum Berufsträger ein erhebliches Machtgefälle vorliegen, sodass beim Erblasser die üblichen Selbstschutzmechanismen ausser Kraft gesetzt werden und damit ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht, welches nicht nur emotionaler Natur sein muss<sup>120</sup>.

Dieser Kontroll- und Autonomieverlust hat zur Folge, dass sich der Erblasser dem Berufsträger in einem gewissen Mass ausliefert.

---

<sup>119</sup> Vgl. beispielsweise BGE 124 III 5 ff. (betr. dem Beistand Reto R.); BREITSCHMID, Formprobleme, S. 54 FN 73 (betr. einem Rechtsanwalt und einer Pflegeheimleiterin) und S. 58 FN 84 (betr. einem Leiterehepaar eines Altersheims); BREITSCHMID, Aufsicht, S. 177 FN 95 (betr. einem anwaltlichen Urkundsnotar); NZZ vom 6. Juli 2000 (Nr. 155), S. 47, sowie NZZ vom 11. Januar 2001 (Nr. 8), S. 40 (betr. einem Zürcher Finanzberater, der sich Anfang der neunziger Jahre von einer im Jahre 1899 geborenen, alleinstehenden Klientin ein Millionenvermögen vermachen liess); NZZ vom 15. Januar 2000 (Nr. 12), S. 97 (betr. dem Zürcher Arzt Dr. K.); NZZ vom 1. Februar 2000 (Nr. 26), S. 61 (betr. dem Zürcher Arzt Dr. K.); NZZ vom 2. Februar 2000 (Nr. 27), S. 56 und NZZ vom 6./7. Januar 2001 (Nr. 4), S. 56 (betr. dem englischen Arzt Dr. Harold Shipman); NZZ vom 7. März 2000 (Nr. 56), S. 48 (betr. dem Zürcher Arzt Dr. K.); NZZ vom 25. Oktober 2001 (Nr. 248), S. 64, sowie NZZ vom 25. Januar 2002 (Nr. 20), S. 56 (betr. dem Zürcher Anwalt Dr. W. St.).

<sup>120</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere die Bedenken von BREITSCHMID, Begünstigung, S. 52 f. FN 13; BREITSCHMID, Aufsicht, S. 177 FN 95; BREITSCHMID, Entwicklungen I, S. 95 FN 8; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221; vgl. auch STEIN, Testierfreiheit, S. 77, der herausstreicht, dass insbesondere bei alten, oft kranken und pflegebedürftigen Personen die Ausnutzung ihrer Lage besonders zu befürchten ist. – Zum Macht- resp. Wissensgefälle zwischen Freiberufler und Auftraggeber vgl. eingehend TAUPITZ, Standesordnungen, S. 54 ff.

Wird nun eine Person, die auf Grund ihres Berufes in einer Vertrauensbeziehung zu ihrem Klienten steht, in einer Verfügung von Todes wegen als Erbin oder Vermächtnisnehmerin begünstigt, so führt dies zu einer auf Seiten der Vertrauensperson unweigerlich zu einer *verpönten Interessenskollision*, welche ja auch bei der eigentlichen Kerntätigkeit vermieden werden muss. Die Berufsträger sind auf Grund des Vertrauensverhältnisses und der daraus resultierenden Treuepflicht gehalten, die fremden Interessen zu den eigenen zu machen und ihre eigenen Interessen unterzuordnen. Durch die erbrechtliche Begünstigung einer beruflichen Vertrauensperson und die darauf folgende Annahme dieser Zuwendungen werden eigene Interessen der Berufsperson geweckt, welche von ihr unweigerlich verfolgt und wahrgenommen werden. Damit besteht eine durchaus vergleichbare Konstellation, wie sie bei einem In-sich-Geschäft zu Tage tritt und unter auftragsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich unzulässig ist. Zum anderen resultiert aus der Tatsache, dass die Beerbung von Klienten durch ihre Vertrauenspersonen unter gewissen Umständen als eine Folge der Ausnutzung oder des Missbrauchs der Vertrauensstellung durch den Berufsträger erscheinen mag, eine *Erschütterung des Vertrauens*, welches gerade diesen Berufen in ausserordentlich hohem Masse entgegengebracht wird. Eine erbrechtliche Begünstigung von Berufspersonen und eine Annahme dieser Begünstigung steht damit diametral dem Bedürfnis der Allgemeinheit entgegen, Vertrauensverhältnisse zu Berufspersonen von sachfremden Einflüssen freizuhalten. Überdies widerspricht eine solche erbrechtliche Begünstigung den Interessen der Berufsträger selbst: Einerseits können sie ihre Tätigkeit nur dann *lege artis* ausüben, wenn sich ihre Klienten ihnen vollumfänglich anvertrauen; andererseits – und als Folge davon – ist mit dem Vertrauen in den Berufsstand zumeist auch persönliche und berufliche Integrität, soziales Prestige, gesellschaftliches Ansehen und Reputation verbunden.

Die geschilderte Problematik stellt sich allerdings nur, wenn die erbrechtliche Begünstigung einer Person zugute kommt, welche gegenüber dem Erblasser – zumindest ursprünglich – in ihrer *Eigenschaft als Berufsperson* aufgetreten ist und aus dieser Rechtsbeziehung heraus erbrechtlich bedacht wurde. So ist die Rolle des Sohnes (bzw. Neffen), der von der Mutter (bzw. Tante) in einer letztwilligen Verfügung als Erbe eingesetzt wird und für sie auch in seiner beruflichen Funktion als Anwalt oder Arzt tätig war, nicht als berufliche Vertrauensperson, sondern als Nachkomme zu interpretieren. In diesem Falle erfolgt die erbrechtliche Zuwendung nicht kraft beruflicher Tätigkeit, sondern kraft familiärem Band.

Da im Gegensatz zu familiären Beziehungen eine exakte Abgrenzung von beruflichen und freundschaftlichen Vertrauensbeziehungen in aller Regel undurchführbar ist, sollen nach der hier vertretenen Auffassung die obigen Ausführungen über die erbrechtliche Begünstigung von beruflichen Vertrauenspersonen auch dann gelten, wenn die geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien ruhen oder durch eine andersgeartete, bloss einfache freundschaftliche Beziehung (welche keine qualifizierenden Elemente aufweist) überlagert oder ersetzt werden. Nur wo bei objektiver Betrachtung und Würdigung aller Umstände davon ausgegangen werden kann, dass die nunmehr bestehende Beziehung über keinen – oder zumindest einen nur belanglosen – Konnex zur beruflichen Tätigkeit verfügt, ist gewährleistet, dass eine erbrechtliche Begünstigung unabhängig vom (einstigen) beruflichen Vertrauensverhältnis erfolgte. Dies kann dann

der Fall sein, wenn sich zwischen einer Ärztin und einem Patienten eine besonders qualifizierte partner- bzw. freundschaftliche Beziehung entwickelt, welche sich darin manifestiert, dass die Personen im Sinne eines Konkubinats in einem gemeinsamen Haushalt leben. In einem solchen Fall darf wohl ein objektiver Betrachter mit Fug und Recht davon ausgehen, dass der beruflichen Beziehung eine marginale Bedeutung zukommt oder gar gänzlich verblasst ist und eine erbrechtliche Begünstigung unabhängig vom – einstigen oder noch bestehenden – beruflichen Verhältnis zwischen Vertrauensperson und Klient erfolgte.

Die vorstehenden Ausführungen dürfen indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Praxis durchaus Erbfälle vorkommen, bei denen die geschilderte Problematik in keiner Weise zu Tage tritt. Diese unproblematischen Fälle stellen – glücklicherweise – nach wie vor die Regel dar, während sich die veranschaulichten fragwürdigen Sachverhalte nur – aber immerhin – vereinzelt finden. Dieser Umstand könnte jedoch darauf zurückzuführen sein, dass erbrechtliche Angelegenheiten im Allgemeinen und die vorgetragenen problematischen Fälle im Besonderen selten an die Öffentlichkeit gelangen, was wohl auch mit Pietätsgefühlen dem Erblasser gegenüber im Zusammenhang stehen dürfte.

Somit sind zahlreiche *Erbfälle* denkbar, *bei denen die Bedachten gerade nicht als (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen bezeichnet werden können.*

Dies ist zum einen sicherlich dort angebracht, wo der Testator keine Anordnungen über die Regelung seiner Vermögensnachfolge hinterlassen hat und somit nach seinem Ableben die *gesetzliche Erbfolge* Platz greift. Hier beantwortet sich die Frage, wer als Erbe berufen ist, kraft dispositivem Gesetzesrecht, wobei der Konzeption des Gesetzgebers die formellen familienrechtlichen Beziehungen zu Grunde gelegt wurden. Relevant für die Erbenstellung ist somit nur die „familienrechtliche Bande [...] der alte Freund, die treue Haushälterin, ja die unverheiratete Lebensgefährtin sind ausgeschlossen“<sup>121</sup>. Der Wille des Erblassers ist daher schlechtweg bedeutungslos; hätte der Erblasser gewollt, dass sein letzter Wille Berücksichtigung findet, hätte er ihn in einer der gesetzlich vorgesehenen Formen zum Ausdruck bringen müssen. Daraus erhellt, dass die Frage, ob die Erbberufung auf einen selbstbestimmten Akt des Erblassers zurückzuführen ist oder ob der Erbe den aus einem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenutzt hat, bei der gesetzlichen Erbfolge per se jeglicher Grundlage entbehrt.

Zum anderen kann selbstverständlich auch bei Erbberufung kraft *gewillkürter Erbfolge* nicht ausschliesslich von (erbrechtlich relevanten) Vertrauenspersonen gesprochen werden. Dies muss dort gelten, wo der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen vollumfänglich auf die gesetzliche Ordnung verweist oder diese nur wiederholt<sup>122</sup>. Gleiches gilt für die Einsetzung von Personen als Erben oder Legatäre, zu denen der Erblasser eine irgendwie geartete – unqualifizierte – soziale Beziehung pflegte, wie

---

<sup>121</sup> DRUEY, Erbrecht, § 5 N 10; vgl. etwa auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 432 f.

<sup>122</sup> Die blosser Wiederholung der gesetzlichen Ordnung in der Verfügung führt nicht dazu, dass die gesetzlichen Erben zu eingesetzten werden, vgl. in dazu in Bezug auf die Ausgleichung DRUEY, Erbrecht, § 7 N 24, und die Regelung im deutschen Erbrecht (§ 2052 BGB).



etwa den langjährigen Partner auf Segeltörns<sup>123</sup>, den Zeitungs- oder Postboten oder den Stalljungen, der das Pferd gepflegt hat. Grundsätzlich mutet auch die Einsetzung von Vertrags- oder Geschäftspartnern des Erblassers als unproblematisch an; so – nur um ein einige triviale Beispiele zu nennen –, wenn der betagte Erblasser den Milchmann, die Coiffeuse oder den Klavierlehrer als Erbe oder Vermächtnisnehmer beruft; hier besteht in aller Regel keine Gefahr, dass der Vertrags- oder Geschäftspartner mit unlauteren Machenschaften auf den Erblasser eingewirkt hat.

Der *Grundsatz der Testierfreiheit* – welcher besagt, dass der Erblasser nach eigenem Gutdünken bestimmen kann, welcher Person sein Vermögen mit dem Erbfall zukommen soll<sup>124</sup> – legt klar, dass die Einsetzung jeder Person grundsätzlich unproblematisch sein sollte, unabhängig davon, ob es sich bei ihr um einen Vertragspartner handelt oder nicht. Wird aber eine Person bedacht, welche bei gesetzlicher Erbfolge nicht zu berücksichtigen wäre, und steht sie ferner auf Grund ihres Berufes in einem besonderen Nahe- resp. Vertrauensverhältnis zum Erblasser, mutet m.E. die erbrechtliche Zuwendung vor dem Hintergrund der obigen Folgerungen zumindest fragwürdig, wenn nicht sogar anrücklich, an. Dies gilt insbesondere bei Berufen, mit denen besondere Einsichten in die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse und Belange der Klienten verbunden sind und an deren getreuer Ausübung erhebliche öffentliche und individuelle Interessen geknüpft sind und umso mehr, je grösser in concreto das Machtgefälle zwischen Berufsträger und Erblasser ist.

---

<sup>123</sup> Vgl. das entsprechende Exempel unten S. 149 (betreffend nachträglichen Erläuterungen des Erblassers).

<sup>124</sup> Vgl. dazu unten S. 191 ff.

## Teil 2: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht

Nach *einleitenden Bemerkungen* (nachfolgend § 1), in welchen sich Erörterungen allgemeiner Probleme im Zusammenhang mit der Ungültigkeitsklage finden, werden nachstehend – systematisch in Anlehnung an die prozessuale Geltendmachung in Form einer Rechtsschrift – vorab die *formellrechtlichen Aspekte der Ungültigkeitsklage* behandelt (nachfolgend § 2), an welche sich eine Untersuchung der *materiellrechtlichen Aspekte der Ungültigkeitsklage* anschliesst (nachfolgend § 3); hiernach werden die *Wirkungen des Ungültigkeitsurteils* erörtert (nachfolgend § 4).

Ergeben sich bei einzelnen Teilaspekten unterschiedliche Probleme für letztwillige Verfügungen und Erbverträge, werden diese Verfügungsformen gesondert dargestellt und die jeweiligen Differenzen durch eine getrennte Betrachtung hervorgehoben.

### § 1 Einleitende Bemerkungen

#### I. Allgemeines

Die Ungültigkeitsklage hat ihren positivrechtlichen Niederschlag im *sechsten Abschnitt des vierzehnten Titels des ZGB* in den Art. 519-521 ZGB gefunden. Im selben Abschnitt finden sich auch die Normen betreffend die Herabsetzungsklage<sup>125</sup>.

Im Sinne einer bloss *summarischen Regelung* hat der Gesetzgeber bei der Erschaffung des ZGB im Jahre 1907 der Ungültigkeitsklage nur gerade drei Artikel gewidmet; dies kontrastiert etwa zum deutschen Recht, wo die entsprechende Materie in immerhin sechs Paragraphen (§§ 2078-2083 BGB) normiert ist. Durch die geraffte Regelung der Ungültigkeitsklage hat der Gesetzgeber dem beim Erlass des ZGB präsenten Bestreben nachgelebt, die Volkstümlichkeit und allgemeine Verständlichkeit des Gesetzes durch Kürze und Gedrängtheit zu fördern<sup>126</sup>. Zurückgehend auf eine am 1. Juni 1992 eingereichte parlamentarische Initiative von Nationalrat Guinand wurde die Regelung der Ungültigkeitsklage um einen Artikel erweitert. Der neue Art. 520a ZGB, welcher gleichzeitig eine Anpassung des Art. 505 Abs. 1 und der Marginalie von Art. 520 ZGB zur Folge hatte, beinhaltete eine Revision der Bestimmungen des ZGB über die Formvorschriften des eigenhändigen Testaments. Art. 520a ZGB ist auf den 1. Januar 1996 in Kraft getreten<sup>127</sup>.

Wie eingangs dargelegt wurde, wird die *Ungültigkeit als Oberbegriff* verstanden, unter den die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit subsumiert werden<sup>128</sup>. Das vom

---

<sup>125</sup> Da es in den Art. 519 ff. ZGB um ein prozessuales Rechtsinstitut, die *Ungültigkeitsklage*, und nicht um die materielle Ungültigkeit an sich geht, erscheint indes die Überschrift des sechsten Abschnitts („Die Ungültigkeit [...] der Verfügungen“) nicht ganz sachgerecht, vgl. in diesem Sinne auch ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 519-521 N 1.

<sup>126</sup> Vgl. in diesem Sinne BOTSCHAFT ZGB, S. 9 f.

<sup>127</sup> Vgl. dazu eingehend BERICHT KOMMISSION, Initiative Guinand, S. 516 ff.

<sup>128</sup> Vgl. oben S. 3 ff.

Gesetzgeber als Ungültigkeitsklage bezeichnete förmliche Rechtsmittel muss sich folglich bei näherer Betrachtung entweder als Nichtigkeits- oder aber als Anfechtungsklage entpuppen.

Die Konzeption des Gesetzgebers geht davon aus, dass ein Interessierter bei Vorliegen eines Ungültigkeitstatbestandes die Möglichkeit hat, die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen richterlich überprüfen und die Verfügung allenfalls für unwirksam erklären zu lassen. Um dies zu erreichen, hat er sich grundsätzlich<sup>129</sup> der gesetzlich vorgesehenen *Klage* zu bedienen. Durch die – klägerseits – erfolgreiche Beendigung des mittels Ungültigkeitsklage angehobenen Prozesses wird der Verfügung von Todes wegen kraft Urteilsspruch jedwelche Rechtswirkung abgesprochen und die Rechtslage so gestaltet, dass die Verfügung von Todes wegen ab initio keine Rechtswirkungen entfaltet. Das Rechtsgeschäft fällt damit mit *Wirkung ex tunc* dahin<sup>130</sup>. Auf Grund der Tatsache, dass die Ungültigkeitsklage nur von jemandem erhoben werden kann, „der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde“ (Art. 519 Abs. 2 ZGB), erhellt, dass nicht unbeteiligte Dritte, sondern nur die der gesetzlichen Aktivlegitimation entsprechenden Rechtssubjekte zur Anhängigmachung der Klage zugelassen sind. Der Ungültigkeitsklage kommt damit *relative Wirkung* zu. Wird von Erben oder Bedachten die Klage gar nicht, nicht erfolgreich oder gar verspätet angehoben, bleibt die Verfügung von Todes wegen – trotz allfälligen Mängeln – rechtswirksam (Grundsatz des „favor testamenti“)<sup>131</sup>. Das Rechtsgeschäft ist somit der *Heilung* zugänglich<sup>132</sup>.

Die soeben dargestellte Natur der Ungültigkeitsklage entspricht damit vollumfänglich den im 1. Teil der Arbeit erläuterten begriffstypischen Merkmalen der Anfechtbarkeit<sup>133</sup>. Auf Grund dieser Untersuchung erweist sich die Ungültigkeitsklage bei näherer Betrachtung als eigentliche *Anfechtungsklage*. Die vom ZGB als Ungültigkeit bezeichnete Folge mangelhafter Verfügungen von Todes wegen ist damit ungenau; richtigerweise handelt es sich um eine Anfechtbarkeit<sup>134</sup>.

Im Rahmen der Ungültigkeitsklage können als Klagegründe folgende vier enumerativ aufgezählten Ungültigkeitstatbestände geltend gemacht werden: Verfügungsunfähigkeit (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); mangelhafter Wille (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB);

---

<sup>129</sup> Neben der Ungültigkeitsklage lässt das ZGB auch die Geltendmachung der Ungültigkeit mittels Einrede zu, vgl. dazu unten S. 53 ff.

<sup>130</sup> Vgl. eingehend zu den Wirkungen des Ungültigkeitsurteils unten S. 167 ff.

<sup>131</sup> Zu recht heben MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 57 f., und RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 13, hervor, dass auch mangelhafte Verfügungen von der zuständigen Behörde zu eröffnen sind und – sofern nicht Einsprache i.S.v. Art. 559 Abs. 1 ZGB erhoben wird – gestützt auf mangelhafte Verfügungen Erbbescheinigungen ausgestellt werden.

<sup>132</sup> Das Bundesgericht spricht von einer „Vermutung der Gültigkeit letztwilliger Verfügungen“, vgl. etwa BGE 113 II 270, 274.

<sup>133</sup> Vgl. dazu oben S. 8 ff.

<sup>134</sup> Diese Terminologie wird – wenn auch nur teilweise – zu Recht auch in der überwiegenden schweizerischen Rechtsprechung und Doktrin verwendet, vgl. etwa BGE 113 II 270, 274; 57 II 150, 152; 44 II 107, 116; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 39; BOTSCHAFT ZGB, S. 54; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 14 ff. m.w.H.; STEINER, Erfordernis, S. 12; BK-TUOR, Art. 469 N 17, geht von einer „besonders gearteten Anfechtbarkeit“ aus. – Korrekterweise ist auch im BGB (§§ 2078 ff.) stets von Anfechtbarkeit die Rede.

Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB); Formmängel (Art. 520 und 520a ZGB). Daneben bestehen aber noch eine Vielzahl anderer Fälle, welche eine einst verfasste Verfügung von Todes wegen in rechtlicher Hinsicht inexistent werden lassen. Zu denken ist etwa – in Bezug auf eine letztwillige Verfügung – an den Widerruf und die Vernichtung i.S.v. Art. 509 ff. ZGB oder – in Bezug auf einen Erbvertrag – an die Aufhebung i.S.v. Art. 513 ff. ZGB. Diese Fälle unterstehen aber nicht dem Anwendungsbereich der Ungültigkeitsklage und werden folglich in dieser Abhandlung nicht vertieft erörtert. Allerdings sei betont, dass bei Fehlen der Voraussetzungen für eine Ungültigkeitsklage einem Interessierten – nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit – ein bundesrechtlicher „Anspruch“ auf Anhebung einer *Feststellungsklage* zusteht, auf welche die Verwirkungsfrist von Art. 521 ZGB keine Anwendung findet<sup>135</sup>.

Durch die homogene Regelung der vier Klagegründe im Rahmen der Ungültigkeitsklage unterscheidet sich die erbrechtliche Konzeption wesentlich von der heterogenen Regelung der entsprechenden Tatbestände im OR. Während im Rahmen des OR Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit nach Art. 19 und 20 OR die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge haben, besteht die Rechtsfolge im Erbrecht in der Anfechtbarkeit der entsprechenden Verfügung<sup>136</sup>. Trotz dieser Differenzen sind aber die im OR entwickelten Grundsätze sowie die diesbezügliche Rechtsprechung auch im Rahmen der Ungültigkeitsklage massgebend<sup>137</sup>.

## II. Klageart

Die moderne Prozessrechtswissenschaft unterteilt heute grundsätzlich den Klagebegriff in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsclagen. Auf Grund dieser Dreiteilung ergehen entsprechende Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile<sup>138</sup>. Im Folgenden ist zu erörtern, unter welche Klageart die erbrechtliche Ungültigkeitsklage zu subsumieren ist.

Auf Grund des Umstandes, dass die Ungültigkeitsklage – im Gegensatz zur ebenfalls im sechsten Abschnitt geregelten Herabsetzungsklage – nicht darauf gerichtet ist, den Prozessgegner zu einer (positiven) Leistung zu verurteilen, fällt die Leistungsklage per se ausser Betracht. Desgleichen zielt die Ungültigkeitsklage nicht darauf ab, das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses richterlich feststellen zu lassen, womit erstellt ist, dass die Ungültigkeitsklage keine Feststellungsklage sein kann. Der Ungültigkeitskläger verlangt vielmehr ein Tätigwerden des Richters in dem Sinne, dass dieser durch sein Urteil ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis gestaltet, indem er es begründet, abändert oder aufhebt<sup>139</sup>. Die Ungültigkeitsklage ist demnach unter die Klageart der *Gestaltungsklage* zu subsumie-

---

<sup>135</sup> Vgl. diesbezüglich BODMER, Feststellungsklage, S. 41 f.; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 5 m.w.H.; BGE 77 II 344 ff.

<sup>136</sup> Vgl. hierzu auch RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 12.

<sup>137</sup> Dies insbesondere auf Grund der Verweisungsnorm Art. 7 ZGB; vgl. diesbezüglich unten S. 33 ff.

<sup>138</sup> Vgl. beispielsweise HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 341.

<sup>139</sup> Vgl. etwa STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 13 N 23; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 211 f.; VOGEL, Grundriss, 7 N 33, RAMER, Gestaltungsklagen, S. 11.

ren, das ergehende Urteil stellt folglich ein *Gestaltungsurteil* dar<sup>140</sup>. Nach modernem Prozessrechtsverständnis muss daher die in der Doktrin teilweise vertretene Auffassung, dass es sich bei der Ungültigkeitsklage um eine Feststellungsklage oder um eine Feststellungs- und Gestaltungsklage handelt<sup>141</sup>, klar abgelehnt werden.

Eine Umgestaltung der Rechtslage in dem Sinne, dass eine angefochtene Verfügung von Todes wegen ihre rechtliche Existenz verliert, führt nicht schon die blosser Anhebung der Ungültigkeitsklage, sondern erst die prozessuale Erledigung der Klage, d.h. der Eintritt der formellen Rechtskraft des Gestaltungsurteils, herbei. Im Gegensatz zu Leistungsurteilen bedürfen Gestaltungsurteile – mit Ausnahme des Kostenentscheides – keiner Vollstreckung. Vielmehr vollstrecken sie sich gleichsam von selbst, indem sie ipso iure ein Recht oder Rechtsverhältnis gestalten<sup>142</sup>.

### III. Bedeutung von Art. 7 ZGB

#### A. Im Allgemeinen

Entgegen dem äusseren Anschein – formelle Aufsplitterung der Kodifikation des schweizerischen Privatrechts in das ZGB, das OR und weitere Nebenerlasse – beruht das schweizerische Privatrecht materiell auf der Idee einer inneren Einheit. Das OR stellt denn auch den fünften Teil des ZGB dar. Die Hervorhebung dieses – materiellen – Zusammenhangs stellt denn auch die *ratio legis* von Art. 7 ZGB dar<sup>143</sup>. Indem sich Art. 7 ZGB darin erschöpft, die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auf andere privatrechtliche Verhältnisse für anwendbar zu erklären, wird diese Norm von der herrschenden Lehre als *Verweisungsnorm* ohne selbständigen normativen Gehalt qualifiziert<sup>144</sup>. In diesem Sinne kommt Art. 7 ZGB eine Art „Scharnierfunktion“ zwischen ZGB und OR zu<sup>145</sup>. Der Generalverweisung von Art. 7 ZGB liegt das Bestreben zu Grunde, allgemein gültige Regeln auf andere Rechtsgebiete zu übertragen, soweit dort nicht eigene, abweichende Regelungen vorhanden sind<sup>146</sup>.

<sup>140</sup> So die einhellige Auffassung, vgl. nur TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 459; BK-WEIMAR, Art. 469 N 31; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 56; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 13 ff.; PIOTET, SPR IV/1, S. 273; STEINER, Erfordernis, S. 79 f. – Die Bedeutung von Gestaltungsklagen besteht namentlich in der Vermeidung von Zweifeln über den Bestand eines Rechtsverhältnisses; ihnen kommt damit in einem gewissen Sinne eine Klarstellungsfunktion zu, vgl. in diesem Sinne GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 212.

<sup>141</sup> Vgl. in diesem Sinne MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 66 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 80; ungenau STEINER, Erfordernis, S. 79 ff.

<sup>142</sup> Vgl. etwa HABSCHEID, Zivilprozessrecht, N 358; VOGEL, Grundriss, 7 N 41; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 213; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 25 N 2; RAMER, Gestaltungsklagen, S. 11; BK-TUOR, Art. 519 N 12; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 67.

<sup>143</sup> Vgl. ZGB-SCHMID, Art. 7 N 1.

<sup>144</sup> Vgl. etwa HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 4.01; CARONI, Einleitungsartikel, S. 242; ZK-LIEBER, Art. 7 N 19 und N 27.

<sup>145</sup> Nach ZK-LIEBER, Art. 7 N 27, bildet Art. 7 ZGB eine „formale Klammer“ zwischen ZGB und OR.

<sup>146</sup> Vgl. ZGB-SCHMID, Art. 7 N 1; ZK-LIEBER, Art. 7 N 27.

Nach der vorherrschenden Auslegung von Art. 7 ZGB erweist sich der *Wortlaut* dieser Bestimmung als *zu eng*. Über den Wortlaut hinaus sind vielmehr auch andere als die in Art. 7 ZGB genannten Normen des OR auf im ZGB geregelte Verhältnisse anzuwenden. Es handelt sich dabei insbesondere um sämtliche Bestimmungen des Allgemeinen, aber auch um vereinzelte Bestimmungen des Besonderen Teils, wie beispielsweise die Normen über die Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>147</sup>.

Die auf Grund der Verweisungsnorm anwendbaren obligationenrechtlichen Bestimmungen sind im ZGB grundsätzlich nicht unmittelbar, sondern *sinngemäss (auf dem Wege der Analogie)* anwendbar. Eine unmittelbare Anwendung greift demgegenüber nur dann Platz, wenn identische Rechtsbegriffe verwendet werden oder wo das ZGB direkt auf das OR verweist, wie beispielsweise in Art. 638 ZGB (Anfechtung eines Teilungsvertrages)<sup>148</sup>. Eine bloss analoge Anwendung hat zur Folge, dass die Bestimmungen des OR nie unbesehen übernommen werden. Vielmehr obliegt es dem Richter, „den Sinn der betreffenden Vorschrift des OR sowie die Besonderheiten des zivilrechtlichen Verhältnisses, auf das sie anzuwenden ist, zu ergründen und dann entsprechend zu entscheiden“<sup>149</sup>. Diese Wertung kann – je nach den Besonderheiten eines zivilrechtlichen Verhältnisses – zu einer Einschränkung oder Modifizierung der anzuwendenden Vorschriften des OR führen. Gleichermassen ist wegen der besonderen Natur eines Rechtsinstituts gar eine Nichtanwendung der obligationenrechtlichen Vorschriften denkbar<sup>150</sup>.

## **B. In Bezug auf die Ungültigkeitsklage**

Von grosser praktischer Relevanz ist Art. 7 ZGB in Bezug auf die Ungültigkeitsklage. Die allgemeinen Bestimmungen des OR sind namentlich bei den Ungültigkeitsgründen des mangelhaften Willens, der Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit und den Formmängeln zu beachten, darüber hinaus finden sie aber auch in Bezug auf die Wirkung der Ungültigerklärung Anwendung.

Für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen einem *Willensmangel* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) ist primär Art. 469 ZGB massgebend. Da das Gesetz die einzelnen Willensmängel (Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung oder Zwang) wohl aufzählt, aber nicht weiter substantiiert, bedarf es – unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Verfügungen von Todes wegen – der Ergänzung durch die obligationenrechtlichen Vorschriften<sup>151</sup>.

Entsprechendes gilt auch in Bezug auf die *Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Hinsichtlich den rechts- und sittenwidrigen Bedingungen und

---

<sup>147</sup> Vgl. nur BGE 81 II 431, 438; ZGB-SCHMID, Art. 7 N 4; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 4.08 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 19; CARONI, Einleitungsartikel, S. 243.

<sup>148</sup> Vgl. statt vieler ZK-LIEBER, Art. 7 N 32 ff.; ZGB-SCHMID, Art. 7 N 6; BGE 119 II 12, 14.

<sup>149</sup> BGE 119 II 12, 14.

<sup>150</sup> Vgl. ZK-LIEBER, Art. 7 N 32; ZGB-SCHMID, Art. 7 N 9.

<sup>151</sup> Vgl. in diesem Sinne GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 6; BK-TUOR, Art. 469 N 4; unklar ZK-LIEBER, Art. 7 N 61; demgegenüber bleibt nach BK-FRIEDRICH, Art. 7 N 61, für die obligationenrechtliche Bestimmung der Hauptsache nach kein Raum, jedoch soll eine hilfsweise Berücksichtigung nicht ausgeschlossen sein. – Zum Klagegrund des Willensmangels vgl. unten S. 76 ff.

Auflagen ist materiell Art. 482 ZGB massgebend, währenddessen für die Bestimmung des rechts- und unsittlichen Inhalts eine entsprechende materiell-erbrechtliche Norm fehlt. Da aber weder Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 noch Art. 482 ZGB Klarheit in Bezug auf die Bestimmung der Begriffe der Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit bringen, sind wiederum die im OR (insbesondere Art. 19 und 20 OR) aufgestellten Grundsätze beizuziehen<sup>152</sup>.

Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts sind auch bei erbrechtlichen Verfügungen von Relevanz, welche mit *Formmängeln* (Art. 520 und 520a ZGB) behaftet sind. Verfügungen von Todes wegen sind in formeller Hinsicht mangelhaft, wenn sie nicht den in Art. 498 ff. ZGB vorgeschriebenen Erfordernissen entsprechen. Das Bundesgericht hat indes wiederholt festgehalten, dass gemäss analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 1 OR auf Grund von Art. 7 ZGB die Formvorschriften im Bereich erbrechtlicher Verfügungen restriktiv auszulegen sind. Damit wird der Grundsatz des „favor testamenti“ über den materiellen Verfügungsgehalt hinaus auch auf die Verfügungsformen angewendet<sup>153</sup>.

Gleichermassen von Interesse sind die Generalverweisung von Art. 7 ZGB und die allgemeingültigen obligationenrechtliche Bestimmungen in Hinsicht auf die *Wirkung der Ungültigerklärung*. Nach Ansicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre findet im Bereich der Ungültigkeitsklage insbesondere Art. 20 Abs. 2 OR (Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts) Anwendung. Eine Verfügung von Todes wegen kann demnach nicht nur in personeller, sondern auch in sachlicher Hinsicht bloss teilweise ungültig erklärt werden, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser das Testament ohne diese Teile nicht errichtet hätte<sup>154</sup>.

#### IV. Rechtsbegehren

Das Rechtsbegehren einer Klage umschreibt das prozessuale Ziel, welches der Kläger mit dem eingereichten Rechtsmittel zu erreichen sucht. Es ist grundsätzlich so abzufassen, dass das Rechtsbegehren bei vollständiger Gutheissung der Klage ohne richterliche Ergänzung und Verdeutlichung zum Urteilsdispositiv erhoben werden kann<sup>155</sup>.

Entsprechend der Natur der Ungültigkeitsklage als Gestaltungsklage ist auch das Hauptbegehren als Gestaltungsbegehren zu formulieren. Der geltend gemachte Ungül-

---

<sup>152</sup> Vgl. etwa PIOTET, SPR IV/1, S. 90; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 52; BK-TUOR, Art. 482 N 28; ZK-ESCHER, Art. 482 N 32. – Zum Klagegrund der Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit vgl. unten S. 107 ff.

<sup>153</sup> Vgl. etwa BGE 116 II 117, 127; 112 II 23, 25; 101 II 31, 34 f.; 89 II 185, 191; ZGB-SCHMID, Art. 7 N 9; ZK-LIEBER, Art. 7 N 58; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 34. – Zum Klagegrund des Formmangels vgl. unten S. 137 ff.

<sup>154</sup> Vgl. BGE 119 II 208, 210 f.; 89 II 73, 84 f.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 58; BRÜCKNER, Klagen, N 20; RIEMER, Nichtige Testamente, S. 258; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 29; COTTIER, Testament olographe, S. 56. – Das deutsche Erbrecht enthält in Bezug auf die Teilungültigkeit eines Testaments mit § 2085 BGB eine eigene Norm. – Zu den Wirkungen des Ungültigkeitssurteils vgl. unten S. 167 ff.

<sup>155</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 193; VOGEL, Grundriss, 7 N 33; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Zivilprozessordnung, § 100 N 6.

tigkeitsgrund ist nicht im Rechtsbegehren, sondern in der Begründung der Rechtsschrift zu nennen<sup>156</sup>. Die Rechtsbegehren unterscheiden sich grundsätzlich jeweils danach, ob sich die Ungültigkeitsklage gegen eine letztwillige Verfügung oder gegen einen Erbvertrag richtet.

Das Rechtsbegehren der Ungültigkeitsklage, welche gegen eine *letztwillige Verfügung* gerichtet ist, lässt sich etwa folgendermassen formulieren<sup>157</sup>:

„1. Es sei die auf den [Tag/Monat/Jahr] datierte und in [Ort] errichtete letztwillige Verfügung des [Name des Erblassers], verstorben am [Todestag], ungültig zu erklären.“

Richtet sich die Ungültigkeitsklage gegen einen *Erbvertrag*, kann das Rechtsbegehren wie folgt lauten:

„1. Es sei der am [Tag/Monat/Jahr] abgeschlossene und in [Ort] errichtete Erbvertrag zwischen dem [Name des Erblassers], verstorben am [Todestag], und dem/den [Name des/der Gegenkontrahenten] ungültig zu erklären.“

Strebt der Kläger indes nur eine *Teilungültigerklärung* einer Verfügung von Todes wegen an, erscheint das folgende Rechtsbegehren sinnvoll<sup>158</sup>:

„1. Es sei die auf den [Tag/Monat/Jahr] datierte und in [Ort] errichtete letztwillige Verfügung des [Name des Erblassers], verstorben am [Todestag], hinsichtlich der Anordnung über [Spezifikation, etwa „das Gemälde von Franz Mark“] ungültig zu erklären.“;

oder

„1. Es sei [Spezifikation, etwa „Ziffer 2“] der auf den [Tag/Monat/Jahr] datierten und in [Ort] errichteten letztwilligen Verfügung des [Name des Erblassers], verstorben am [Todestag], ungültig zu erklären.“

Mit den Hauptbegehren auf Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes werden in der Praxis regelmässig – als objektive Klagenhäufung<sup>159</sup> – kumulativ oder eventualiter weitere Ansprüche geltend gemacht. Zu denken ist an Leistungs- oder Feststellungsbegehren.

Als *Leistungsklage* wird vom Kläger gleichzeitig mit der Ungültigkeitsklage und in einer Rechtsschrift vereinigt die Erbschaftsklage erhoben, wenn der Beklagte zugleich den Besitz von Nachlassgegenständen innehat und der Kläger die Erbschaft vom Beklagten herausverlangt. Da auch für die Erbschaftsklage der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers örtlich zuständig ist (Art. 18 Abs. 1 GestG), entstehen aus der

---

<sup>156</sup> Vgl. BRÜCKNER, Klagen, N 18; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 156. – Auf Grund der Maxime „iura novit curia“ steht es dem Richter offen, eine Ungültigkeitsklage aus einem anderen als dem geltendgemachten Klaggrund gutzuheissen, vgl. etwa BGE 73 II 15, 16. – Zur Klageart der Ungültigkeitsklage vgl. oben S. 32 f.

<sup>157</sup> Anzumerken ist, dass die Bezeichnung von Datum, Ort, und Todestag nicht zwingend vorausgesetzt ist (da diese Angaben teilweise auch für die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen irrelevant sind); diese Daten können jedoch für die Spezifikation des angefochtenen Testaments hilfreich sein.

<sup>158</sup> Entsprechendes gilt jeweils auch für die Teilungültigerklärung eines Erbvertrages. – Zur Teilungültigkeit vgl. unten S. 169 ff.

<sup>159</sup> Zur objektiven Klagenhäufung vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 214 f.; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 10 N 3 ff.; VOGEL, Grundriss, 7 N 43 ff.



gleichzeitigen Anhebung von Ungültigkeits- und Erbschaftsklage keine zivilprozessualen Hindernisse<sup>160</sup>.

Die gleichzeitige Erhebung einer *Feststellungsklage* bezweckt die Klärung einer ungewissen Rechtslage. Eine solche kommt in Verbindung mit der Ungültigkeitsklage insbesondere in Betracht im Hinblick auf die Feststellung der Erbnunwürdigkeit des Beklagten oder bei der Feststellung der aus der Ungültigkeit resultierenden Rechtsfolgen<sup>161</sup>. Damit das Gericht indes auf ein Feststellungsbegehren überhaupt eintritt, ist es unerlässlich, dass der Kläger an der sofortigen Feststellung ein schutzwürdiges Interesse hat, das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, aber erheblich sein muss (sog. Feststellungsinteresse)<sup>162</sup>.

## V. Internationalprivatrechtliche Aspekte

Auf der Ebene des Bundesrechts ist für internationale Sachverhalte seit dem 1. Januar 1989 das *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*<sup>163</sup> massgebend. Das IPRG hat das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse von Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG) abgelöst. Da der Erbgang nach Art. 537 Abs. 1 ZGB mit dem Tode des Erblassers eröffnet wird, ist auf Todesfälle bis zum 31. Dezember 1988 grundsätzlich das NAG, auf solche seit dem 1. Januar 1989 das IPRG anwendbar (Art. 196 Abs. 1 IPRG). Von besonderer praktischer Bedeutung sind die staatsvertraglichen Rechtsquellen; nach Art. 1 Abs. 2 IPRG gehen sie dem nationalen IPRG vor.

Die anschliessende Darstellung orientiert sich an den drei Ebenen des Kollisionsrechts. Es finden sich demgemäss Erörterungen hinsichtlich der *Zuständigkeit* (nachfolgend A.), dem *anwendbaren Recht* (nachfolgend B.) sowie der *Anerkennung ausländischer Entscheidungen* (nachfolgend C.).

### A. Zuständigkeit

#### 1. Staatsverträge

Ausdrücklich anzumerken ist, dass „das Gebiet des Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts“ nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen

---

<sup>160</sup> Vgl. etwa ZK-ESCHER, Art. 519 N 8 und Vorbem. zu Art. 598 N 15; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 30; BRÜCKNER, Klagen, N 10 und N 65; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 80; VOCK, Gerichtsstandsgesetz, S. 36; BGE 91 II 327 ff. – Handelt es sich beim Kläger um einen Vermächtnisnehmer, erhebt dieser mit der Ungültigkeitsklage gleichzeitig die Vermächtnisklage nach Art. 601 ZGB, vgl. STEINER, Erfordernis, S. 84.

<sup>161</sup> Zu denken ist an das Begehren um Feststellung, dass der Kläger als gesetzlicher oder eingesetzter Erbe zu einer bestimmten Quote am Nachlass beteiligt ist, vgl. BRÜCKNER, Klagen, N 19 und N 50.

<sup>162</sup> Vgl. eingehend BODMER, Feststellungsklage, S. 76 ff.; BGE 123 III 49, 51; 114 II 253, 255.

<sup>163</sup> SR 291.

in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen am 16. September 1988 in Lugano (LugÜ)<sup>164</sup>, untersteht (vgl. Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ).

Besondere bilaterale Staatsverträge betreffend die Zuständigkeit bei internationalen Sachverhalten bestehen mit der *USA* und *Italien*<sup>165</sup>.

## 2. *Bundesrecht*

Nach Art. 86 Abs. 1 IPRG sind für erbrechtliche Streitigkeiten ordentlicherweise die *schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers* zuständig – unabhängig davon, ob sich die Nachlasswerte auch im Ausland befinden (Grundsatz der Nachlassseinheit)<sup>166</sup>. Nach dem Erbstatut bestimmt sich, ob in einem konkreten Fall auch die Ungültigkeitsklage zur Verfügung steht<sup>167</sup>. Für die Bestimmung des Wohnsitzes ist Art. 20 IPRG massgebend.

Die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers ist allerdings keine ausschliessliche. Aus Gründen der Effektivität<sup>168</sup> enthält Abs. 2 von Art. 86 IPRG einen *Vorbehalt* zu Gunsten des Staates, der für Grundstücke auf seinem Gebiet die alleinige Zuständigkeit vorsieht – aber nur bezüglich dieses Nachlassteils. Soweit das Recht des ausländischen Heimatstaates es zulässt, kann ausserdem ein ausländischer Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine Heimatzuständigkeit vorsehen<sup>169</sup>.

Unterstellt ein Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz im Ausland durch Verfügung von Todes wegen sein in der Schweiz gelegenes Vermögen oder seinen gesamten Nachlass der schweizerischen Zuständigkeit oder dem schweizerischen Recht, sind – unter Vorbehalt von Art. 86 Abs. 2 IPRG betreffend Grundstücke – die schweizerischen Gerichte am Heimatort zuständig (*professio fori*, Art. 87 Abs. 2 IPRG). Befassen sich die ausländischen Behörden und Gerichte nicht mit dem Nachlass eines Auslandschweizers, sind nach Art. 87 Abs. 1 IPRG die schweizerischen Gerichte am Heimatort zuständig (sog. *Notzuständigkeit*)<sup>170</sup>.

Eine Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte am Ort der gelegenen Sache (*forum rei sitae*) in Bezug auf den in der Schweiz gelegenen Nachlass ist gegeben, wenn der Erblasser Ausländer mit letztem Wohnsitz im Ausland war und die ausländischen Behörden und Gerichte untätig bleiben (Art. 88 Abs. 1 IPRG). Verteilt sich der Nachlass auf mehrere Orte in der Schweiz, sind nach Abs. 2 des Art. 88 IPRG die zuerst angerufenen Gerichte oder Behörden zuständig.

---

<sup>164</sup> SR 0.275.11.

<sup>165</sup> Vgl. SR 0.142.113.361 (in Bezug auf die USA); SR 0.142.114.541 (in Bezug auf Italien). – Vgl. diesbezüglich – und zu sog. Niederlassungs- und Konsularverträgen – SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 397 f.; KUHN-ADLER, Renvoi, S. 37 m.w.H.

<sup>166</sup> Vgl. SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 392.

<sup>167</sup> Vgl. beispielsweise SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 488 f. – Statut (auch *lex causae*) ist eine abstrakte Bezeichnung für das anwendbare Recht, vgl. etwa SCHWANDER, Internationales Privatrecht AT, N 129.

<sup>168</sup> Vgl. diesbezüglich HASENBÖHLER, IPRG, S. 247; IPRG-SCHNYDER, Art. 86 N 15; KUHN-ADLER, Renvoi, S. 40 f.

<sup>169</sup> Vgl. SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 393.

<sup>170</sup> Vgl. zu den möglichen Gründen der Inaktivität HEINI, IPRG Kommentar, Art. 87 N 2 ff.

Hinterlässt ein Schweizer oder ein Ausländer mit letztem Wohnsitz im Ausland Vermögenswerte in der Schweiz, so haben die Behörden am Ort der gelegenen Sache von Amtes wegen die zur Sicherung und Erhaltung der Vermögensobjekte notwendigen vorsorglichen Verfügungen anzuordnen (Art. 89 IPRG).

## **B. Anwendbares Recht**

### ***1. Im Allgemeinen***

Auf Staatsvertragebene sind insbesondere mit den *USA, Italien, Griechenland* und dem *Iran* besondere Abkommen zu beachten<sup>171</sup>.

Als Bundesgesetz, dessen Geltungsbereich notwendigerweise auf die Schweiz beschränkt ist, vermag das IPRG das Erbstatut nur soweit verbindlich festlegen, als schweizerische Behörden tatsächlich sachlich zuständig sind. Das anwendbare Recht – und damit auch die Frage, ob in concreto die Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB zur Verfügung steht – lässt sich mittels *objektiver Anknüpfung*<sup>172</sup> (nachfolgend *a.*) oder Rechtswahl (*professio iuris* [nachfolgend *b.*]) bestimmen.

#### ***a. Objektive Anknüpfung***

Hinsichtlich der Bestimmung des anwendbaren Rechts ist zu unterscheiden, ob der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz oder im Ausland hatte. Ohne Bedeutung ist die jeweilige Staatsangehörigkeit.

Hatte der Erblasser seinen *letzten Wohnsitz in der Schweiz*, untersteht der Nachlass – unabhängig davon, ob es sich um Mobilien oder Immobilien handelt oder ob die Vermögenswerte im In- oder Ausland liegen – dem schweizerischen Recht (Art. 90 Abs. 1 IPRG). Diese Konzeption ermöglicht es, einen Gleichlauf von *forum* und *ius* zu erzielen<sup>173</sup>. Eine Ausnahme gilt für Grundstücke, für die der ausländische Belegenheitsstaat die alleinige Zuständigkeit und die Anwendung des ausländischen materiellen Rechts (*lex rei sitae*) beansprucht<sup>174</sup>.

Befand sich demgegenüber der *letzte Wohnsitz des Erblassers im Ausland*, ist schweizerisches Recht nur in Ausnahmefällen anwendbar. Dies ist zum einen der Fall, wenn das Kollisionsrecht des ausländischen Wohnsitzstaates auf das schweizerische Recht verweist (sog. *Renvoi*, Art. 91 Abs. 1 IPRG)<sup>175</sup> oder wo zum anderen nach Art. 87 IPRG eine schweizerische Heimatzuständigkeit in Bezug auf den Nachlass eines Schweizerers

---

<sup>171</sup> Vgl. SR 0.142.113.361 (in Bezug auf die USA); SR 0.142.114.541 und SR 0.142.114.541.1 (in Bezug auf Italien); SR 0.142.113.721 (in Bezug auf Griechenland); SR 0.142.114.362 (in Bezug auf den Iran). – Vgl. dazu SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 369 mit FN 27 m.w.H.

<sup>172</sup> Diese Anknüpfung erfolgt nach den Regeln des IPRG, weil diese Normen entweder zwingender Natur sind oder die Parteien keine Rechtswahl (*professio iuris*) getroffen haben, vgl. SCHWANDER, Internationales Privatrecht AT, N 232 f.

<sup>173</sup> Vgl. etwa SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 349; KUHN-ADLER, *Renvoi*, S. 38.

<sup>174</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 479 f.; HASENBÖHLER, IPRG, S. 249.

<sup>175</sup> Vgl. dazu etwa SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 483.

mit letztem Wohnsitz im Ausland besteht und nicht durch Verfügung von Todes wegen das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten wurde (Art. 91 Abs. 2 IPRG).

*b. professio iuris*

Das IPRG gestattet dem Erblasser die Bestimmung des für seinen Nachlass massgebenden anwendbaren Rechts in zwei Fällen.

Zum einen kann nach Art. 90 Abs. 2 IPRG der *ausländische Erblasser mit Wohnsitz in der Schweiz* den Nachlass seinem Heimatrecht unterwerfen. Besitzt der Erblasser mehrere Staatsangehörigkeiten, kann er frei wählen, welches seiner Heimatrechte auf den Nachlass Anwendung finden soll<sup>176</sup>. Herauszustreichen ist an dieser Stelle, dass die *professio iuris* Schweizern, welche zusätzlich über eine ausländische Staatsbürgerschaft verfügen, nicht offensteht; diese gelten nicht als Ausländer<sup>177</sup>. Die *professio iuris* fällt allerdings dahin, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes dem betreffenden Staat nicht mehr angehört oder wenn er Schweizer Bürger geworden ist (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 IPRG). Ein Auseinanderfallen der zuständigen Rechtsordnungen ist erdenklich, wenn ein Ausländer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz sein Heimatrecht als Erbstatut gewählt hat, die Erbschaft an sich aber in der Schweiz zu eröffnen ist und diesbezüglich das Eröffnungsstatut massgebend ist<sup>178</sup>. In diesem Fall bestimmt sich nach dem Erbstatut, welche erbrechtlichen Klagen zur Verfügung stehen und wer zu deren Einreichung befugt ist. Nach dem Recht am Ort der zuständigen Stelle beurteilen sich hingegen alle verfahrensrechtlichen Massnahmen, die vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers an bis zur endgültigen Übertragung des Nachlasses auf die Erben ergriffen werden müssen<sup>179</sup>.

Zum anderen steht dem Erblasser eine – eingeschränkte – *professio iuris* offen, wenn er *Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz im Ausland* ist. Hier kann er den Nachlass dem Recht am letzten Wohnsitz unterstellen, auch wenn er eine schweizerische Zuständigkeit gewählt hat (Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 i. f. IPRG). Überdies wird der Umstand, dass mit der Wahl des schweizerischen Heimatgerichtsstandes nach Art. 87 Abs. 2 IPRG zugleich eine *professio iuris* zu Gunsten des schweizerischen Heimatrechts verbunden ist (Art. 91 Abs. 2 i. i. IPRG), von der Doktrin als Rechtswahlmöglichkeit qualifiziert<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> Vgl. IPRG-SCHNYDER, Art. 90 N 12; HEINI, IPRG Kommentar, Art. 90 N 9. – Nach BGE 125 III 35 ff. kann der Erblasser den Nachlass gar stillschweigend einem seiner Heimatrechte unterstellen, wenn der Wortlaut der Verfügung von Todes wegen genügend Indizien dafür enthält, dass dies seinem Willen entspricht.

<sup>177</sup> Vgl. beispielsweise IPRG-SCHNYDER, Art. 90 N 13.

<sup>178</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 493. – Da das IPRG diesbezüglich keine Möglichkeit der *professio iuris* einräumt ist eine solche auch nicht möglich; somit richtet sich die Durchführung der Erberöffnung nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde (vgl. Art. 92 Abs. 2 IPRG).

<sup>179</sup> In diesem Sinne spricht sich auch die überwiegende Lehre für eine extensive Interpretation des Erbstatuts aus, vgl. beispielsweise DIGGELMANN/WOLF, Erbgang und Nachlassabwicklung, S. 87; VOLKEN, Internationales Erbrecht, S. 12 f.; SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 488 f.; BUCHER, Droit international privé, N 968; SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 378.

<sup>180</sup> In diesem Sinne SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 364 FN 18; VOLKEN, Internationales Erbrecht, S. 11. – Nach KUHN-ADLER, Renvoi, S. 48, liegt keine Rechtswahl im eigentlichen Wortsinn vor, da das schweizerische Recht als blosse Reflexwirkung einer *professio fori* zur Anwen-

Das IPRG verlangt in formeller Hinsicht die Vornahme der *professio iuris* durch *letztwillige Verfügung oder Erbvertrag* (Art. 90 Abs. 2 und 91 Abs. 2 IPRG). Im Gegensatz zu Art. 90 Abs. 2 IPRG verlangt Art. 91 Abs. 2 IPRG eine ausdrückliche Unterstellungserklärung.

## 2. *Im Besonderen*

Besondere Regelungen enthält das IPRG in Bezug auf die *Form letztwilliger Verfügungen* (nachfolgend *a.*), die *Verfügungsfähigkeit* (nachfolgend *b.*) sowie für *Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen* (nachfolgend *c.*).

### *a. Form letztwilliger Verfügungen*

Für die Beurteilung der Formgültigkeit von Testamenten ist als anwendbares Recht das Haager „Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht“<sup>181</sup> massgebend. Dieses Abkommen stellt einen erga omnes wirkenden Staatsvertrag mit *loi uniforme*-Charakter dar (vgl. Art. 6 des Übereinkommens). Aus Gründen der Praktikabilität verweist das IPRG in Art. 93 dennoch gesondert auf dieses Abkommen<sup>182</sup>. Art. 93 Abs. 2 IPRG erweitert den sachlichen Anwendungsbereich dieses Übereinkommens, indem es kraft dieser Bestimmung sinngemäss auch für die Form anderer Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden soll.

Nach Art. 1 des Übereinkommens ist eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn sie entweder dem Recht des Errichtungsortes, dem Heimat-, dem Wohnsitz- oder dem Aufenthaltsrecht des Erblassers zur Zeit der Errichtung ober des Todes oder – bei unbeweglichem Vermögen – dem Recht an deren Lageort entspricht. Mit diesen *Alternativanknüpfungen* begünstigt das Abkommen die Formgültigkeit der Testamente (*favor testamenti*; *favor validitatis*)<sup>183</sup>.

### *b. Verfügungsfähigkeit*

Dem Erblasser kommt nach Art. 94 IPRG die notwendige Verfügungs- oder Testierfähigkeit zu, wenn er im Zeitpunkt der Verfügung *alternativ* nach dem Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder nach dem Recht eines seiner Heimatstaaten Verfügungsfähig ist. Art. 94 IPRG findet gleichermassen Anwendung in Bezug auf die Testierfähigkeit bei Erbverträgen (Art. 95 Abs. 4 IPRG). Im Gegensatz zum Haager Übereinkommen ist hier das Recht des Errichtungsortes nicht massgebend<sup>184</sup>.

---

dung gelangt.

<sup>181</sup> SR 0.211.312.1.

<sup>182</sup> Vgl. beispielsweise SCHNYDER/LIATOWITSCH, IPR, N 498 ff.; VOLKEN, Internationales Erbrecht, S. 13. – Erga omnes wirkende Staatsverträge (*lois uniformes*) verdrängen die nationalen Bestimmungen, haben unmittelbare Geltung als innerstaatliches Recht und sind auch gegenüber Staaten, welche nicht Vertragspartei sind, anwendbar, vgl. SCHWANDER, Internationales Privatrecht AT, N 574.

<sup>183</sup> Vgl. HASENBÖHLER, IPRG, S. 250.

<sup>184</sup> Vgl. IPRG-SCHNYDER, Art. 95 N 5.

### c. *Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen*

Während Erbverträge und gegenseitige Verfügungen von Todes wegen in formeller Hinsicht nach Art. 93 IPRG und damit indirekt auch nach dem Haager Übereinkommen zu beurteilen sind, bestimmt Art. 95 IPRG mit einer *Sonderanknüpfung* die *lex causae* für materiellrechtliche Fragen<sup>185</sup>.

Abs. 1 von Art. 95 IPRG bestimmt, dass auf Erbverträge grundsätzlich das Recht am Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Vertragsabschlusses anwendbar ist. Entsprechend der Regelung für Testamente gestattet das IPRG in Art. 95 Abs. 2 eine – wiederum eingeschränkte – *professio iuris* zu Gunsten eines Heimatrechts des Erblassers. Korrespondierende (gegenseitige) Verfügungen von Todes wegen müssen im Sinne einer kumulativen Anknüpfung dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden entsprechen. Eine allfällige *professio iuris* ist nur auf das gemeinsame Heimatrecht möglich (Art. 95 Abs. 3 IPRG).

## C. **Anerkennung ausländischer Entscheidungen**

Auf Grund der grosszügigen Regelung von Art. 96 IPRG können im Ausland ergangene Entscheidungen betreffend die Ungültigkeit von Verfügungen von Todes wegen in der Schweiz anerkannt werden.

Hiefür ist erforderlich, dass der ausländische Entscheid im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht der Erblasser gewählt hat oder – im Fall von Grundstücken – im Belegenheitsstaat erlassen worden ist oder in einem dieser Staaten anerkannt wird (Art. 96 Abs. 1 IPRG). Bei Immobilien werden nur die Urteile des Belegenheitsstaates anerkannt, sofern dieser für die in seinem Territorium liegenden Grundstücke die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 96 Abs. 2 IPRG)<sup>186</sup>.

## § 2 **Formellrechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage**

Für die Untersuchung der formellrechtlichen Aspekte der Ungültigkeitsklage sind insbesondere die *Zuständigkeit* (nachfolgend I.), die *Klagefrist* (nachfolgend II.) sowie das *Rechtsschutzinteresse* (nachfolgend III.) von Relevanz<sup>187</sup>. Beim Fehlen einer dieser sog. Prozessvoraussetzungen prüft das Gericht die Ungültigkeitsklage nicht in materieller Hinsicht, sondern fällt einen Nichteintretensentscheid.

### I. **Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit umschreibt das Recht und die Pflicht des Gerichts, eine Streitsache zu entscheiden<sup>188</sup>. Die Prozessrechtswissenschaft unterscheidet zwischen der *sachlichen*

---

<sup>185</sup> Vgl. diesbezüglich VOLKEN, Internationales Erbrecht, S. 14 f.

<sup>186</sup> Vgl. SCHWANDER, Internationales Privatrecht BT, N 400 f.; eingehend IPRG-SCHNYDER, Art. 96 N 8 ff.

<sup>187</sup> Auf weitere Prozessvoraussetzungen wie etwa Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit, Leistung des Kostenvorschusses sowie keine Litispendenz oder *res iudicata* wird in der Folge nicht weiter eingegangen.

<sup>188</sup> Vgl. beispielsweise STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 8 N 1; VOGEL, Grundriss, 4 N 5.

(nachfolgend A.), *örtlichen* (nachfolgend B.) und funktionellen *Zuständigkeit*. Mangels Relevanz für die Ungültigkeitsklage wird nachstehend auf eine Erörterung der funktionellen *Zuständigkeit* – sie bestimmt, welches Gerichtsorgan innerhalb eines Prozesses in den verschiedenen Verfahrensstadien zuständig ist – verzichtet<sup>189</sup>.

## A. Sachliche Zuständigkeit

Gegenstand des Ungültigkeitsprozesses sind erbrechtliche – also zivilrechtliche – Ansprüche, welche die Frage zum Gegenstand haben, ob eine Verfügung von Todes wegen rechtsgültig ist oder nicht. Die Beurteilung solch zivilrechtlicher Ansprüche unterstehen nicht der Verwaltungs- oder Strafgerichtsbarkeit, sondern der *Zivilgerichtsbarkeit*.

Im Rahmen eines Ungültigkeitsprozesses liegen durchwegs Ansprüche im Streit, welche wertmässig beziffert werden können. Ein solcher Rechtsstreit zeitigt somit nicht nur erbrechtliche, sondern letztlich auch in wirtschaftliche Folgen, woraus erhellt, dass der Ungültigkeitsklage sog. vermögensrechtliche Ansprüche zu Grunde liegen<sup>190</sup>. Bei solch vermögensrechtlichen Ansprüchen richtet sich die sachliche *Zuständigkeit* nach dem *Streitwert*. Dieser bemisst sich bei Gestaltungsclagen im Allgemeinen nach dem wertmässigen Betrag, welcher dem Kläger bei Gutheissung seiner Klage zufällt. Nach übereinstimmender Rechtsprechung und Lehre ist in Bezug auf die Ungültigkeitsklage damit der Wert massgebend, um welchen sich der Kläger im Zeitpunkt der Klageeinreichung bei Gutheissung der Klage besserstellen würde<sup>191</sup>.

Die sachliche *Zuständigkeit* ist grundsätzlich zwingend und kann nur ausnahmsweise durch Vereinbarung der Parteien abgeändert werden. Ein solcher *Kompromiss* ist etwa in Basel-Stadt möglich, indem die Parteien das Dreiergericht oder den Einzelrichter für Streitigkeiten kompromittieren, welche an sich – angesichts des Streitwerts – nicht in die sachliche *Zuständigkeit* dieser Spruchkörper fallen würden<sup>192</sup>. Beträgt der Streitwert wenigstens CHF 20'000.—, kann auf Grund Art. 41 Abs. 1 lit. c OG<sup>193</sup> von den Parteien auch das Bundesgericht als einzige Instanz prorogiert werden.

## B. Örtliche Zuständigkeit

Hinsichtlich der *örtlichen Zuständigkeit* ist das auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzte Bundesgesetz vom 24. März 2001 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (*Gerichts-*

---

<sup>189</sup> Vgl. dazu beispielsweise GULDENER, *Zivilprozessrecht*, S. 80; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht*, § 8 N 16.

<sup>190</sup> Keine vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind e contrario solche, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können, resp. bei denen es sich um Rechte handelt, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch eine enge Verbundenheit mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis aufweisen und mit dem Rechtsmittel keine wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, vgl. etwa BGE 108 II 77, 78.

<sup>191</sup> Vgl. etwa BGE 81 II 413, 416; 78 II 181, 182; SCHULLER, *Streitwert*, S. 119; GULDENER, *Zivilprozessrecht*, S. 108 f. und S. 111; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht*, § 8 N 8; VOGEL, *Grundriss*, 4 N 95; FREY, *Anwaltsgebührentarif*, S. 52.

<sup>192</sup> Vgl. eingehend STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht*, § 8 N 12 ff.

<sup>193</sup> SR 173.110.

*standsgesetz, GestG*)<sup>194</sup> massgebend. Der früher geltende Art. 538 Abs. 2 ZGB wurde durch Anhang Ziff. 2 des Gerichtsstandsgesetzes aufgehoben.

Der sachliche Anwendungsbereich des GestG umfasst grundsätzlich die *örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen*, sofern kein internationaler Sachverhalt vorliegt (vgl. Art. 1 Abs. 1 GestG). Beim Vorliegen eines internationalen Verhältnisses bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach Massgabe des anwendbaren Kollisionsrechts. Eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GestG findet sich bei Rechtsverhältnissen, welche im Bundesprivatrecht geregelt sind; entscheidend ist die rechtliche Natur des Streitgegenstandes<sup>195</sup>.

Die örtliche Zuständigkeit für erbrechtliche Klagen bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 1 GestG; zweifelsohne fällt auch die *Ungültigkeitsklage* nach Art. 519 ff. ZGB unter den Begriff der erbrechtlichen Klagen<sup>196</sup>. Für die Beurteilung solcher Klagen ist nach dieser Bestimmung das Gericht am *letzten Wohnsitz des Erblassers* zuständig. Nicht von Bedeutung sind damit beispielsweise der Ort des Versterbens, der Wohnsitz der Prozessparteien oder der Ort der gelegenen Nachlassgegenstände. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Rechtsnatur einer eingereichten Klage – also die Frage, ob das fragliche Rechtsmittel tatsächlich eine Ungültigkeitsklage i.S.v. Art. 519 ff. ZGB darstellt – anhand der Rechtsbegehren und des juristischen Fundaments, d.h. der geltend gemachten Rechtsgrundlage, bestimmt<sup>197</sup>.

Als letzter Wohnsitz des Erblassers gilt der Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes des Erblassers; dieser bestimmt sich nach den Art. 23-26 ZGB. Entscheidend ist somit der Ort, an dem sich der Erblasser in für Dritte objektiver und erkennbarer Weise mit der Absicht dauernden – nicht bloss vorübergehenden – Verbleibens aufhält. Es handelt sich mithin um den Ort, an welchem sich der Mittelpunkt oder Schwerpunkt der Lebensbeziehungen manifestiert. Im Gegensatz zur Begründung ist zur Beibehaltung des Wohnsitzes keine physische Präsenz notwendig; der Wohnsitz eines Erblassers in Basel bleibt etwa auch dann erhalten, wenn er sich in Lugano in Spitalpflege befindet<sup>198</sup>.

Wird eine Person infolge von Altersschwäche oder anderen Gründen bevormundet, befindet sich der Wohnsitz der bevormundeten Person am Sitz der Vormundschaftsbehörde (Art. 25 Abs. 2 ZGB). Die blosser Errichtung einer Beistand- oder Beiratschaft hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich keinen Einfluss auf den Wohnsitz der betroffenen Person und vermag keinen solchen abgeleiteten Wohnsitz zu begründen<sup>199</sup>.

Da das GestG in Art. 18 Abs. 1 es nicht ausdrücklich vorsieht, ist der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers grundsätzlich *nicht zwingend* (vgl. auch Art. 2 Abs. 1

---

<sup>194</sup> SR 272.

<sup>195</sup> Vgl. BOTSCHAFT GestG, S. 2843; SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, Art. 1 N 1; VOCK, Gerichtsstandsgesetz, S. 27. – Zur örtlichen Zuständigkeit bei internationalen Verhältnissen vgl. oben S. 37 ff.

<sup>196</sup> Vgl. statt vieler VON WERDT, GestG-Kommentar, Art. 18 N 4; BOTSCHAFT GestG, S. 2855.

<sup>197</sup> Vgl. BGE 117 II 26, 28; 66 I 48, 49.

<sup>198</sup> Vgl. ZGB-STAEHELIN, Art. 23 N 20. – Vgl. auch – noch zu Art. 538 Abs. 2 ZGB – das illustrative Beispiel bei DRUEY, Erbrecht, § 14 N 14.

<sup>199</sup> Vgl. etwa BGE 94 II 220, 228.



GestG). Den Parteien eines bestehenden oder künftigen Ungültigkeitsprozesses steht es demgemäss offen, eine Gerichtsstandsvereinbarung zu treffen. Eine solche Prorogation muss grundsätzlich schriftlich abgefasst werden (etwa in einem Erbteilungsvertrag), doch sind auch Vereinbarungen unter Einbezug von Telex, Telefax oder E-Mail oder mündliche Abmachungen mit schriftlicher Bestätigung der Parteien zulässig (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 GestG)<sup>200</sup>. Aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GestG erhellt indes, dass eine Gerichtsstandsbestimmung, welche in einer letztwilligen Verfügung des Erblassers enthalten ist, nicht beachtlich sein kann – eine solche Anordnung ist nicht von den Parteien i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GestG vereinbart<sup>201</sup>. Auf Grund dieser Gegebenheit erscheint es m.E. gerechtfertigt, den Gerichtsstand für den Erblasser mit Blick auf die einseitigen Verfügungen von Todes wegen als (quasi-) zwingend zu bezeichnen.

## II. Klagefrist

### A. Allgemeines

Sedes materiae der Klagefrist der Ungültigkeitsklage ist der *Art. 521 ZGB*. Diese Norm unterscheidet in Abs. 1 zwischen einer relativen und einer absoluten Frist; besondere Fristen gelten bei Bösgläubigkeit des Beklagten (Abs. 2) und bei der einredeweisen Geltendmachung der Ungültigkeit (Abs. 3). Ähnliche Verjährungsfristen gelten auch für die Herabsetzungs- und für die Erbschaftsklage (vgl. Art. 533 und 600 ZGB), wobei aber bei der Herabsetzungsklage die besondere Frist bei Bösgläubigkeit, bei der Erbschaftsklage die Möglichkeit der Einrede fehlt.

Die eminente Bedeutung, welcher der Klagefrist in praxi zukommt, rechtfertigt eine einlässliche Darstellung der damit verbundenen Streitfragen.

Wie aus der Marginalie ersichtlich, soll es sich bei der Klagefrist nach dem Wortlaut des Gesetzes um eine *Verjährungsfrist* (im technischen Sinn) handeln. Diese zeichnet sich zum einen dadurch aus, dass sie nicht den Untergang des betreffenden Rechts, sondern nur – aber immerhin – dessen klageweise Durchsetzbarkeit ausschliesst. Zum anderen können Verjährungsfristen unterbrochen werden (Art. 135 OR) mit der Konsequenz, dass die Verjährung von neuem zu laufen beginnt (Art. 137 f. OR). Ferner darf auf Grund von Art. 142 OR die Verjährung vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden<sup>202</sup>. Sollte es sich bei Lichte betrachtet bei der Klagefrist der Ungültigkeitsklage tatsächlich um eine eigentliche Verjährungsfrist handeln, sind die erwähnten Vorschriften des Allgemeinen Teil des Obligationenrechts kraft Art. 7 ZGB auch im Rahmen der Ungültigkeitsklage sinngemäss anwendbar<sup>203</sup>; ob die Marginalie des Gesetzes indes zutreffend ist, ist umstritten.

---

<sup>200</sup> Vgl. SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, Art. 18 N 4 i.V.m. Art. 9 N 4 ff.; VOCK, Gerichtsstandsgesetz, S. 36 und S. 32 f.

<sup>201</sup> In diesem Sinne auch SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, Art. 18 N 4 i.V.m. Art. 9 N 7; WIRTH, Kommentar GestG, Art. 9 N 58; GRÜNINGER, Kommentar GestG, Art. 18 N 50.

<sup>202</sup> Zu den Wesensmerkmalen der Verjährung vgl. etwa SCHWENZER, OR AT, N 83.04.

<sup>203</sup> Zur Bedeutung von Art. 7 ZGB vgl. oben S. 33 ff.

Nach – jüngerer – Auffassung des *Bundesgerichts* soll es sich bei der Klagefrist der Ungültigkeitsklage nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine *Verwirkungsfrist* handeln<sup>204</sup>. Begründet wird dieser Standpunkt einerseits damit, dass die Unterbrechungsgründe der Verjährung gemäss Art. 135 OR (und damit auch die Art. 137 f. OR betr. dem Neubeginn der Verjährungsfrist) auf die Ungültigkeitsklage als Gestaltungs- klage in der Hauptsache keine Anwendung finden können. So ist eine Schuldbetreibung zur Unterbrechung der Verjährung (Art. 135 Ziff. 2 OR) bei der Ungültigkeitsklage kaum denkbar. Einzig die Einreichung der Klage oder Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch wäre auch im Lichte der Ungültigkeitsklage erdenklich<sup>205</sup>. Andererseits spricht nach Ansicht des Bundesgerichts auch die ratio von Art. 521 ZGB für eine Verwirkung, denn das Gesetz will mit dieser Norm „unverkennbar dafür sorgen, dass eine allfällige Ungültigkeitsklage im Regelfalle (– wenn nicht die Sonderbestimmung von Art. 521 Abs. 2 ZGB eingreift –) innert einer verhältnismässig kurzen Frist vom Bekanntwerden der massgebenden Tatsachen an erhoben und der fragliche Streit im so eingeleiteten Verfahren erledigt wird“<sup>206</sup>.

Einer verjährungsrechtlichen Gesetzesnorm ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Sonderstellung beizumessen. Diese Irregularität äusserst sich dadurch, dass diese Norm auch bei Verwirkungsfristen – zumindest sinngemäss – Anwendung findet<sup>207</sup>. So hat das Bundesgericht in BGE 98 II 176, 183 f., die verjährungsrechtliche Bestimmung über die Einräumung einer *Nachfrist bei Rückweisung der Klage* (Art. 139 OR) explizite auch für die Ungültigkeitsklage anwendbar erklärt. Der Kläger kommt aber nur dann in den Genuss der Nachfrist, wenn er innert der Klagefrist, etwas – wenn auch nicht das Richtige – vorgekehrt hat und die Klage in der Folge aus formellen Gründen zurückgewiesen wird. Das Gesetz erwähnt etwa die Rückweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts. Demgegenüber ist es einem Kläger verwehrt, sich auf die 60-tägige Nachfrist des Art. 139 OR zu berufen, wenn er die Klagefrist unbenutzt hat verstreichen lassen<sup>208</sup>.

Teile der älteren *Doktrin* verstanden die Klagefrist der Ungültigkeitsklage entsprechend dem Gesetzeswortlaut als reine Verjährungsfrist resp. als eine Frist, in der verjährungs- und verwirkungsrechtliche Elemente vermischt sind<sup>209</sup>. Demgegenüber interpretiert die heute wohl herrschende Lehre die Klagefrist als Verwirkungsfrist und stellt sich damit

---

<sup>204</sup> Vgl. bereits BGE 86 II 340, 345, wo sich das Bundesgericht implizite für Verwirkung ausspricht, explizite in BGE 98 II 176, 179 f. und 102 II 193, 196.

<sup>205</sup> PIOTET, SPR IV/1, S. 277, ist richtigerweise der Ansicht, dass eine Unterbrechung der Verjährung mit der Einreichung und einem späteren Rückzug der Klage erreicht werden kann; allerdings scheint er zu übersehen, dass einem Klagerückzug die gleiche Rechtskraftwirkung wie ein die Klage abweisendes Sachurteil zukommt, so dass gegen eine neuerliche Klageeinreichung die Einrede der *res iudicata* erhoben werden kann, vgl. beispielsweise GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 401 f.; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 19 N 13. Da mit dem Klagerückzug ein unwiderrufbarer Rechtsverlust verbunden ist, wird der vorausschauende Kläger tunlichst unterlassen, eine Unterbrechung der Klagefrist durch Klageeinreichung und anschliessendem Klagerückzug herbeizuführen.

<sup>206</sup> BGE 98 II 176, 180.

<sup>207</sup> Vgl. dazu BGE 89 II 304, 307 f.

<sup>208</sup> Vgl. BGE 98 II 176, 183 f.; 93 II 367, 370 f.; 89 II 304, 311 f.

<sup>209</sup> Vgl. etwa BK-TUOR, Art. 521 N 1 ff.; ZK-ESCHER, Art. 521 N 1; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 78.

in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im wesentlichen findet sich die Begründung dieser jüngeren Doktrin in der Faustregel, dass grundsätzlich nur Forderungen verjähren, währenddessen Gestaltungs(klage)rechte verwirken<sup>210</sup>.

Wie bereits dargestellt wurde, erweist sich die Ungültigkeitsklage des schweizerischen Erbrechts bei näherer Betrachtung als eigentliche *Anfechtungsklage*<sup>211</sup>. Ein begriffstypisches Merkmal der Anfechtbarkeit besteht darin, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft infolge Ablauf der jeweiligen Frist geheilt wird (Konvaleszenz). Das Verstreichenlassen der Klagefrist bewirkt somit die Gültigkeit einer an sich mit einem Ungültigkeitsgrund behafteten Verfügung von Todes wegen. Fristen, welche die Geltendmachung der Anfechtung in zeitlicher Hinsicht beschränken, charakterisieren sich aber als Verwirkungs-, nicht als Verjährungsfristen<sup>212</sup>. Aus der Konzeption als Anfechtungsklage erhellt damit, dass es sich bei der Frist – dem Gesetzeswortlaut zum Trotz – konsequenterweise nicht um Verjährungs- sondern um eine *Verwirkungsfrist* handeln muss. Als solche kann sie nicht unterbrochen werden, ist von Amtes wegen zu berücksichtigen und zieht bei unbenutztem Fristablauf den Untergang des Rechts nach sich. Den Verfechtern der Verjährungstheorie kann immerhin zugute gehalten werden, dass in der Tat die Möglichkeit der Erhebung der Ungültigkeitseinrede mit einer eigentlichen Verwirkung nicht leicht in Einklang zu bringen ist.

## **B. Relative und absolute Frist**

### ***1. Relative Frist***

Damit der Fristenlauf der relativen, einjährigen Frist einsetzt, sind kumulativ zwei *subjektive* Voraussetzungen erforderlich: Zum einen muss der Kläger *Kenntnis der Verfügung von Todes wegen* erhalten haben, zum anderen muss er auch *Kenntnis des Ungültigkeitsgrundes* empfangen haben.

Kraft der Tatsache, dass der Gesetzgeber bei Vorliegen eines Erbvertrages keine Eröffnung vorgesehen hat, erhellt, dass – im Gegensatz zur absoluten Frist – die amtliche Eröffnung der Verfügung (Art. 557 ZGB) für den Fristenlauf grundsätzlich nicht von Relevanz ist<sup>213</sup>. Dieser Tatsache zum Trotz ist in praxi immer wieder die Eröffnung der Verfügung für den Fristenlauf massgebend, da in aller Regel just durch diesen amtlichen Akt Kenntnis von der Verfügung erlangt wird. Überdies kann so verhindert werden, dass sich Beweisprobleme bezüglich der subjektiven Kenntnis manifestieren<sup>214</sup>. Wird in concreto dennoch auf die tatsächliche Kenntnis des Klägers

---

<sup>210</sup> Vgl. beispielsweise DRUEY, Erbrecht, § 12 N 52; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 1; PIOTET, SPR IV/1, S. 276; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 483; SCHWENZER, OR AT, N 83.05.

<sup>211</sup> Vgl. oben S. 32 f.

<sup>212</sup> Zu den begriffstypischen Merkmalen der Anfechtbarkeit vgl. oben S. 8 ff.

<sup>213</sup> Vgl. BGE 78 II 11, 12 f.; BÜHLER, Ablauf, S. 21. – Die überwiegende Lehre ist der Ansicht, dass bezüglich der Eröffnung von Erbverträgen eine Gesetzeslücke vorliegt, welche in dem Sinne geschlossen werden soll, dass alle Erbverträge dann bundesrechtlich als einlieferungs- und eröffnungspflichtig zu gelten haben, wenn sie testamentarische, d.h. einseitig widerrufbare Verfügungen des Erblassers enthalten, vgl. ZGB-KARRER, Art. 556 N 13; SCHNYDER, Eröffnung, S. 121 ff. m.w.H.

<sup>214</sup> Vgl. BÜHLER, Ablauf, S. 21; HERZER, Eröffnung, S. 34; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 128 f.;

abgestellt, hat dies eine individuelle Berechnung des Beginns des Fristenlaufs bezüglich jedem Kläger zur Folge.

Mit Recht wird in diesem Zusammenhang betont, dass der Kläger überdies Kenntnis vom Tode des Erblassers und von der seinerseitigen Berufung als Erbe oder Vermächtnisnehmer – sei es kraft gesetzlicher Erbfolge oder kraft einer früheren Verfügung – haben muss<sup>215</sup>.

Von entscheidender Bedeutung ist die Frage, wann der Kläger „Kenntnis“ i.S.v. Art. 521 Abs. 1 ZGB hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vermag erst die „zuverlässige Kenntnis“<sup>216</sup> den Fristenlauf auszulösen. Diese Kenntnis muss „réelle et précise“<sup>217</sup> sein und dem Kläger insbesondere ermöglichen, die Prozesschancen zu beurteilen und eine Klage einzureichen, welche einen möglichen Erfolg erwarten lässt; einer absoluten Gewissheit bedarf es jedoch nicht<sup>218</sup>. Demnach reichen „blosse Vermutungen oder ein Verdacht [...] für den Beginn der einjährigen Anfechtungsfrist sowenig aus wie der Umstand, dass der Kläger den Ungültigkeitsgrund früher hätte erkennen müssen. Er muss vielmehr sichere Kenntnis davon haben, dass eine Verfügung von Todes wegen vorliegt und die Verfügung [...] ungültig ist“<sup>219</sup>.

Abwegig ist m.E. die Ansicht, die Klagefrist könne schon vor dem Tod des Erblassers zu laufen beginnen, wie beispielsweise dann, wenn der Erblasser dem potenziellen Kläger die ungültige Verfügung noch zu Lebzeiten gezeigt hat und Letzterer auf diese Art Kenntnis erhalten hat<sup>220</sup>. Aus der Tatsache, dass es dem Erblasser jederzeit offen steht, seine letztwillige Verfügung zu widerrufen oder zu vernichten (vgl. Art. 509 ff. ZGB) erhellt, dass es nicht erdenklich sein kann, den Fristenlauf der Ungültigkeitsklage schon vor dem Ableben des Erblassers einsetzen zu lassen. Zu Recht wird folglich in der Doktrin die Auffassung vertreten, dass die Eröffnung des Erbanges (vgl. Art. 537 Abs. 1 ZGB) überhaupt der frühest mögliche Zeitpunkt darstellt, in welchem der Fristenlauf beginnen kann<sup>221</sup>.

---

BGE 78 II 11, 12. – Zur Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen vgl. unten S. 49 ff.

<sup>215</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 521 N 4; ZK-ESCHER, Art. 521 N 2; WELTI, Willensmängel, S. 77 f.

<sup>216</sup> BGE 78 II 11, 13.

<sup>217</sup> BGE 91 II 327, 333; vgl. auch PIOTET, SPR IV/1, S. 277; PICENONI, Verjährung, S. 102.

<sup>218</sup> Vgl. diesbezüglich auch RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 73; ZK-ESCHER, Art. 521 N 2; BK-TUOR, Art. 521 N 4; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 81; BGE 121 III 249, 250 (in Bezug auf die Klagefrist der Herabsetzungsklage).

<sup>219</sup> BGE 113 II 270, 274; vgl. auch BGE 91 II 327, 333; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 80 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 277.

<sup>220</sup> Vgl. diesbezüglich ZK-ESCHER, Art. 521 N 2; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 73; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 2; BGE 46 II 11, 12; 53 II 101, 103.

<sup>221</sup> Vgl. beispielsweise MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 82; BK-TUOR, Art. 521 N 4; ZK-ESCHER, Art. 521 N 2; missverständlich RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 74, der anscheinend die Eröffnung der Verfügung i.S.v. Art. 556 ff. ZGB mit der Eröffnung des Erbanges i.S.v. Art. 537 Abs. 1 ZGB verwechselt.

## 2. Absolute Frist

### a. Bei letztwilligen Verfügungen

Da sich der Beginn des Fristenlaufs der relativen Frist – wie bereits dargelegt wurde – grundsätzlich nach subjektiven Gesichtspunkten definiert und sich die Kenntnis je nach den Umständen des Einzelfalles auch erst sehr spät (allenfalls gar nach Jahren) einstellen kann, sieht das Gesetz – nach dem Vorbild von Art. 60 und 67 OR – eine absolute Verwirkungsfrist vor<sup>222</sup>. Der Fristenlauf der zehnjährigen absoluten Frist bestimmt sich nach einem *objektiv* bestimmbaren Moment: Massgebend ist der „Tag der *Eröffnung der Verfügung*“ (Art. 521 Abs. 1 i.f. ZGB). Zu präzisieren bleibt, dass gemäss allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen für die Berechnung der Frist der Tag, an welchem die Frist beginnt, nicht mitgerechnet wird. Damit kommt Kläger in den Genuss der ganzen Frist zur Einreichung des Rechtsmittels<sup>223</sup>. Wurde die Verfügung beispielsweise an einem 27. September eröffnet, berechnet sich die Klagefrist ab dem 28. September.

Das Verfahren, welches zu einer Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen führt, gliedert sich grundsätzlich in die amtliche Vorladung der Erben (Art. 557 Abs. 2 ZGB), in die formelle Eröffnung durch einen amtlichen Akt in Gegenwart der gemäss Art. 557 Abs. 2 ZGB vorgeladenen Personen (Eröffnungsverhandlung, Art. 557 Abs. 1 ZGB) sowie in die Übergabe der Abschrift der eröffneten Verfügung an die Beteiligten (Art. 558 Abs. 1 ZGB)<sup>224</sup>. Jede dieser Teilstufen des Eröffnungsverfahrens könnte massgebend sein für den Beginn der absoluten Verjährungsfrist. In BGE 78 II 11, 12, hat sich das Bundesgericht in Klärung dieser Frage dahingehend geäußert, dass der Lauf der zehnjährigen Frist bei letztwilligen Verfügungen mit deren *amtlichen Eröffnung*, also der formellen Eröffnung durch einen amtlichen Akt, eintreten soll<sup>225</sup>. Diese Rechtsprechung entspricht auch der überwiegenden Meinung der Doktrin<sup>226</sup>. Da in der heutigen *Praxis der Kantone* in aller Regel keine förmliche Eröffnungsverhandlung, sondern eine *schriftliche Eröffnung* – welche zugleich auch die Übergabe der Abschrift der Verfügung an die Beteiligten gem. Art. 558 Abs. 1 ZGB enthält – Platz greift, setzt bei Lichte betrachtet der Fristenlauf mit Empfang der schriftlichen Eröffnung bei den Beteiligten ein.

Wird eine letztwillige Verfügung erst nach Ablauf der absoluten Frist aufgefunden oder von einem der Beteiligten nicht eingeliefert, kann nach richtiger Auffassung – mangels Eröffnung – der Lauf der Klagefrist nicht einsetzen<sup>227</sup>. Überdies kann nach der bundes-

<sup>222</sup> Vgl. ERLÄUTERUNGEN, S. 412; PICENONI, Verjährung, S. 102; BK-TUOR, Art. 521 N 2.

<sup>223</sup> Vgl. beispielsweise GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 265; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 12 N 6. – Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Eröffnung der Verfügung, sondern auch bei der Kenntnis von Verfügung und Ungültigkeitsgrund oder beim Tod des Erblassers.

<sup>224</sup> Vgl. beispielsweise BÜHLER, Ablauf, S. 21 f.; SCHNYDER, Eröffnung, S. 109 ff.

<sup>225</sup> Dieser Entscheid wurde mit BGE 99 II 246, 259, bestätigt.

<sup>226</sup> Vgl. etwa HERZER, Eröffnung, S. 34 f.; ZGB-KARRER, Art. 557 N 22; BÜHLER, Ablauf, S. 22; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 89. – Für BECK, Grundriss, S. 133, ist demgegenüber der Zeitpunkt der schriftlichen Mitteilung des Testaments massgebend.

<sup>227</sup> Vgl. HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 132; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 74; WELTI, Willensmängel, S. 77; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 89; BK-TUOR, Art. 521 N 7; ZK-ESCHER, Art. 521 N 5. – Wird ein Testament von einem Erben vorsätzlich unterdrückt und so eine Eröffnung verhindert, hat

gerichtlichen Rechtsprechung mangels einwandfreier Testamentseröffnung – etwa bei örtlicher Unzuständigkeit – der Fristenlauf nicht ausgelöst werden. Entsprechendes gilt auch für die Testamentseröffnung gegenüber einer urteilsunfähigen Erbin, wenn mangels einer gesetzlichen Vertretung niemand rechtsverbindlich die Testamentseröffnung entgegennehmen konnte<sup>228</sup>.

#### b. Bei Erbverträgen

Teilweise kontrovers sind die Lehrmeinungen in Bezug auf den Beginn der absoluten Klagefrist beim *Erbvertrag*, da hier das geltende ZGB weder eine Einlieferungspflicht und eine amtliche Eröffnung vorsieht; diesbezüglich besteht eine Gesetzeslücke. Während früher teilweise die Auffassung vertreten wurde, bei Erbverträgen könne auf eine absolute Frist verzichtet werden, ist heute in der Doktrin die Notwendigkeit einer absoluten Klagefrist auch in Bezug auf Erbverträge einhellig anerkannt<sup>229</sup>. Massgebend für den Fristenlauf ist nach Ansicht der herrschenden Lehre der Inhalt der jeweiligen Verfügung; zu unterscheiden ist zwischen Erbverträgen, welche auch letztwillige Anordnungen enthalten, und solchen, welche ausschliesslich erbvertragliche Bestimmungen aufweisen.

Ein Erbvertrag enthält zugleich *auch testamentarische Verfügungen*, wenn sich die freie Widerrufbarkeit dieser Bestimmungen aus dem Text der Urkunde ergibt<sup>230</sup>. Nach Auffassung der herrschenden Lehre ist diesfalls der Erbvertrag einzuliefern und von der zuständigen Behörde zu eröffnen<sup>231</sup>. Der herrschenden Lehre ist m.E. beizupflichten, denn es scheint nichts dagegen zu sprechen, einen weitgehenden Gleichlauf mit den letztwilligen Verfügungen in dem Sinne zu erreichen, dass der Lauf der absoluten Klagefrist auch bei Vorliegen dieser besonderen Konstellation mit der *Eröffnungsverhandlung* eintritt<sup>232</sup>. Soweit ersichtlich hatte das Bundesgericht bisher keine Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern.

Beinhaltet demgegenüber die Verfügung von Todes wegen ausschliesslich Bestimmungen, welche sich durch ihre Bindungswirkungen charakterisieren, liegt ein reiner Erbvertrag vor. Da sich die Marginalie von Art. 556 ff. ZGB nur auf die „Eröffnung der letztwilligen Verfügung“ bezieht, ist nach Ansicht der herrschenden Lehre von Bundesrechts wegen für Erbverträge weder eine Einlieferungspflicht noch eine amtliche Eröffnung vorgesehen. Im Hinblick auf die Frage, wann bei Vorliegen einer solchen Verfügung der Lauf der absoluten Frist einsetzt, sucht die herrschende Lehre eine Lösung in der analogen Anwendung von Art. 533 Abs. 1 und 600 Abs. 1 ZGB und stellt damit auf den *Tod des Erblassers* ab<sup>233</sup>. Demgegenüber vertritt neuerdings KARRER die

---

dies – als Sanktion der Verletzung der Einlieferungspflicht – die Erbinwürdigkeit zur Folge, vgl. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 556 Abs. 1 ZGB.

<sup>228</sup> Vgl. BGE 75 II 190, 194; 69 II 357, 364. – Zur kantonalen Praxis bei der Testamentseröffnung vgl. HERZER, Eröffnung, S. 47 ff.

<sup>229</sup> Vgl. STEINER, Erfordernis, S. 147; ZK-ESCHER, Art. 521 N 3 m.w.H.

<sup>230</sup> Vgl. beispielsweise DRUEY, Erbrecht, § 10 N 18.

<sup>231</sup> Vgl. ZGB-KARRER, Art. 556 N 13; SCHNYDER, Eröffnung, S. 121 ff.; ZK-ESCHER, Art. 556 N 2.

<sup>232</sup> Vgl. in diesem Sinne SCHNYDER, Eröffnung, S. 124; ZGB-KARRER, Art. 557 N 21 i.V.m. Art. 556 N 13; HERZER, Eröffnung, S. 36 f.; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 90.

<sup>233</sup> Vgl. RASCHIN, Ungültigkeit, S. 75; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 90; HERZER, Eröffnung,

Auffassung, dass von Bundesrechts wegen alle Erbverträge einlieferungs- und eröffnungspflichtig sind und die absolute Frist auch bei Erbkonventionen stets mit deren Eröffnung zu laufen beginnt<sup>234</sup>. Das Bundesgericht hat in Bezug auf einen Erbverzichtsvertrag entschieden, dass der Fristenlauf von Art. 521 ZGB mit der Eröffnung des Erbanges, d.h. mit dem Tod des Erblassers (vgl. Art. 537 Abs. 1 ZGB) beginnt<sup>235</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung verdient die herrschende Lehre gegenüber der Auffassung von KARRER den Vorzug. Die etwas undifferenziert anmutende Stipulation einer pauschalen Einlieferungs- und Eröffnungspflicht bei jedwelchen Erbverträgen findet im Gesetz keinen genügenden Halt und setzt – teilweise unnötigerweise – ein kostenträchtiges amtliches Verfahren in Gang. Überdies führt die Nichteinlieferung durch den Kontrahenten selbst dann zu der wenig angebrachten Sanktion der Erbunwürdigkeit (vgl. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB), wenn keinerlei Dritte durch den Erbvertrag begünstigt oder sonstwie betroffen werden. Bei einem einfachen Erbvertrag zwischen einem verwitweten Vater und seinem einzigen Sohn erscheint eine generelle Einlieferungs- und Eröffnungspflicht wenig sachgerecht. Insbesondere die von der herrschenden Lehre vorgeschlagene Analogie zur Herabsetzungsklage vermag m.E. zu überzeugen, da die Klagefristen bei beiden Rechtsmitteln ähnlich geregelt sind und sich die Verwandtschaft zwischen Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage auch in positivrechtlicher Hinsicht – beide Klagen sind Gegenstand des sechsten Abschnitts des vierzehnten Titels des ZGB – manifestiert.

### C. Frist bei Bösgläubigkeit des Bedachten

Den allgemeinen relativen und absoluten Verwirkungsfristen von Art. 521 Abs. 1 ZGB wird in Art. 521 Abs. 2 ZGB eine besondere Verwirkungsfrist zur Seite gestellt. Deren Besonderheit manifestiert sich in zweierlei Hinsicht. Zum einen findet sie in *personeller Hinsicht* nur Anwendung „gegenüber einem bösgläubig Bedachten“, zum anderen ist sie in *sachlicher Hinsicht* auf die beiden Klagegründe der „Verfügungsunfähigkeit des Erblassers“ und der „Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit“ beschränkt. Ergo findet Abs. 2 von Art. 521 ZGB keine Anwendung auf die Ungültigkeitsgründe des Willensmangels und des Formmangels<sup>236</sup>.

In der Doktrin wird beinahe einhellig die wenig einleuchtende Differenzierung in sachlicher Hinsicht kritisiert, da nicht recht einzusehen sei, „weshalb die Verfügungsunfähigkeit strengeren Sanktionen ausgesetzt werden soll als die Willensmängel, insbesondere Täuschung und Drohung“<sup>237</sup>. Mit der geltenden Regelung hat der Gesetzgeber in verwirkungsrechtlicher Hinsicht gewisse Ungültigkeitsgründe besonders qualifiziert, obwohl sie sowohl in formellen als auch in materiellen Belangen homogene Rechtsfol-

---

S. 36; WELTI, Willensmängel, S. 76; ZK-ESCHER, Art. 521 N 3; BK-TUOR, Art. 521 N 6; PIOTET, SPR IV/2, S. 717 f.

<sup>234</sup> Vgl. ZGB-KARRER, Art. 557 N 22 i.V.m. Art. 556 N 13.

<sup>235</sup> Vgl. BGE 53 II 101, 103; der Fall des positiven Erbvertrags wurde vom Bundesgericht indes vorbehalten.

<sup>236</sup> Zu den einzelnen Klagegründen der Ungültigkeitsklage vgl. unten S. 61 ff.

<sup>237</sup> RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 75 f.; vgl. beispielsweise auch BK-TUOR, Art. 521 N 9; WELTI, Willensmängel, S. 78; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 91; PIOTET, SPR IV/1, S. 278 f.

gen nach sich ziehen. Diese Unterscheidung erscheint in der Tat wenig sachgerecht und vermag nicht zu befriedigen, liegt doch dem Drohungs- oder Täuschungstatbestand eine besonders verwerfliche Verhaltensweise zu Grunde. Die geltende Regelung ist *de lege lata* wohl hinzunehmen, *de lege ferenda* indessen zu überdenken.

Die Klagefrist bei Bösgläubigkeit des Bedachten beträgt *dreissig Jahre* und stellt damit – zusammen mit der entsprechenden Frist der Erbschaftsklage (vgl. Art. 600 Abs. 2 ZGB) – die längste Frist des schweizerischen Privatrechts dar. Diese dreissigjährige Frist überlagert nach der herrschenden Lehre sowohl die relative als auch die absolute allgemeine Klagefrist<sup>238</sup>. In der Tat lässt sich dem Gesetz keine Beschränkung der Anwendbarkeit auf die eine oder andere Frist entnehmen.

Keinen Aufschluss gibt das Gesetz auf die Frage, wann der Lauf der dreissigjährigen Klagefrist einsetzt. Mit der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass – in Anlehnung an Art. 521 Abs. 1 i.f. ZGB – für den Fristenlauf der Tag der *Eröffnung der Verfügung* massgebend ist<sup>239</sup>. Konsequenterweise muss bei Erbverträgen je nach dessen Inhalt auch der Tod des Erblassers den Fristenlauf auslösen können<sup>240</sup>.

Das *Erfordernis der mala fides* gilt als erfüllt, wenn der Erbe, Legatar oder durch Auflage Begünstigte (eben der „Bedachte“) einerseits Kenntnis von der Ungültigkeit der Verfügung hatte und er andererseits die für ihn vorgesehenen erbrechtlichen Vorteile beanspruchte. Entsprechendes gilt kraft Art. 3 Abs. 2 ZGB auch wenn der Bedachte bei Anwendung der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen des Einzelfalles von ihm verlangt werden darf, die Ungültigkeit der Verfügung hätte erkennen müssen<sup>241</sup>. Zu Recht betont TUOR, dass die Veranlassung des Erblassers durch den Bedachten zum Verfassen einer ungültigen Verfügung von Todes wegen nicht verlangt ist<sup>242</sup>. Um die Erben davor zu schützen, dass ihnen nicht unbesonnen *mala fides* unterstellt wird, ist es m.E. erforderlich, dass sich die Beanspruchung der erbrechtlichen Vorteile durch einen Erben positiv manifestiert; der blosser Wille, diese zu beanspruchen, kann nicht genügen.

Bezüglich des *Zeitpunkts der mala fides* gilt festzuhalten, dass die dreissigjährige Verjährungsfrist insbesondere dann Platz greift, wenn der Bedachte schon bei Errichtung der Verfügung bösgläubig war. Anwendung findet überdies der Rechtsgrundsatz „*mala fides superveniens nocet*“, welcher im Lichte der Ungültigkeitsklage besagt, dass die Bösgläubigkeit i.S.v. Art. 521 Abs. 2 ZGB beim Bedachten auch dann vorliegt, wenn sie erst nach Errichtung der Verfügung von Todes wegen eintritt. Rechtlich bedeutungslos ist selbstverständlich eine nach Ablauf der allgemeinen relativen und absoluten Verwirkungsfrist auftretende Bösgläubigkeit<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> Vgl. beispielsweise BK-TUOR, Art. 521 N 12; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 53; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 75.

<sup>239</sup> Vgl. ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 3; PIOTET, SPR IV/1, S. 278; ZK-ESCHER, Art. 521 N 9; BK-TUOR, Art. 521 N 12 i.V.m. N 5.

<sup>240</sup> Zum Beginn des Laufs der (absoluten) Klagefrist bei Erbverträgen vgl. oben S. 50 ff.

<sup>241</sup> Vgl. ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 3; BK-TUOR, Art. 521 N 10; ZK-ESCHER, Art. 521 N 7; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 76.

<sup>242</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 521 N 10.

<sup>243</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 76 f.; STEINER, Erfordernis, S. 148; ZK-ESCHER, Art. 521 N 9; BK-TUOR, Art. 521 N 10; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 3; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 94



Wird in einer letztwilligen Verfügung beispielsweise eine *juristische Person* als Erbin eingesetzt, beurteilt sich die Frage ihrer Bösgläubigkeit auf Grund allgemeiner Grundsätze nach der Bewusstseinslage der Organe<sup>244</sup>. Lässt sich der Gegenkontrahent beim Erbvertrag – zulässigerweise – *vertreten*, wird für die Beurteilung des Vorliegens der Bösgläubigkeit auf die Person des Vertreters abgestellt<sup>245</sup>.

## D. Einrede der Ungültigkeit

### 1. Allgemeines

Neben der Möglichkeit, die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen offensiv, d.h. klageweise, geltend zu machen, besteht nach Art. 521 Abs. 3 ZGB gleichermassen die Gelegenheit, diesen Anspruch auch in der Position eines Beklagten, defensiv und somit einredeweise, zu erheben; zu denken ist beispielsweise an eine erhobene Teilungs- oder Erbschaftsklage.

Der Vorteil, die Ungültigkeit einredeweise geltend zu machen, besteht hauptsächlich darin, dass die Einrede jederzeit, also *zeitlich unbeschränkt*, geltend gemacht werden kann. Der Einredoberechtigte trägt weder das Risiko der Versäumung einer Frist noch die Beweislast für die Einhaltung einer Frist<sup>246</sup>. Daneben kommt der Einredoberechtigte in den Genuss, nicht von sich aus aktiv werden zu müssen, sondern vorerst das Verhalten seines Widersachers abwarten zu können. Diesem obliegt es nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen auch, die Kosten für die gerichtliche Austragung eines Rechtsstreits vorläufig vorzuschüssen.

Die Einrede wird allerdings *nicht von Amtes wegen* beachtet, sondern muss vom Berechtigten erhoben werden. Nach – angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts wohl fraglicher – Auffassung von Bundesgericht und Doktrin soll sie nur solange geltend gemacht werden können, als die Erbteilung noch nicht erfolgt ist<sup>247</sup>.

### 2. Verhältnis zwischen Ungültigkeitsklage und -einrede

Ob in einem Rechtsstreit die Klage oder die Einrede der Ungültigkeit praktische Relevanz erhält, bestimmt sich nach Massgabe des Besitzes an den Nachlassgegenständen. Wenn das Gesetz vorschreibt, dass die Ungültigkeitsklage mit dem Ablauf einer bestimmten Frist verwirkt, so kann dies nur heissen, der nichtbesitzende Benachteiligte müsse bei Gefahr des Verlustes des Klagerechts innert dieser Fristen die gerichtliche Klage einleiten. Daraus ergibt sich *e contrario*, dass der *Besitz* die *Grundvoraussetzung für die Erhebung der Einrede* darstellt<sup>248</sup>. Ähnlich wie im Besitzesrecht – vgl. nur

---

m.w.H.

<sup>244</sup> Vgl. MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 70 (in Bezug auf Stiftungen).

<sup>245</sup> Vgl. zu dieser Problematik BGE 105 II 16, 19; SCHWENZER, OR AT, N 41.12 f.; ZK-ESCHER, Art. 521 N 8 m.w.H.

<sup>246</sup> Vgl. MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 108.

<sup>247</sup> Vgl. BGE 86 II 451, 462 f.; BK-TUOR, Art. 521 N 14; STEINER, Erfordernis, S. 131; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 75; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 79.

<sup>248</sup> Vgl. BGE 86 II 340, 345; 98 II 176, 181; PICENONI, Verjährung, S. 104; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 107 f.

Art. 930 und 932 ZGB – ist auch im Erbrecht mit der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache eine komfortable Stellung verbunden.

Mit der Ungültigkeitsklage, welche in praxi regelmässig mit anderen Klagen, namentlich der Erbschafts-, Vermächtnis- oder Teilungsklage, verbunden wird<sup>249</sup>, will der Kläger letztlich die Stellung eines rechtmässigen Besitzers und Eigentümers der Nachlassgegenstände erlangen. Hat ein *gesetzlicher Erbe* den Besitz an Nachlassgegenständen schon inne, befindet er sich – solange die Verfügung von eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmern nicht angefochten wird – bereits in der angestrebten Rechtsposition, auch wenn die Verfügung von Todes wegen möglicherweise ungültig ist. In dieser Situation fehlt es dem gesetzlichen Erben schon am erforderlichen Rechtsschutzinteresse zur Anhebung der Ungültigkeitsklage<sup>250</sup>. Wird gegen ihn allerdings eine Erbschafts-, Vermächtnis- oder Teilungsklage angehoben, kann er sich im Prozess um die Herausgabe oder Teilung des Nachlasses einredeweise auf die Ungültigkeit der Verfügung berufen – hier ist sein Rechtsschutzinteresse naheliegenderweise gegeben<sup>251</sup>. Die Klage auf Ungültigerklärung greift demgegenüber Platz, wenn der Nachlass sich im Besitze der *eingesetzten Erben* befindet und sich die gesetzlichen Erben in ihren Rechten verletzt wähnen<sup>252</sup>.

Der massgebliche Besitz – die tatsächliche, von der Rechtsordnung geschützte Sachherrschaft verbunden mit dem diesbezüglichen subjektiven Willen (vgl. Art. 919 Abs. 1 ZGB) – kann auch im Lichte der Ungültigkeitseinrede in verschiedenen Arten in Erscheinung treten; zu denken ist insbesondere an *Sach- oder Rechtsbesitz* (vgl. Art. 919 Abs. 1 und 2 ZGB). Beim Zusammentreffen von gesetzlichen mit eingesetzten Erben reicht für die Erhebung der Einrede der Ungültigkeit in gleicher Weise ein blosser *Mitbesitz* aus, so etwa in einem Teilungsprozess unter Miterben<sup>253</sup>. *Mittelbarer, selbständiger Besitz* der Erben besteht regelmässig dann, wenn ein Willensvollstrecker ernannt worden ist oder wenn sich Vermögenswerte bei Dritten, beispielsweise einer Bank, befinden<sup>254</sup>.

Konkurrieren auf Grund einer Verfügung des Erblassers verschiedene Erben untereinander<sup>255</sup>, hat die zuständige Behörde im Sinne einer provisorischen Massnahme

---

<sup>249</sup> Zur objektiven Klagenhäufung vgl. oben S. 36 f.

<sup>250</sup> Zum Rechtsschutzinteresse vgl. unten S. 56 f.

<sup>251</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 12 N 55. – Entsprechendes gilt Verhältnis von eingesetzten Erben untereinander, wenn der Kläger der Erbschaftsklage sich auf eine jüngere Verfügung stützt, der Beklagte sich seinerseits auf eine ältere Verfügung beruft und einredeweise die Ungültigkeit der jüngeren Verfügung geltend macht. – Denkbar ist m.E. auch, dass die Einrede der Ungültigkeit gegen eine Klage auf Vollziehung einer (unsittlichen oder rechtswidrigen) Auflage oder Bedingung i.S.v. Art. 481 Abs. 1 ZGB erhoben wird.

<sup>252</sup> Vgl. zum Ganzen STEINER, Erfordernis, S. 137 f.; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 4; ZK-ESCHER, Art. 521 N 11 f.; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 107 f.; BGE 86 II 451, 462.

<sup>253</sup> Vgl. diesbezüglich PICENONI, Verjährung, S. 104; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 108 f.; BGE 58 II 402, 404 ff.; 69 II 357, 367 (zur Einrede der Verjährung); 98 II 176, 181; vgl. zum Besitz eingehend SCHMID, Sachenrecht, N 95 ff.

<sup>254</sup> Vgl. WETZEL, Interessenkonflikte, N 52; ZGB-KARRER, Art. 518 N 22; PICENONI, Verjährung, S. 104 f.

<sup>255</sup> Zu denken ist an die Konkurrenz zwischen gesetzlichen Erben (etwa wenn ein gesetzlicher Erbe zu Gunsten anderer gesetzlicher Erben testamentarisch vom Erbrecht ausgeschlossen ist, sei es durch

entweder die Erbschaft den – soweit vorhanden – gesetzlichen Erben zu überlassen oder die Erbschaftsverwaltung anzuordnen (vgl. Art. 556 Abs. 3 ZGB).

Wird die *Erbschaft den gesetzlichen Erben überlassen*, erhalten diese an den Vermögenswerten den Besitz, mit der Konsequenz, dass die eingesetzten Erben für die Erlangung der Erbschaft auf den Klageweg verwiesen werden. Währenddessen können die gesetzlichen Erben zur Abwehr einer allfälligen Klage die Ungültigkeitseinrede erheben<sup>256</sup>. Bei *Anordnung der Erbschaftsverwaltung* erfolgt die Besitzeinweisung an die eingesetzten Erben nur, wenn die gesetzlichen oder aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht gegen die Ausstellung des Erbenscheins Einsprache i.S.v. Art. 559 Abs. 1 ZGB erheben<sup>257</sup>. Ansonsten bleibt die amtliche Verwaltung des Nachlasses bis zur Erledigung des Rechtsstreits bestehen und die eingesetzten Erben müssen ihre Ansprüche mittels Erbschaftsklage durchsetzen – was zur Folge hat, dass sich wiederum die gesetzlichen Erben der Einrede der Ungültigkeit bedienen können<sup>258</sup>. Wird keine Einsprache gegen die Ausstellung der Erbescheinigung erhoben, erfolgt eine Besitzeinweisung und die gesetzlichen oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten sind gezwungen, die Ungültigkeit klageweise innert Frist geltend zu machen<sup>259</sup>.

### 3. *Wirkung der Einrede*

Auf Grund der Tatsache, dass der unbenutzte Ablauf der Klagfrist die Gültigkeit der Verfügung bewirkt (sog. Konvaleszenz)<sup>260</sup>, ist nach Ansicht einer älteren Meinung – namentlich vertreten durch MÜLLER und ihm folgend STEINER – im Hinblick auf die Wirkung der Erhebung der Einrede danach zu unterscheiden, zu welchem *Zeitpunkt* sie erhoben wurde.

Erfolgte die Einrede zu einem Moment, in welchem in zeitlicher Hinsicht die Erhebung der Ungültigkeitsklage noch möglich war, kommt dem richterlichen Urteil – wie bei Erhebung der Klage auf Ungültigerklärung – konstitutive Wirkung zu und führt damit zur rechtlichen Beseitigung der Verfügung. Wird die Einrede dagegen nach Ablauf der Klagfrist der Ungültigkeitsklage erfolgreich erhoben, bleibt die Verfügung trotz erfolgreicher Geltendmachung der Einrede rechtsgültig. Das richterliche Urteil hemmt allerdings die prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, der sich aus einer – konvaleszierten – Verfügung ableitet und weist insofern die Klage ab. Das Urteil hat in diesem Falle keine konstitutive Wirkung<sup>261</sup>.

Diese Unterscheidung ist m.E. abzulehnen. Die Einrede der Ungültigkeit kann – wie Art. 521 Abs. 3 ZGB ausdrücklich festhält – jederzeit geltend gemacht werden und ist damit keiner Frist unterworfen. Sie zeichnet sich mithin geradezu dadurch aus, dass bei

---

ein gewöhnliches Testament bei einem Nichtpflichtteilerben oder sei es durch ein Enterbungstestament), zwischen gesetzlichen und eingesetzten Erben oder zwischen verschiedenen eingesetzten Erben, die auf Grund mehrerer Verfügungen von Todes wegen miteinander konkurrieren.

<sup>256</sup> Vgl. PICENONI, Verjährung, S. 104 f.; STEINER, Erfordernis, S. 109.

<sup>257</sup> Vgl. PICENONI, Verjährung, S. 105.

<sup>258</sup> Vgl. PICENONI, Verjährung, S. 105.

<sup>259</sup> Vgl. PICENONI, Verjährung, S. 105.

<sup>260</sup> Zur Konvaleszenz von anfechtbaren Rechtsgeschäften durch Fristablauf vgl. oben S. 9 f.

<sup>261</sup> Vgl. STEINER, Erfordernis, S. 136 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 74 f.

diesem Rechtsinstitut zeitlichen Gesichtspunkten keine Bedeutung zugemessen werden darf. Während die Klage ein offensives Instrument darstellt, eröffnet die Einrede die Möglichkeit, die Ungültigkeit defensiv geltend zu machen. Sie unterscheidet sich damit fundamental von der Ungültigkeitsklage; deshalb erscheint auch bezüglich der Wirkung der Einrede eine Berücksichtigung von Gesichtspunkten, welche bei der Klage von Relevanz sind, nicht sachgerecht. Das theoretische Konstrukt von MÜLLER ist somit abzulehnen und der Einrede der Ungültigkeit – unabhängig davon, ob die Frist der Klage abgelaufen ist – *konstitutive Wirkung* zuzusprechen. Die erfolgreiche Erhebung der Einrede der Ungültigkeit führt demgemäss zur rechtlichen Beseitigung der Verfügung.

### E. Beweisfragen

Die Beweislast richtet sich im Allgemeinen nach Art. 8 ZGB; danach hat grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Hinsichtlich der relativen und absoluten Frist der Ungültigkeitsklage bedeutet dies, dass für die Tatsache der Einhaltung der Klagefrist die Beweislast beim *Kläger* liegt. Er hat insbesondere den Zeitpunkt der Kenntnis von Verfügung und Ungültigkeitsgrund bzw. den Tag der Eröffnung der Verfügung darzutun (Art. 521 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber trägt der *Beklagte*, der die Verwirkung der Klage und damit Konvaleszenz der mangelhaften Verfügung einwendet, für diese Tatsachen die Beweislast; hier obliegt es ihm, den Beginn und das Ende der Frist darzulegen<sup>262</sup>.

In Bezug auf die dreissigjährige Klagefrist gegenüber einem *bösgläubig Bedachten* (Art. 521 Abs. 2 ZGB) ist festzuhalten, dass das Gesetz in Art. 3 Abs. 1 ZGB grundsätzlich den guten Glauben vermutet. Beruft sich der Kläger auf die Bösgläubigkeit des Bedachten, steht dem Kläger zur Widerlegung der gesetzlichen Tatsachenvermutung der Beweis des Gegenteils offen; ihm obliegt diesbezüglich die Beweislast<sup>263</sup>.

Mit Recht wird im Zusammenhang mit der *Einrede der Ungültigkeit* (Art. 521 Abs. 3 ZGB) betont, dass mit ihrer Erhebung nur die Einnahme einer anderen Rolle im Prozess, aber keine Umkehr der Beweislast verbunden ist. Die Beweislast für die Ungültigkeit der Verfügung trägt entsprechend dem allgemeinen Grundsatz der die Einrede geltendmachende Beklagte<sup>264</sup>.

## III. Rechtsschutzinteresse

Entsprechend allgemeiner prozessrechtlicher Grundsätze mutet es als selbstverständlich an, dass das Interesse des Klägers an der Gewährung von Rechtsschutz durch den Richter (sog. Rechtsschutzinteresse) Voraussetzung jedes Rechtsmittels – mithin auch der Ungültigkeitsklage als Gestaltungsklage – ist. Am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehlt es, wenn eine Klage zwischen den nämlichen Parteien über denselben

---

<sup>262</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 521 N 8.

<sup>263</sup> Vgl. beispielsweise MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 70; MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 93; BK-TUOR, Art. 521 N 11; ZK-ESCHER, Art. 521 N 7; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 521 N 3; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 14 N 101.

<sup>264</sup> Vgl. MÜLLER-HELLBACH, Verjährung, S. 110; PICENONI, Verjährung, S. 104.

Lebensvorgang schon rechtshängig oder gar beurteilt ist oder wenn der Kläger den Prozess missbräuchlich und ohne Nutzen, etwa aus blosser Rechthaberei, führt. Der Kläger muss ein schützenswertes Interesse an der prozessualen Erledigung des Rechtsstreites besitzen<sup>265</sup>.

Kein Rechtsschutzinteresse weist nach Ansicht von GULDENER auch der gesetzliche Erbe auf, der eine ihn enterbende jüngere Verfügung von Todes wegen anfechten will, wenn eine ältere, ebenfalls den Kläger enterbende Verfügung besteht und diese angefochten werden kann<sup>266</sup>.

Fehlt es beim Kläger am Rechtsschutzinteresse, tritt das Gericht, da es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, auf die Ungültigkeitsklage nicht ein.

### § 3 Materielle rechtliche Aspekte der Ungültigkeitsklage

Die anschliessende Untersuchung der materiellrechtlichen Aspekte der Ungültigkeitsklage bezieht sich auf die *Sachlegitimation* (nachfolgend I.) sowie die einzelnen *Klagegründe* (nachfolgend II.). Das Gericht prüft auf dieser Stufe die Ungültigkeitsklage sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht; bei Fehlen der Sachlegitimation oder eines Ungültigkeitsgrundes erfolgt die Abweisung der Klage.

#### I. Sachlegitimation

Die Sachlegitimation hat die Frage zum Inhalt, wer angesichts des streitigen Anspruchs berechtigt (*Aktivlegitimation*; nachfolgend A.) oder verpflichtet (*Passivlegitimation*; nachfolgend B.) ist und demzufolge als Kläger oder Beklagter in den Ungültigkeitsprozess einzubeziehen ist.

#### A. Aktivlegitimation

Hinsichtlich der Ungültigkeitsgründe der Verfügungsunfähigkeit, des mangelhaften Willens, der Rechts- und Sittenwidrigkeit bestimmt sich die subjektive Voraussetzung zur Anhebung der Ungültigkeitsklage nach Art. 519 Abs. 2 ZGB. Danach kann die Ungültigkeitsklage „von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde“. Hinsichtlich des Ungültigkeitsgrundes des Formmangels regelt sich die Frage, wer als Kläger auftreten kann, nach Massgabe des Art. 520 Abs. 3 ZGB; demnach gelten für das Recht zur Klage „die gleichen Vorschriften wie im Falle der Verfügungsunfähigkeit“. Durch diesen umfassenden Verweis auf Art. 519 Abs. 2 ZGB bestimmt sich die Aktivlegitimation der Ungültigkeitsklage – unabhängig vom geltend gemachten Ungültigkeitsgrund – letztlich nach einheitlichen Gesichtspunkten.

---

<sup>265</sup> Vgl. beispielsweise STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 13 N 1 i.V.m. N 21; VOGEL, Grundriss, 7 N 13.

<sup>266</sup> Vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 213.

Auf Grund einer subjektiv-historischen Auslegung von Art. 519 Abs. 2 ZGB beschränkt sich nach Auffassung des Bundesgerichts sowie der herrschenden Lehre der Kreis der Aktivlegitimierten entgegen dem Wortlaut nicht nur auf den interessierten Erben und Bedachten. Vielmehr erstreckt er sich generell auf jene Personen, die ein (*eigenes*) *erbrechtliches Interesse* nachzuweisen vermögen<sup>267</sup>. So hat das Bundesgericht bereits in BGE 41 II 202, 210, festgehalten, dass für die „Anfechtung einer testamentarischen Verfügung [...] nach Art. 519 Abs. 2 und 520 Abs. 3 ZGB nicht irgend ein Interesse“ genügt, „sondern es bedarf eines erbrechtlichen Interesses“.

Das Erfordernis eines *erbrechtlichen* Interesses verhindert, dass mit der Ungültigkeitsklage familien-, sachen-, oder obligationenrechtliche Interessen verfolgt werden können. Somit sind weder die Gläubiger der Erbschaftsschulden noch die Erbschaftsschuldner zur Klage legitimiert. Ebenso wenig wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Gegenkontrahent eines Erbschaftsschuldners zur Ungültigkeitsklage zugelassen<sup>268</sup>. Dasselbe gilt auch – im Unterschied zur Herabsetzungsklage (vgl. Art. 524 ZGB) – für die Gläubiger eines Erben oder Erbanwärters und nach BGE 89 II 87, 91, für den Schuldner einer geschenkten Forderung, der einen Formmangel einer Schenkung von Todes wegen beanstanden will<sup>269</sup>. Zu Recht vermag nach Ansicht der Doktrin für die Aktivlegitimation ein bloss *moralisches oder ideelles Interesse* nicht ausreichen – ein solches ist gerade nicht *erbrechtlicher* Natur. Das Bundesgericht hat diese Frage bislang offengelassen<sup>270</sup>.

Das erforderliche *Interesse* ist nach der Rechtsprechung auch bei einer stufenweisen Anfechtung mehrerer Testamente gegeben. Dergestalt wurde in einem Fall entschieden, in welchem die letzte Verfügung des Erblassers angefochten wurde, die erbrechtlichen Ansprüche der Kläger sich aber nicht aus dem zweitletzten, sondern aus dem drittletzten Testament herleiteten und somit – zur Erlangung der erbrechtlichen Ansprüche – in einem weiteren Prozess auch noch die Gültigkeit des zweitletzten Testaments angefochten werden musste<sup>271</sup>.

Das klägerische Interesse kann sich in positiver oder negativer Hinsicht manifestieren. *Positiv* ist es etwa, wenn mit der Klage erbrechtliche Ansprüche, welche in einer früheren Verfügung vorgesehen sind, aktualisiert werden sollen, wenn die gesetzliche Erbfolge wiederaufleben soll oder die Klage die Aufhebung einer Enterbung zum Ziele hat; ein *negatives* Interesse liegt vor, wenn mit der Klage die Befreiung von Lasten und

---

<sup>267</sup> Da der heutigen Fassung („als Erbe oder Bedachter“) auf Grund der Gegebenheit, dass sie von der Redaktionskommission eingefügt wurde, nur formelle Bedeutung zukommt, ist vom letzten parlamentarischen Wortlaut auszugehen (dieser verlangte „ein erbrechtliches Interesse“), vgl. BK-TUOR, Art. 519 N 8 m.w.H.; ZK-ESCHER, Art. 519 N 3; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 25; BRÜCKNER, Klagen, N 12; STEINER, Erfordernis, S. 15 f. – Entgegen MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 77, ist an dieser Stelle festzuhalten, dass der französische Gesetzestext weitgehend dem deutschen entspricht und somit einer extensiven Interpretation nicht dienlich ist.

<sup>268</sup> Vgl. BGE 41 II 202, 210.

<sup>269</sup> Vgl. MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 77; PIOTET, SPR IV/1, S. 274; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 49; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 25.

<sup>270</sup> Vgl. etwa MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 77 FN 3; PIOTET, SPR IV/1, S. 274 FN 16; BGE 81 II 33, 35 ff.

<sup>271</sup> Vgl. BGE 83 II 507, 508 f.

Beschränkungen (wie Aufhebung von Vermächtnissen, Auflagen oder Bedingungen, Teilungsregeln, Nacherbeneinsetzungen etc.) angestrebt wird<sup>272</sup>.

Zu Recht wird m.E. von gewissen Autoren gefordert, dass der Aktivlegitimierte „*unmittelbar* einen rechtlichen Vorteil hat beim Dahinfallen der ungültigen Verfügung“<sup>273</sup>. Unter diesen Gesichtspunkten kann damit beispielsweise den Erbeserben die Aktivlegitimation nicht zukommen<sup>274</sup>. Dies erscheint nach der hier vertretenen Auffassung durchaus als billig, da sich bei einem Erbeserben die erbrechtliche Begünstigung unter Umständen erst in Jahrzehnten aktualisiert und sie bis dahin schon vorverstorben oder enterbt sein können; erdenklich ist auch, dass der Erbe anderweitig verfügt haben könnte. Vor diesem Hintergrund kann auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die Aktivlegitimation zur stufenweisen Anfechtung mehrerer Testamente nicht gefolgt werden, da die Anfechtung bloss des letzten Testaments dem Kläger, der seine Ansprüche aus der drittletzten Verfügung herleitet, nicht unmittelbar einen rechtlichen Vorteil verschafft. Die stufenweise Anfechtung mutet überdies unter prozessökonomischen Gesichtspunkten und hinsichtlich des Fristenlaufs betreffend dem zweiten Testament – auch bei Anbringung eines Vorbehaltes der späteren Anfechtung des vorletzten Testamentes – als problematisch an.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen erscheinen beispielsweise gesetzliche Erben oder gewillkürte Erben aus einem früheren Testament, welches durch Beseitigung eines späteren wieder Gültigkeit erlangt, klageberechtigt; ebenso die Destinatäre einer Auflage oder Bedingung, die hoffen, von einer überbundenen Belastung befreit zu werde, die Legatäre oder die Ersatz- und Nacherben<sup>275</sup>.

Keine Aktivlegitimation kommt grundsätzlich dem *Willensvollstrecker* zu, da die Verteidigung der Interessen der Erben mit seiner unparteiischen, einem Treuhänder nahekommenen Stellung des Erblassers grundsätzlich unvereinbar ist<sup>276</sup>. Allerdings kommt ihm ausnahmsweise dort die Klagebefugnis zu, wo er in seiner Stellung als Willensvollstrecker betroffen ist oder es dem hypothetischen Willen des Erblassers entspricht; Letzteres ist etwa der Fall bei Verfügungen, welche auf einem offensichtlichen Irrtum beruhen oder auf Grund von Arglist, Drohung oder Gewalt verfasst wurden, nicht aber bei Vorliegen von Formfehlern<sup>277</sup>. Besteht neben der den Willensvollstrecker

---

<sup>272</sup> Vgl. beispielsweise ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 26; BK-TUOR, Art. 519 N 10; ZK-ESCHER, Art. 519 N 3.

<sup>273</sup> MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 77.

<sup>274</sup> Vgl. in diesem Sinne auch DRUEY, Erbrecht, § 12 N 49.

<sup>275</sup> Vgl. eingehend MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 78 ff.; PIOTET, SPR IV/1, S. 274; BK-TUOR, Art. 519 N 9; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 48; BRÜCKNER, Klagen, N 13; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 18 f. – Die Aktivlegitimation der Legatäre erscheint durchaus gerechtfertigt, obwohl der Anspruch bei Lichte besehen nur – aber immerhin – obligatorischer Natur ist, vgl. etwa DRUEY, Erbrecht, § 11 N 16.

<sup>276</sup> Vgl. ZGB-KARRER, Art. 518 N 81; ZK-ESCHER, Art. 518 N 28; WETZEL, Interessenkonflikte, N 104 und N 108; PIOTET, SPR IV/1, S. 165; BGE 90 II 376, 381. – Entsprechendes gilt auch für den Erbschaftsverwalter, der gar keine eigenen erbrechtlichen Interessen am Nachlass hat, vgl. ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 25.

<sup>277</sup> Vgl. auch das anschauliche Exempel bei PIOTET, SPR IV/1, S. 165 FN 54; WETZEL, Interessenkonflikte, N 107 f. und FN 205. – Der von der Doktrin in diesem Zusammenhang verschiedentlich zitierte BGE 85 II 597, 601, äussert sich in keiner Weise zur Aktivlegitimation des Willensvollstrek-

einsetzenden Verfügung noch eine zweite, welche einen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt aufweist, kommt dem Willensvollstrecker – mangels eigener Betroffenheit – die Legitimation zur Klage nicht zu<sup>278</sup>.

Sind mehrere Personen an der Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen interessiert, brauchen sie nicht notwendigerweise zusammen zu klagen und bilden somit *keine notwendige (aktive) Streitgenossenschaft*. Vielmehr kann jeder Interessierte selbständig die Klage erheben<sup>279</sup>. Die selbständige Geltendmachung entspricht damit der inter partes-Wirkung des Urteils<sup>280</sup>. Das Vorliegen einer freiwilligen (einfachen) aktiven Streitgenossenschaft ist selbstverständlich denkbar<sup>281</sup>.

## B. Passivlegitimation

Im Gegensatz zur Aktivlegitimation (vgl. Art. 519 Abs. 2 und Art. 520 Abs. 3 ZGB) äussert sich das Gesetz in keiner Weise zur Frage, wer vom Ungültigkeitskläger als Beklagter ins Recht zu fassen ist.

Nach einhelliger Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ist die Ungültigkeitsklage „gegen die Personen zu richten, die aus der ungültigen Verfügung *zum Nachteil des Klägers Vorteile erbrechtlicher Art* ziehen“<sup>282</sup>.

In Anlehnung an die Ausführungen zur Aktivlegitimation erscheinen nach der hier vertretenen Auffassung die Autoren unterstützenswert, welche auch zur Bejahung der Passivlegitimation einen *direkten oder unmittelbaren Vorteil* des Beklagten als notwendig erachten<sup>283</sup>. Eine Einbeziehung bloss indirekter oder mittelbar Bevorteilter in die Beklagtschaft würde zu einer – wohl kaum wünschenswerten – Beteiligung von Personen in Ungültigkeitsprozesse führen, welche zum Rechtsstreit keine besondere Nähe aufweisen. Gleichzeitig hiesse das für den Kläger, regelmässig neben den unmittelbar auch die mittelbar Bevorteilten einzuklagen, was insbesondere dann zu einer Vervielfachung der ausserordentlichen Kosten führt, wenn die Beklagten für die Prozessführung jeweils eigene Rechtsvertreter mandatieren.

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen erscheinen als passivlegitimiert beispielsweise die durch eine ungültige Verfügung eingesetzten Erben, Vermächtnisnehmer oder Stiftungen oder auch die durch Auflagen oder Teilungsregeln Begünstigten. Beim

---

kers bei der Ungültigkeitsklage.

<sup>278</sup> Vgl. WETZEL, Interessenkonflikte, N 108.

<sup>279</sup> Vgl. etwa BRÜCKNER, Klagen, N 12.

<sup>280</sup> Vgl. dazu unten S. 169 ff.

<sup>281</sup> Vgl. RVJ/ZWR 1992, 320, 322; ZBGR 1995, 303, 304 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 77; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 48; BRÜCKNER, Klagen, N 12. – Allgemein zur Streitgenossenschaft vgl. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 10 N 1 ff.; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 296 ff.

<sup>282</sup> BGE 76 II 79, 99 f.; BRÜCKNER, Klagen, N 15; PIOTET, SPR IV/1, S. 274; BK-TUOR, Art. 519 N 11; ZK-ESCHER, Art. 521 N 4; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 28; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 51. – Auf Grund des Erfordernisses eines „erbrechtlichen Vorteils“ scheiden beispielsweise auch die Gläubiger der Erben als Passivlegitimierte aus, obwohl sie unter Umständen an der Verfügung ein Interesse haben, vgl. HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 75.

<sup>283</sup> Vgl. namentlich HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 75; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 51; ZK-ESCHER, Art. 521 N 4; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 83.



Erbverzicht oder Enterbung des Klägers kann die Ungültigkeitsklage auch gegen gesetzliche Erben angehoben werden<sup>284</sup>.

Grundsätzlich nicht als passivlegitimiert erscheint der *Willensvollstrecker*. Seine Passivlegitimation ist nach allgemeiner Auffassung nur dann zu bejahen, wenn die Testamentsungültigkeitsklage gerade auf die Einsetzung der Willensvollstreckung oder die Regelung seiner Befugnisse gerichtet ist, wenn sie also seine subjektiven Rechte (seine Stellung oder seinen Aufgabenbereich) tangiert<sup>285</sup>. Die Legitimation als Beklagter kann etwa dann gegeben sein, wenn sich der Erblasser über die Person des Willensvollstreckers (z.B. seinen Leumund oder seine Integrität) in einem Irrtum befunden hat oder wenn die ganze Verfügung von Todes wegen kraft Formmangels angefochten wird<sup>286</sup>.

Erstrebt der Kläger eine *partielle Ungültigerklärung* der Verfügung, kann sich die Klage gegen bloss einen Bedachten richten<sup>287</sup>; so bei einem Irrtum des Erblassers in Bezug auf die Person des Willensvollstreckers oder bei einer irrtümlichen letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer bestimmten Person über ein Objekt, welches gar nicht dem Erblasser, sondern einem Dritten gehört. Auch bei Vorliegen anderer Ungültigkeitsgründe kann die Ungültigkeitsklage gegen bloss einen von mehreren Bedachten erhoben werden, ist aber m.E. wegen der inter partes-Wirkung des Urteils grundsätzlich nicht zu empfehlen. Wurde dem letzten Willen des Erblassers bereits nachgelebt und daher die Verfügung schon ausgeführt, ist es für den Kläger ratsam, all diejenigen Personen einzuklagen, welche durch die ungültige Verfügung (direkt oder unmittelbar) bedacht oder bevorzugt wurden.

Auch auf Seiten der Beklagtschaft besteht somit – wie bei der Aktivlegitimation – *keine notwendige (passive) Streitgenossenschaft*. Aus sachen- und prozessrechtlichen Prinzipien erhellt indes, dass eine notwendige passive Streitgenossenschaft freilich dann bestehen muss, wenn der Gegenstand der angefochtenen Verfügung eine unteilbare Einheit bildet. So beispielsweise nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei einer Klage auf Ungültigerklärung eines Erbvertrages, durch den der Verfügende sein Landgut einem Dritten vermacht hat und sich dieser im Gegenzug verpflichtet hat, den Erben des Verfügenden einen bestimmten Betrag zu zahlen; in diesem Falle hat der anfechtende Erbe seine Klage nicht bloss gegen den Vermächtnisnehmer, sondern gegen alle seine Miterben zu richten<sup>288</sup>.

## II. Klagegründe

Die Ungültigkeits- oder Klagegründe der Ungültigkeitsklage hat der Gesetzgeber im Sinne einer enumerativen Aufzählung in den Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 sowie in

---

<sup>284</sup> Vgl. beispielsweise BK-TUOR, Art. 519 N 11.

<sup>285</sup> Vgl. BGE 44 II 107 ff.; 85 II 597, 601; 90 II 376, 381; 103 II 84, 85 f.; ZGB-KARRER, Art. 518 N 81; WETZEL, Interessenkonflikte, N 104 und N 106; PIOTET, SPR IV/1, S. 165.

<sup>286</sup> Vgl. zur Anfechtung bei einem Formmangel BGE 103 II 84, 85 f.

<sup>287</sup> Vgl. beispielsweise MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 83; BK-TUOR, Art. 519 N 11; ZK-ESCHER, Art. 521 N 4; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 51; BGE 57 II 150, 152. – Zur partiellen Ungültigkeit vgl. unten S. 169 ff.

<sup>288</sup> Vgl. diesbezüglich BGE 97 II 201, 205; 89 II 429 ff.

Art. 520 und 520a ZGB aufgelistet. Die zur Interpretation der Ungültigkeitsgründe massgeblichen materiellen Bestimmungen finden sich dagegen in den in den Art. 467-469 ZGB (in Bezug auf Art. 519 Abs. 1 ZGB) und in Art. 498-513 ZGB (in Bezug auf Art. 520 und 520a ZGB).

Eine rechtlich mangelhafte Verfügung von Todes wegen kann nach der gesetzlichen Konzeption unter *vier Gesichtspunkten* angefochten werden:

1. *Verfügungsunfähigkeit* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 467 f. ZGB; nachfolgend *A.*);
2. *Willensmängel* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 ZGB; nachfolgend *B.*);
3. *Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 482 Abs. 2 ZGB; nachfolgend *C.*);
4. *Formmangel* (Art. 520 und 520a i.V.m. Art. 498 ff. ZGB; nachfolgend *D.*).

Es fällt auf, dass die aufgelisteten Klagegründe nicht nur bei Rechtsgeschäften von Todes wegen, sondern insbesondere auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, namentlich Verträgen, relevant sind. Die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts sind auf Grund der Verweisungsnorm von Art. 7 ZGB denn auch bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen zu berücksichtigen und finden mithin grundsätzlich sinngemässe (analoge) Anwendung<sup>289</sup>. Bei der nachfolgenden Untersuchung der einzelnen Klagegründe kann deshalb auf eine – jeweils im Sinne eines einleitenden Überblicks – konzise Darstellung der obligationenrechtlichen Verhältnisse nicht verzichtet werden.

## **A. Verfügungsunfähigkeit**

### ***I. Allgemeines***

Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bestimmt, dass eine Verfügung von Todes wegen auf erhobene Klage für ungültig erklärt wird, wenn sie vom Erblasser zu einer Zeit errichtet worden ist, in welcher er nicht verfügungsfähig war. Die Verfügungs- oder Testierfähigkeit<sup>290</sup> betrifft die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Erblassers und unterscheidet sich nur geringfügig in Bezug auf die letztwilligen Verfügungen (Art. 467 ZGB) und die Erbverträge (Art. 468 ZGB). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich in BGE 117 II 231 ff. eingehend mit der Problematik der Verfügungsunfähigkeit auseinandergesetzt und Grundsätze zur Testierfähigkeit aufgestellt, welche in BGE 124 III 5 ff. bestätigt und präzisiert wurden.

---

<sup>289</sup> Vgl. dazu oben S. 33 ff.

<sup>290</sup> Die Verfügungs- oder Testierfähigkeit ist nicht zu verwechseln mit der objektiven Verfügungsmacht oder –befugnis und der Verfügungsfreiheit. Erstere verwehrt dem Erblasser, über andere als nur seine Vermögenswerte verfügen zu können und stellt insofern eine zusätzliche Voraussetzung für die Gültigkeit einer Verfügung dar, letztere beschränkt den Erblasser, ungeachtet des Pflichtteilsrechts verfügen zu können, vgl. BK-TUOR, Art. 519 N 10 und ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 2.

Systematisch werden die Verfügungen von Todes wegen den – *absolut* – *höchstpersönlichen Rechtsgeschäften* zugeordnet. Bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen ist damit eine gewillkürte oder gesetzliche Vertretung des Erblassers (und eine damit verbundene nachträgliche Genehmigung) ausgeschlossen<sup>291</sup>.

Hervorzuheben ist, dass sich die Verfügungsfähigkeit und das Erbrecht überhaupt auf die Nachfolge in das Vermögen eines Erblassers bezieht<sup>292</sup> und somit die *nichtvermögensrechtlichen Anordnungen* (wie etwa Gestaltung der Todesanzeige oder Anordnungen über die Organentnahme am eigenen Körper etc.) nicht erfasst. In Bezug auf solche Belange ist auf Seiten des Erblassers – ungeachtet von Art. 467 f. ZGB – *bloße Urteilsfähigkeit* i.S.v. Art. 16 ZGB erforderlich<sup>293</sup>.

Einleitend drängt es sich auf, die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte *im Obligationenrecht* abzuschliessen, einer kurzen Betrachtung zu unterziehen (nachfolgend 2.); im Anschluss daran findet sich die Erörterung der Verfügungsunfähigkeit *im Erbrecht* (nachfolgend 3.). Hiernach folgen Überlegungen zu den *Folgen der Verfügungsunfähigkeit* (nachfolgend 4.) und zu *Beweisfragen* (nachfolgend 5.).

## 2. *Im Obligationenrecht*

Der erbrechtlichen Fähigkeit, Verfügungen von Todes wegen zu errichten (Verfügungsfähigkeit), entspricht unter obligationenrechtlichen Gesichtspunkten die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte unter Lebenden durch übereinstimmende Willenserklärungen abzuschliessen. Diese sog. *Vertragsfähigkeit* ist die obligationenrechtliche Erscheinungsform der allgemeinen Handlungsfähigkeit nach Art. 12 ZGB.

Art. 13 ZGB besagt, dass „*Handlungsfähigkeit* besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist“. Das Mündigkeitsalter wird mit der Vollendung des 18. Altersjahres erreicht (vgl. Art. 14 ZGB). Die Urteilsfähigkeit wird im schweizerischen Zivilrecht dann als gegeben betrachtet, wenn die betreffende Person fähig ist, vernunftgemäss zu handeln; an dieser Fähigkeit fehlt es bei Vorliegen von Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen (vgl. Art. 16 ZGB). Die Urteilsfähigkeit besteht einerseits aus einem intellektuellen Element, nämlich der Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen, sowie andererseits aus einem Willens- bzw. Charakterelement, nämlich der Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> Vgl. etwa BK-BUCHER, Art. 19 N 275; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 48 f.; eingehend zur Höchstpersönlichkeit DRUEY, Erbrecht, § 8 N 16 ff.

<sup>292</sup> Vgl. etwa Art. 481 Abs. 1 ZGB, wonach der Erblasser „in den Schranken der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen [...] verfügen“ kann, oder Art. 538 Abs. 1 ZGB, wonach die Eröffnung des Erbgangs „für die *Gesamtheit des Vermögens* am letzten Wohnsitz des Erblassers“ erfolgt.

<sup>293</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 3 N 1 und N 16; ZGB-BREITSCHMID, Vorbem. zu Art. 467-536 N 22 i.V.m. Art. 467/468 N 2; teilweise a.M. BK-TUOR, Art. 467 N 8, wobei m.E. nicht einzusehen ist, warum nicht etwa ein unheilbar kranker Siebzehnjähriger in Erwartung seines baldigen Todes Anordnungen über die Abdankungsfeier und sein Begräbnis soll treffen können.

<sup>294</sup> Vgl. beispielsweise BGE 124 III 5, 7 f.; 117 II 231, 232 f.; eingehend BRÜCKNER, Personenrecht, N 151 ff.; BK-BUCHER, Art. 16 N 44 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 75 f. – In Bezug auf die Geltendmachung der Widerstandsunfähigkeit wird insbesondere in BGE 77 II 97, 100,

Die Urteilsfähigkeit wird von der Praxis und Doktrin als *relativ* verstanden; sie ist nicht abstrakt (für eine bestimmte Person ganz allgemein), sondern vielmehr in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft je nach dessen Schwierigkeit und Tragweite zu beurteilen. Eine Person kann somit für gewisse, wenig anspruchsvolle Verträge (beispielsweise die Entgegennahme einer Schenkung) urteilsfähig, für andere, inhaltlich anspruchsvollere Verträge (etwa den Kauf einer Liegenschaft) gleichzeitig urteilsunfähig sein<sup>295</sup>.

Fehlt bei einer vertragschliessenden Partei die Urteilsfähigkeit, ist diese *völlig handlungsunfähig*. Die vorgenommenen Handlungen vermögen grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten, der abgeschlossene Vertrag ist somit nichtig (vgl. Art. 18 ZGB)<sup>296</sup>. *Beschränkt Handlungsunfähige* – also urteilsfähige Unmündige oder entmündigte Personen – können rechtsgültig Verträge nur abschliessen, wenn sie mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter handeln. Bis zur Genehmigung bleibt der abgeschlossene Vertrag in der Schwebe; bleibt sie aus, fällt der Vertrag dahin (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 410, 411 Abs. 1 und 304 Abs. 3 ZGB). Die (formlose) Zustimmung kann vor oder nach Abschluss des Vertrages, für einen einzelnen Kontrakt oder für einen ganzen Bündel von Verträgen erteilt werden. Art. 19 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass beschränkt Handlungsunfähige indes solche Rechtsgeschäfte selbständig – also ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter – abschliessen können, welche ihnen unentgeltliche Vorteile verschaffen. Die Doktrin postuliert für Zurückhaltung in der Annahme des Vorliegens eines unentgeltlichen Vorteiles<sup>297</sup>.

### 3. *Im Erbrecht*

#### a. *Letztwillige Verfügung*

Das Gesetz verlangt auf Seiten des Verfügenden für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung *Urteilsfähigkeit* und *Zurücklegung des 18. Altersjahres* (Art. 467 ZGB). Seit der Herabsetzung des Mündigkeitsalters von 20 auf 18 Jahre (vgl. Art. 14 ZGB, in Kraft seit dem 1. Januar 1996) entsprechen diese beiden Erfordernisse der Mündigkeit, doch ist zu beachten, dass im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit bei letztwilligen Verfügungen gleichwohl nicht von Mündigkeit gesprochen werden darf; auf Grund der gesetzlichen Regelung erhellt, dass auch urteilsfähige Entmündigte rechtsgültig letztwillig verfügen können<sup>298</sup>.

Keine praktische Probleme wirft die in aller Regel das Erfordernis der *Zurücklegung des 18. Altersjahres* auf. Diese Altersvoraussetzung ist am 18. Geburtstag um 00.00 Uhr

---

hervorgehoben, dass Urteilsunfähigkeit nur dann als gegeben betrachtet wird, „wenn wirklich ein Einfluss [...] ausgeübt worden ist, weil sich eben der Mangel an Widerstandskraft nur in diesem Falle auswirken konnte“. Der Einfluss des Dritten muss somit kausal zur Abgabe der Willenserklärung sein.

<sup>295</sup> Vgl. hierzu BRÜCKNER, Personenrecht, N 161 f.; BK-BUCHER, Art. 16 N 87 ff.; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 34 ff.; BGE 90 II 9, 11 f.

<sup>296</sup> Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 18 N 6 f. m.w.H.; BK-BUCHER, Art. 17/18 N 143 ff. – Zu den begriffstypischen Merkmalen der Nichtigkeit vgl. oben S. 5 f.

<sup>297</sup> Vgl. statt vieler und besonders eingehend BK-BUCHER, Art. 19 N 36 ff. und N 155 ff.

<sup>298</sup> Vgl. beispielsweise BK-TUOR, Art. 467 N 6; PIOTET, SPR IV/1, S. 214; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 456; SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht, S. 109 f.

erfüllt<sup>299</sup>. Hinsichtlich der erforderlichen *Urteilsfähigkeit* kann grundsätzlich auf die obenstehenden Ausführungen zur obligationenrechtlichen Vertragsfähigkeit verwiesen werden<sup>300</sup>; gewisse Aspekte der Urteilsfähigkeit bedürfen jedoch einer näheren Betrachtung.

Zum einen mutet im Rahmen der erbrechtlichen Verfügungsunfähigkeit das *Willens- bzw. Charakterelement der Urteilsfähigkeit* als besonders bedeutungsvoll an. Es geht dabei um die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und *gegen eine fremde Willensbeeinflussung* in normaler Weise *Widerstand zu leisten*.

In Erscheinung treten kann die mangelnde Widerstandsfähigkeit dergestalt, dass eine Person gar keinen eigenen Willen bildet, sondern einen fremden Willen zum eigenen macht oder aber dass eine Person wohl einen eigenen Willen hat, diesen allerdings nicht durchzusetzen vermag, sondern – beeinflusst durch den Dritten – eine fremdbestimmte Handlung vornimmt, welche sie gar nicht will<sup>301</sup>.

Gezielt zu hinterfragen ist das Willens- bzw. Charakterelement m.E. insbesondere dann, wenn ein Erblasser eine frühere Verfügung widerruft. Die gänzliche oder teilweise Aufhebung einer früheren letztwilligen Verfügung durch eine spätere Verfügung von Todes wegen ist an sich nichts Aussergewöhnliches. Ob beim Erblasser die Fähigkeit, gegen eine fremde Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten, noch vorhanden gewesen ist, muss indes vom Richter nach hier vertretener Auffassung namentlich dann besonders vorsichtig beurteilt werden, wenn es sich beim fraglichen Schriftstück um eine sog. „last-minute-“ oder „Kurswechsel-Verfügung von Todes wegen“ handelt<sup>302</sup>.

In der Doktrin wirft namentlich BREITSCHMID die Frage auf, wie man sich diesem Phänomen gegenüber zu verhalten habe<sup>303</sup>. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass für eine später errichtete *letztwillige Verfügung* die Aufhebungsvermutung des Art. 511 ZGB gilt. Kollidiert demgegenüber eine ältere letztwillige Verfügung mit einem jüngeren *Erbvertrag*, ist die Aufhebungsvermutung nicht anwendbar. Sind die Inhalte des jüngeren Erbvertrags und des älteren Testaments miteinander unvereinbar, so verliert Letzteres – allerdings erst nach erfolgreicher Anfechtung (vgl. Art. 494 Abs. 3 ZGB) – die Kraft<sup>304</sup>. In Frage zu stellen ist, ob solchen „last-minute-“ oder „Kurswechsel-Verfügung von Todes wegen“, welche teilweise frühere Verfügungen aufheben, die vom Gesetz geforderte Urteilsfähigkeit tatsächlich zu Grunde liegt.

Nach der hier vertretenen Auffassung erscheinen *Zweifel an der Urteils- oder Widerstandsfähigkeit* einer in diesem Sinne erbrechtlich verfügenden Person insbesondere

---

<sup>299</sup> Vgl. BK-WEIMAR, Art. 467 N 17.

<sup>300</sup> Vgl. oben S. 63 f.

<sup>301</sup> Vgl. dazu BK-BUCHER, Art. 16 N 63; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 12; BK-WEIMAR, Art. 467 N 7.

<sup>302</sup> Vgl. etwa ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14, der allerdings nur von „last-minute-“, oder „Kurswechsel-Testamenten“ spricht. – Gleiches hat m.E. auch für einen Erbvertrag zu gelten, sodass die hier vorgeschlagene Terminologie vorzuziehen ist.

<sup>303</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14.

<sup>304</sup> Vgl. diesbezüglich BK-TUOR, Art. 509-511 N 21 i.f.; ZK-ESCHER, Art. 494 N 8.

dann angebracht, wenn neben fortgeschrittenem Alter<sup>305</sup> und/oder geringem Mass an gesellschaftlicher Integration weitere Umstände hinzutreten, welche einen erbrechtlichen Sachverhalt in den Augen eines unvoreingenommenen Beobachters als ungewöhnlich erscheinen lassen. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei der Einsetzung einer Person, die von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser steht, und die in zeitlicher Hinsicht erst kurz vor der Verfügungserrichtung in Erscheinung getreten ist. Nämliches hat zu gelten, wenn dieser Vertrauensperson im Sinne einer Maximallösung eine Exklusivbegünstigung zukommt, etwa bei der Ernennung zum Alleinerben (allenfalls noch verbunden mit der gleichzeitigen Einsetzung als Willensvollstrecker)<sup>306</sup>.

Neben den obgenannten externen Indizien muss m.E. bei Prüfung der Urteilsfähigkeit auch den *Inhalten* der zu verschiedenen Zeitpunkten verfassten Verfügungen Gewicht beigemessen werden. Lässt sich beispielsweise dokumentieren, dass ein Erblasser über Jahre hinweg – und womöglich auch noch nach Absprache mit einem Dritten (wie etwa dem vorverstorbenen Ehegatten) – in seinen Verfügungen von Todes wegen (auch) karitative, soziale, kirchliche oder kulturelle Institutionen bedacht oder gegebenenfalls besondere religiöse Vorkehren bei der Bestattung angeordnet hat, und werden diese Anordnungen durch eine jüngere Verfügung in einem gegenteiligen Sinne widerrufen, dürften mit Fug (erhebliche) Zweifel an der Urteilsfähigkeit angebracht sein<sup>307</sup>. Dies hat insbesondere dann zu gelten, wenn der Inhalt der jüngeren Verfügung eine eigentliche Abwendung von den persönlichen Wertvorstellungen des Erblassers darstellt. Hier ist mit besonderer Vorsicht „abzuklären, ob der Erblasser aus eigener, ethisch schützenswerter Überzeugung oder unter übermässiger, seine Willensbildung bestimmender und damit persönlichkeitswidriger Einflussnahme testiert hat“<sup>308</sup>.

Da beim gleichzeitigen Vorliegen von sog. „last-minute-“ oder „Kurswechsel-Verfügungen von Todes wegen“ und den oben geschilderten Umständen erhebliche Zweifel an der Urteilsfähigkeit angebracht erscheinen, sollte jeweils danach gefragt werden, ob der Inhalt der umstrittenen Verfügung von Todes wegen noch *mit der Person des Erblassers in Einklang* zu bringen ist und ob der Inhalt insofern als *persönlichkeitsadäquat* anmutet<sup>309</sup>. Finden sich in einem konkreten Fall obgenannte beispielhafte Gegebenheiten und sind infolgedessen besondere Zweifel an der Persönlichkeitsadäquanz der Verfügung angebracht, wäre es nach der hier vertretenen Auffassung stossend, wenn mit der gerichtlichen Anerkennung der fehlenden Widerstands- oder

---

<sup>305</sup> Zu Recht wird in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen, dass betagte Leute leicht suggestiven Einflüssen unterliegen, vgl. etwa ZK-ESCHER, Art. 467 N 5 und N 9 i.f.

<sup>306</sup> So wird denn auch in der Literatur betr. erbrechtlicher Planung darauf hingewiesen, dass der vorausschauende Berater Maximallösungen vermeiden sollte, da mit ihnen letztlich nicht ein Optimum erreicht wird, vgl. DRUEY, Pflichtteil und Planung, S. 171 f.; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 54. – Vgl. kritisch zur Alleinerbeneinsetzung infolge (pflegerischen) Dienstleistungen auch BREITSCHMID, Entwicklungen I, S. 95 FN 8 i.f.; vgl. insbesondere auch BGE 124 III 5 ff., wo eine betagte Erblasserin ihren Beistand als Alleinerben eingesetzt hat.

<sup>307</sup> Vgl. in diesem Sinne auch BGE 124 III 5, 18 f., wo das Bundesgericht festhält, dass der testamentarische Widerruf einer früheren Anweisung zum eigenen Seelenheil durch eine 86-jährige Frau „keineswegs dem normalen Gedankenablauf eines normalverständigen Menschen“ entspricht.

<sup>308</sup> ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 16.

<sup>309</sup> Vgl. in diesem Sinne ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 12; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 51 f. FN 12.

Urteilsfähigkeit allzu lange gezögert würde. Zu begrüssen ist es daher, dass das Bundesgericht seine bisherige deutliche Zurückhaltung in der Annahme der Urteilsunfähigkeit<sup>310</sup> in BGE 124 III 5 ff. zumindest in Bezug auf solche Fälle gelockert hat, welche – so DRUEY lakonisch – „für jeden prima-vista-Betrachter stinken“<sup>311</sup>.

Zum anderen ist herauszuheben, dass im Hinblick auf den *Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit* die herrschende Lehre und das Bundesgericht m.E. zu Recht die Ansicht vertreten, dass die Errichtung eines Testamentes im Unterschied zu alltäglichen Geschäften und Besorgungen zu den eher anspruchsvolleren Geschäften zählt. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erblasser komplizierte Verfügungen getroffen hat<sup>312</sup>. Im Lichte einer Verfügung von Todes wegen ist zu evaluieren, ob die Urteilsfähigkeit in Relation zu den Anforderungen der konkreten testamentarischen oder erbvertraglichen Anordnungen des Erblassers gegeben ist.

Massgebend für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist der *Zeitpunkt des ganzen Errichtungsaktes* der letztwilligen Verfügung. Eine vor oder nach Abfassen der Verfügung bestehende Urteilsunfähigkeit hat somit keinen Einfluss auf deren Gültigkeit<sup>313</sup>. Der Zeitpunkt der Errichtung umfasst nicht nur das – sich unter Umständen über mehrere Tage erstreckende – Niederschreiben des Textes, sondern auch eine allfällige Besprechung oder Beratung der Verfügung von Todes wegen mit der Urkundsperson oder einer sonstigen Drittperson<sup>314</sup>.

Da nicht generell vom Inhalt oder von den Rechtsfolgen eines Geschäfts auf das Vorliegen oder Fehlen der Urteilsfähigkeit der involvierten Personen geschlossen werden kann, sind diese Aspekte für die Beurteilung der Frage der Urteilsunfähigkeit grundsätzlich bedeutungslos. Die Urteilsfähigkeit darf nicht zu einer Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäfts werden<sup>315</sup>. Entscheidend ist allein, „ob der Erblasser vernünftig zu handeln imstande ist, nicht aber, ob er in der Tat nun auch vernünftige, zweckmässige, billigenswerte Verfügungen trifft“<sup>316</sup>. Somit ermöglicht nicht jede, dem enttäuschten gesetzlichen Erben unvernünftig anmutende testamentarische Bestimmung eine erfolgreiche Anfechtung<sup>317</sup>. Für die Ungültigerklärung kraft Verfügungsunfähigkeit kommt es somit darauf an, welches *Gesamtbild des geistigen Zustandes* des Verfügenden vermittelt wird<sup>318</sup>.

---

<sup>310</sup> Vgl. dazu BINDER, Urteilsfähigkeit, S. 66 f. m.w.H.; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 53; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 28; BK-WEIMAR, Art. 467 N 7.

<sup>311</sup> Vgl. DRUEY, Bemerkungen, S. 734.

<sup>312</sup> Vgl. hierzu BGE 124 III 5, 8 und 16; BK-BUCHER, Art. 16 N 87 ff.; BK-WEIMAR, Art. 467 N 8; ZK-ESCHER, Art. 467 N 6; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 36 (allerdings nur in Bezug auf Erbverträge); MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 95 f.

<sup>313</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 12 N 29; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 49; STEINER, Erfordernis, S. 18; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 12; BK-TUOR, Art. 467 N 2; BGE 117 II 231, 233.

<sup>314</sup> Vgl. in diesem Sinne BGE 124 III 5, 14; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 12; ungenau BK-WEIMAR, Art. 467 N 8.

<sup>315</sup> Vgl. BK-BUCHER, Art. 16 N 83; BK-WEIMAR, Art. 467 N 2 und N 9.

<sup>316</sup> BK-TUOR, Art. 467 N 3.

<sup>317</sup> So treffend BREITSCHMID, Überblick, S. 122.

<sup>318</sup> Vgl. DRUEY, Bemerkungen, S. 733.

Bestehen allerdings in einem konkreten Fall *Zweifel* an der Urteilsfähigkeit des Erblassers, gewinnt auch der Inhalt einer Verfügung, namentlich deren Plausibilität, Vernünftigkeit und Nachvollziehbarkeit, an Relevanz. Auszugehen ist dabei nicht von der objektiv-ausgleichenden Sicht des Richters, sondern von der subjektiv-willensorientierten Perspektive des Erblassers<sup>319</sup>. So vermag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine inhaltlich absurde Verfügung immerhin – und im Rahmen anderer Beweise – als Indiz für die fehlende Urteilsfähigkeit des Verfügenden dienen<sup>320</sup>.

In der Doktrin vertritt namentlich BREITSCHMID unter Bezugnahme auf das Prinzip der teilweisen Aufrechterhaltung einer Verfügung von Todes wegen die Auffassung, dass es im Erbrecht eine *abgestufte Testierfähigkeit* gibt<sup>321</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung vermag diese Ansicht allerdings nicht zu überzeugen. Wohl gilt im Erbrecht das Prinzip der Teilaufrechterhaltung, insbesondere bei Vorliegen von Willensmängeln oder Rechts- oder Sittenwidrigkeit. Dies erscheint insofern gerechtfertigt, als sich bei Vorliegen dieser Klagegründe relativ leicht feststellen lässt, ob sich der Mangel auf die ganze Verfügung oder nur einen Teil davon bezieht. Hat sich etwa ein Erblasser in einer Verfügung nur hinsichtlich eines eingesetzten Erben in dessen charakterlichen Eigenschaften getäuscht, so ist die Verfügung nur in Bezug auf diesen Erben für ungültig zu erklären.

Demgegenüber will scheinen, dass in praxi post mortem weder feststellbar noch abschätzbar ist, in Bezug auf welche Bestimmungen der Verfügende urteilsfähig oder urteilsunfähig war und wo eine allfällige Grenze zu ziehen ist. Damit dürfte seitens des Klägers der notwendige Nachweis der Urteilsunfähigkeit zur Zeit der Errichtung der Verfügung hinsichtlich einer einzelnen (oder einiger weniger) Bestimmungen kaum zu erbringen sein. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Faktums, dass der Beklagte den Gegenbeweis führen muss, um die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen zu verhindern.

Überdies hat ein Teil der Lehre zutreffend eingewendet, dass eine Zulassung der abgestuften Testierfähigkeit dem im Zivilrecht notwendigen Interesse an der Geschäfts- und Rechtssicherheit abträglich wäre<sup>322</sup>. Es ist somit davon auszugehen, dass auch im Erbrecht hinsichtlich der Testierfähigkeit das *Alles-oder-Nichts-Prinzip* massgebend ist<sup>323</sup>.

Entsprechend den Bestimmungen über die zivilrechtliche Berufung (vgl. Art. 43 ff. OG) muss auch bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit für die Frage der *Kognition des Bundesgerichts* die subtile Differenzierung zwischen Tat- und Rechtsfragen getroffen

---

<sup>319</sup> Vgl. BREITSCHMID, *Begünstigung*, S. 51 f. FN 12 m.w.H.; DRUEY, *Bemerkungen*, S. 733.

<sup>320</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 17; 117 II 231, 233 m.w.H.; BK-WEIMAR, Art. 467 N 9; BK-BUCHER, Art. 16 N 85; SEILER, *Testierfähigkeit*, S. 513; in diesem Sinne auch DRUEY, *Bemerkungen*, S. 733. – So schien der Umstand, dass eine Frau im Alter von 86 Jahren ihre frühere testamentarische Anweisung zum eigenen Seelenheil widerrief, als sehr ungewöhnlich und nicht persönlichkeitsadäquat, vgl. BGE 124 III 5, 17 ff.

<sup>321</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 13 m.w.H.; vgl. die weiterführenden Gedanken bei BREITSCHMID, *Begünstigung*, S. 53 f.

<sup>322</sup> Vgl. in diesem Sinne BRÜCKNER, *Personenrecht*, N 270; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 40.

<sup>323</sup> Vgl. BK-WEIMAR, Art. 467 N 3; BK-BUCHER, Art. 16 N 3 f.; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 41.



werden. *Tatfrage* ist die Feststellung des geistigen Zustandes einer Person im fraglichen Zeitraum sowie Art und Tragweite möglicher störender Einwirkungen; dazu gehört insbesondere, ob und inwieweit ein Erblasser zur Beurteilung der Folgen seines Handelns und zur Leistung von Widerstand gegenüber Versuchen der Willensbeeinflussung befähigt war. Diese tatsächlichen Feststellungen können – unter Vorbehalt offensichtlicher Versehen (Art. 55 Abs. 1 lit. c und d und 63 Abs. 2 OG) – vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüft werden. Als *Rechtsfrage* prüft hingegen das Bundesgericht in freier Kognition, ob der kantonale Richter zu Recht oder zu Unrecht vom festgestellten geistigen Gesundheitszustand bzw. diesbezüglichen Störungen auf die Urteilsfähigkeit geschlossen habe, soweit dies vom Begriff der Urteilsfähigkeit selbst abhängt bzw. von der allgemeinen Lebenserfahrung oder vom hohen Grad der Wahrscheinlichkeit, der für den Ausschluss dieser Fähigkeit erforderlich ist<sup>324</sup>.

*Abschliessend* kann festgehalten werden, dass es an der Testierfähigkeit eines letztwillig Verfügenden etwa dann mangelt, wenn der Erblasser nicht fähig war, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen seiner errichteten Verfügung zu erkennen oder wenn er – wie es namentlich bei älteren Erblassern auftreten kann – gegen einen tatsächlich erfolgten Versuch einer Willensbeeinflussung nicht mehr in normaler Weise Widerstand zu leisten vermag<sup>325</sup>. Für die Ungültigerklärung muss sich eine bestehende Schwäche aber auf die Fähigkeit, bezüglich der betreffenden Urkunde und im entscheidenden Moment vernunftgemäss zu handeln, auswirken<sup>326</sup>.

## b. *Erbvertrag*

### 1) *Auf Seiten des Erblassers*

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 468 ZGB bedarf es auf Seiten des Erblassers zum Abschluss eines Erbvertrages der Mündigkeit, und, wie aus dem unmittelbar vorangehenden Art. 467 ZGB ohne weiteres erhellt, der Urteilsfähigkeit<sup>327</sup>. Erforderlich ist somit – im Gegensatz zur letztwilligen Verfügung – *volle Handlungsfähigkeit* i.S.v. Art. 12 ZGB.

Die Errichtung einer Verwaltungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 2 ZGB) stellt nach BGE 60 II 507, 509 f., kein Hindernis für die erbvertragliche Verfügungsfähigkeit dar.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind auch bi- oder multilaterale Vereinbarungen zwischen Erblasser und Erbe(n) betreffend dem Verzicht auf Erbrechte zu den Erbverträgen zu zählen (sog. Erbverzichtsverträge), auch wenn es dem Erblasser nach Ver-

---

<sup>324</sup> Vgl. dazu auch BGE 124 III 5, 13; ZK-ESCHER, Art. 467 N 11; BK-TUOR, Art. 467 N 9a; BK-WEIMAR, Art. 467 N 22; PIOTET, SPR IV/1, S. 215.

<sup>325</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 7 f.; 117 II 231, 233; 90 II 9, 11 f.; 77 II 97, 99 f.; vgl. dazu auch DRUEY, Bemerkungen, S. 734; BK-WEIMAR, Art. 467 N 7.

<sup>326</sup> Vgl. BGE 117 II 231, 236 f.

<sup>327</sup> Vgl. in diesem Sinne klarstellend BGE 60 II 507, 508; BK-WEIMAR, Art. 468 N 7; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 51. – Zur Urteilsfähigkeit vgl. oben S. 63 ff.

tragsschluss offensteht, seinen Gegenkontrahenten erbrechtlich zu berücksichtigen<sup>328</sup>. Insofern besteht keine – den eigentlichen Erbvertrag auszeichnende – Bindungswirkung.

Die klare und unmissverständliche Regelung des Art. 468 ZGB hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit des Erblassers lässt m.E. nicht den Schluss zu, dass für Erbverzichtsverträge etwas anderes gelten sollte als für die positiven Erbverträge. Auch bei einem reinen Erbverzichtsvertrag gilt nicht der Verzichtende, sondern vielmehr sein Vertragspartner als „Erblasser“, da dessen Beerbung Gegenstand des Kontraktes bildet<sup>329</sup>. Eine Anwendung von Art. 19 Abs. 2 ZGB ist demnach im Einklang mit der wohl überwiegenden Lehre selbst für ausschliesslich begünstigende Erbverträge abzulehnen. Damit ist es auch dem urteilsfähigen Entmündigten vorenthalten, einen Erbvertrag negativen Inhalts abzuschliessen<sup>330</sup>.

## 2) *Auf Seiten des Gegenkontrahenten*

Art. 468 ZGB schweigt sich über die Verfügungsfähigkeit des Gegenkontrahenten aus; somit muss diesbezüglich auf die allgemeinen Vorschriften über die Vertragsfähigkeit zurückgegriffen werden. Für die Erörterung drängt sich eine Unterscheidung danach auf, ob dieser im Erbvertrag eigene Verfügungen von Todes wegen trifft (nachfolgend *a.*) oder nicht (nachfolgend *b.*).

### a) *Erbrechtliche Verfügung des Gegenkontrahenten*

Verfügt der Gegenkontrahent im Erbvertrag gleichzeitig auch über den eigenen Nachlass, ist seine diesbezügliche Rolle zum einen als Vertragspartner und zum anderen als Erblasser zu qualifizieren. Die Verfügungsfähigkeit beurteilt sich in diesem Falle – je nach der Bindungswirkung seiner Anordnung – nach Art. 467 ZGB (bei Freibleiben)<sup>331</sup> oder nach Art. 468 ZGB (bei Bindung)<sup>332</sup>. Eine gesetzliche oder gewillkürte Vertretung ist bei dieser Konstellation kraft dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit ausgeschlossen.

### b) *Keine erbrechtliche Verfügung des Gegenkontrahenten*

Trifft die Gegenpartei keine Anordnungen von Todes wegen, ist grundsätzlich danach zu differenzieren, ob dem Gegenkontrahenten durch den Abschluss des Kontraktes Pflichten auferlegt werden oder ob der Erbvertrag diesem ausschliesslich Vorteile einräumt. Eine gesetzliche oder gewillkürte Vertretung des Gegenkontrahenten ist hier durchaus zulässig, da – mangels eigener Verfügung – der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit nicht Platz greift<sup>333</sup>.

---

<sup>328</sup> Gl.M. die jüngere Doktrin, vgl. etwa PIOTET, SPR IV/1, S. 215; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 24; a.M. ZK-ESCHER, Art. 468 N 1.

<sup>329</sup> Vgl. dazu SCHMID, Erbverzicht, S. 16 f.

<sup>330</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 468 N 8; ZK-ESCHER, Art. 468 N 1; PIOTET, SPR IV/1, S. 215; a.M. ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 5 m.w.H. und BK-BUCHER, Art. 19 N 19 i.V.m. N 168.

<sup>331</sup> Zu Art. 467 ZGB vgl. oben S. 64 ff.

<sup>332</sup> Zu Art. 468 ZGB vgl. oben S. 69 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 6.

<sup>333</sup> Vgl. beispielsweise ZK-ESCHER, Art. 468 N 7; BK-WEIMAR, Art. 468 N 11; BK-TUOR, Art. 468 N 12.

Werden dem Gegenkontrahenten durch den Vertragsschluss *Verpflichtungen auferlegt* oder entsagt er sich ihm zustehende Rechte, ist seinerseits Mündigkeit erforderlich. Fehlt diese, ist entsprechend Art. 19 Abs. 1 ZGB für die Gültigkeit des Erbvertrages die Zustimmung des jeweiligen gesetzlichen Vertreters notwendig<sup>334</sup>. Im Falle der Bevormundung des Gegenkontrahenten ist nach Art. 422 Ziff. 5 ZGB für den Abschluss eines Erbvertrages gar die Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde erforderlich; die Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf die Stellung des Mündels als Vertragserben<sup>335</sup>.

Schliesst der Gegenkontrahent mit dem Erblasser einen ihn *ausschliesslich berechtigenden Erbvertrag* ab, vertritt die herrschende Lehre – in Anwendung von Art. 19 Abs. 2 ZGB – die Ansicht, dass seinerseits für den Vertragsschluss blosse Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB ausreicht. Ein urteilsfähiger Unmündiger oder Entmündigter soll beim Abschluss also rechtsgültig als Partei eines Erbvertrages in Erscheinung treten können<sup>336</sup>.

Auf Grund des Umstandes, das jeder Erbe für die Schulden des Erblassers solidarisch haftbar wird (vgl. Art. 603 Abs. 1 ZGB) und somit mit der Erbenstellung grundsätzlich auch finanzielle Verpflichtungen verknüpft sind, sind demgegenüber sowohl PIOTET als auch ESCHER der Auffassung, dass seitens des Gegenkontrahenten Mündigkeit erforderlich ist<sup>337</sup>. Die Erbenhaftung aktualisiert sich aber erst dann, wenn die – verlängerbare (vgl. Art. 576 ZGB) – dreimonatige Frist zur Ausschlagung der Erbschaft unbenutzt verstrichen ist (vgl. Art. 567 ZGB). Der Meinung der überwiegenden Doktrin kann m.E. insofern gefolgt werden, als sie die Auffassung vertritt, dass nicht der Abschluss des Erbvertrages, wohl aber die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft der Zustimmung bedarf<sup>338</sup>. Dabei sollte nach der hier vertretenen Auffassung beachtet werden, dass vom Zustimmungserfordernis dann abzusehen ist, wenn der Gegenkontrahent zwischen Abschluss des Erbvertrages und Erbgang (vgl. Art. 537 Abs. 1 ZGB) das Mündigkeitsalter erreicht hat.

Will ein Elternteil mit seinem unmündigen Kind (alleine oder mit an anderen Personen) einen Erbvertrag abschliessen, muss dem Kind – da die Interessen des Elternteils denen des Kind widersprechen – ein Vertretungsbeistand zur Seite gegeben werden (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB)<sup>339</sup>.

---

<sup>334</sup> So die wohl überwiegende Meinung, vgl. beispielsweise TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 456; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 6.

<sup>335</sup> Vgl. dazu BGE 60 II 507, 508 f.; BK-WEIMAR, Art. 468 N 12 und N 17; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 51.

<sup>336</sup> Vgl. beispielsweise TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 455 f.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 27; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 6; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 19 N 30; BK-TUOR, Art. 468 N 12; BK-WEIMAR, Art. 468 N 14 f.

<sup>337</sup> Vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 216 f.; ZK-ESCHER, Art. 468 N 7.

<sup>338</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 12 N 27; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 6.

<sup>339</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 468 N 13; BK-WEIMAR, Art. 468 N 13; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 31.

#### 4. *Folgen der Verfügungsunfähigkeit*

Grundsätzlich vermögen im Bereich des *Zivilrechts* Urteilsunfähige allein mit ihren Handlungen oder Unterlassungen keinerlei Rechtswirkungen herbeizuführen; von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind für das Recht ohne Belang und somit *nichtig* (Art. 18 ZGB)<sup>340</sup>.

Gegenteilig ist indes des Gesetzgebers Konzeption im Bereich des *Erbrechts*. Wie schon skizziert wurde, wird – in Respektierung des erblasserischen Andenkens<sup>341</sup> – prinzipiell auch eine von einem Urteilsunfähigen verfasste Verfügung von Todes wegen als gültig erachtet, allerdings nur solange, wie nicht mit Erfolg ein Ungültigkeitsprozess durchgeführt wurde<sup>342</sup>. Die mit einem rechtlichen Mangel behaftete Verfügung von Todes wegen ist damit grundsätzlich nicht *nichtig*, sondern nur – aber immerhin – *anfechtbar*<sup>343</sup>.

Dies gilt insbesondere auch für den Klagegrund der Verfügungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt des Verfassens einer *letztwilligen Verfügung* (vgl. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Ein Interessierter hat zur Beseitigung der von einem Verfügungsunfähigen verfassten letztwilligen Verfügung nach dessen Ableben innert Klagefrist die Ungültigkeitsklage zu erheben. Vor dem Ableben des Erblassers steht dem Interessierten keine Möglichkeit offen, gegen das vitiöse Testament vorzugehen. Der Erblasser selbst kann bei Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit seine letztwillige Verfügung widerrufen (vgl. Art. 509-511 ZGB). Sieht er im Bewusstsein der Mangelhaftigkeit der Verfügung davon ab, postuliert BREITSCHMID – mit der Folge der Unanfechtbarkeit – für die Annahme einer Konvaleszenz (Art. 469 Abs. 2 ZGB analog)<sup>344</sup>. Der Vorschlag BREITSCHMIDS entspricht wohl einem praktischen Bedürfnis und auch dem Grundsatz des „favor testamenti“. Angesichts der Verschiedenheit der Klagegründe und der – in aller Regel zumutbaren – Möglichkeit der Neuerrichtung letztwilliger Verfügungen ist nach der hier vertretenen Betrachtungsweise *de lege lata* eine solche Analogie dennoch abzulehnen<sup>345</sup>.

Beim Vorliegen eines *Erbvertrages* ist danach zu unterscheiden, auf wessen Seite die Verfügungs- resp. Handlungsunfähigkeit vorliegt und zu welchem Zeitpunkt sie geltend gemacht wird.

Die *Verfügungsunfähigkeit des Erblassers* kann nach der in der Doktrin vorherrschenden Meinung *prämortal* sowohl vom Gegenkontrahenten als auch vom Verfügenden mittels Anfechtung nach den Regeln des OR geltend gemacht werden (in der Form von Art. 31 OR)<sup>346</sup>. Zu Recht unterstreicht DRUEY, dass sich die Anwendung der obligatio-

---

<sup>340</sup> Vgl. beispielsweise BGE 117 II 18, 24; ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 44; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 78 f. – Zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen vgl. oben S. 5 ff.

<sup>341</sup> In diesem Sinne DRUEY, *Erbrecht*, § 12 N 41.

<sup>342</sup> Zur Qualifikation der Ungültigkeitsklage als Anfechtungsklage vgl. oben S. 31.

<sup>343</sup> Zur Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen vgl. oben S. 7 ff.

<sup>344</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 20 f.; vgl. zum Ganzen auch BK-TUOR, Art. 467 N 9. – Zur Konvaleszenz von Verfügungen von Todes wegen vgl. unten S. 99 ff.

<sup>345</sup> Vgl. in diesem Sinne etwa auch BK-WEIMAR, Art. 467 N 26.

<sup>346</sup> Vgl. die eingehende Erörterung bei GRUNDLER, *Willensmängel*, S. 328 ff.; DRUEY, *Erbrecht*, § 10

nenrechtlichen Bestimmungen schon auf Grund der Verweisungsnorm von Art. 7 ZGB anbietet<sup>347</sup>; zudem verweisen auch andere erbvertragliche Bestimmungen – insbesondere Art. 514 ZGB – auf diese Normen des OR. Auf Grund der gesetzlichen Konzeption, nach welcher die Ungültigkeitsklage erst im Erbgang angehoben werden kann, ist m.E. demgegenüber eine prämortale Anfechtung kraft Verfügungsunfähigkeit mit diesem Rechtsmittel – zumindest was die Leistungen von Todes wegen betrifft – abzulehnen<sup>348</sup>. Im Lichte der einseitigen Aufhebung des Erbvertrages durch den Erblasser ist wohl auch BGE 99 II 382, 386 f., zu beachten, der – allerdings in Bezug auf einen Willensmangel – festgehalten hat, dass es mit der Vertragsnatur des Erbvertrages schlechterdings unvereinbar ist, die Gegenseite von der Aufhebung nicht in Kenntnis zu setzen<sup>349</sup>. Im Gegensatz dazu muss für die *postmortale* Geltendmachung der Verfügungsunfähigkeit des Erblassers die Ungültigkeitsklage durch einen Interessierten angehoben werden. Aktivlegitimiert ist insbesondere – da er aus der Aufhebung des Erbvertrages einen Vorteil ziehen würde – der in einer anderen Verfügung des Erblassers Bedachte, oder aber auch der Gegenkontrahent<sup>350</sup>.

Im Falle der *Handlungsunfähigkeit des Gegenkontrahenten* ist es diesem unmöglich, rechtsgültig einen Erbvertrag abzuschliessen; der Erbvertrag ist nach Ansicht der herrschenden Lehre nichtig. Bei einem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten kann der Erblasser – wenn der Gegenkontrahent keine erbrechtliche Verfügung trifft – die Rechtslage durch Ansetzen einer Frist im Sinne von Art. 410 Abs. 2 ZGB klären. Verweigert der Vormund die Genehmigung, fällt der Erbvertrag ex tunc dahin (Nichtigkeit des Erbvertrages) mit der Folge der Befreiung des Erblassers. Auf Grund ihrer absoluten Wirkung kann die Nichtigkeit von jedermann geltend gemacht werden – etwa vom Erblasser, seinen Nachfolgern oder vom Gegenkontrahenten selbst<sup>351</sup>.

---

N 48; PICENONI, Auslegung, S. 106; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 21 m.w.H.

<sup>347</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 10 N 48 f. – Zur Bedeutung von Art. 7 ZGB vgl. oben S. 33 ff. – Dennoch kann m.E. nicht darüber hinweggesehen werden, dass die Urteils- und damit die Verfügungsunfähigkeit bei Lichte betrachtet keinen obligationenrechtlichen Anfechtungstatbestand darstellt, sondern kraft Personenrecht (Art. 18 ZGB) zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Einem erbrechtlich Verfügenden müsste konsequenterweise nach Erlangung der Urteilsfähigkeit nicht die Anfechtung nach OR, sondern die Feststellung der Nichtigkeit offenstehen. Unter Aspekten des Rechtsmissbrauchs und der Schutzwürdigkeit des Kontrahenten (Nichtigkeit kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden, vgl. dazu oben S. 5 ff.) erscheint letztlich die Konstruktion der herrschenden Lehre über die (befristete, vgl. Art. 31 OR) obligationenrechtliche Anfechtung als angebracht.

<sup>348</sup> Vgl. in diesem Sinne auch BK-WEIMAR, Art. 468 N 26 f. m.w.H.; vgl. demgegenüber eingehend PIOTET, SPR IV/1, S. 283 ff. – Zur Ablehnung der Anhebung der Ungültigkeitsklage zu Lebzeiten des Erblassers vgl. auch unten S. 102.

<sup>349</sup> Vgl. indes auch BK-WEIMAR, Art. 468 N 21, der eine Mitteilungspflicht nur bei entgeltlichen Erbverträgen annehmen möchte; erdenklich ist m.E., dass die Mitteilung eine blosser Obliegenheit darstellen könnte.

<sup>350</sup> Gl.M. GRUNDLER, Willensmängel, S. 375; ZK-ESCHER, Art. 468 N 9, möchte demgegenüber dem Gegenkontrahenten die Aktivlegitimation nur im Falle des Erbverzichts zugestehen. – Zur Aktivlegitimation der Ungültigkeitsklage vgl. oben S. 57 ff.

<sup>351</sup> Vgl. ausführlich GRUNDLER, Willensmängel, S. 371 ff.; HOHL, Aufhebung, S. 153; BK-WEIMAR, Art. 468 N 23 ff.; ZGB-LEUBA, Art. 410 N 18; ZK-ESCHER, Art. 468 N 10.

## 5. *Beweisfragen*

Auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung besteht nach Auffassung des Bundesgerichts eine grundsätzliche *Vermutung der Urteilsfähigkeit*. Demgemäss trägt der Ungültigkeitskläger, der das Nichtvorhandensein der Testierfähigkeit geltend macht, die diesbezügliche Beweislast. An den Nachweis der Urteilsunfähigkeit werden von Seiten des Bundesgerichts – im Interesse der Aufrechterhaltung des Testaments – überdies strenge Anforderungen gestellt<sup>352</sup>. Immerhin genügt für die Erbringung des Beweises schon eine jeden erheblichen Zweifel ausschliessende, sehr grosse Wahrscheinlichkeit. Dies gilt insbesondere dann, wenn es – wie bei den Verfügungen von Todes wegen – den mentalen Zustand einer inzwischen verstorbenen Person betrifft, da in diesem Falle ein absoluter Beweis unmöglich ist<sup>353</sup>.

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit gilt indes nicht absolut. Der post mortem zu erbringende Nachweis der Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung ist dann nahezu unmöglich, wenn beispielsweise eine Geisteskrankheit die geistigen Fähigkeiten einer Person nicht permanent beeinträchtigt. Ist – wiederum auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung – davon auszugehen, dass eine verfügende Person auf Grund ihres allgemeinen Gesundheitszustandes im Normalfall und mit (grosser) Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, erscheint nach Ansicht des Bundesgerichts eine umgekehrte Betrachtungsweise angezeigt. Gelingt dem Kläger der Nachweis der soeben geschilderten Umstände, greift eine *Vermutung der Urteilsunfähigkeit* des Verfügenden im Zeitpunkt der Errichtung Platz. Dies kann nicht nur bei bestimmten Geisteskrankheiten, sondern namentlich auch bei altersschwachen Personen der Fall sein<sup>354</sup>. Gegen diese Vermutung der Urteilsunfähigkeit steht dem Beklagten der „Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit auf Grund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat“<sup>355</sup>.

Es bleibt zu fragen, ob vor dem Hintergrund dieser neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung die frühere höchstrichterliche Auffassung zum *Einfluss einer Entmündigung* inskünftig anders ausfallen wird. In BGE 56 II 159, 161 f., hat das Bundesgericht die Ansicht vertreten, dass eine in einem früheren behördlichen Akt festgestellte Urteilsunfähigkeit nicht zu einer Umkehr der Beweislast führt. Da indes zum einen die neuere Rechtsprechung eine Beweislastumkehr nur in engen Grenzen annimmt und zum anderen auch der auf Grund einer Geisteskrankheit Entmündigte grundsätzlich als urteilsfähig betrachtet wird<sup>356</sup>, will scheinen, dass sich an der diesbezüglichen Rechtsprechung voraussichtlich nichts ändern wird. Im Ungültigkeitsprozess wird die Entmündigung grundsätzlich weiterhin als blosses Indiz gegen die Urteilsfähigkeit Bedeutung erlangen<sup>357</sup>. Ist der Entmündigte aber dermassen offenkundig geisteskrank, dass sich die allgemein geltende Vermutung der Urteilsfähigkeit nicht aufrecht erhalten

---

<sup>352</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 12; DRUEY, Bemerkungen, S. 735; BGE 117 II 231, 234.

<sup>353</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 8; 117 II 231, 234; 91 II 327, 338; 90 II 9, 12; BK-WEIMAR, Art. 467 N 18; BK-BUCHER, Art. 16 N 146.

<sup>354</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 8 f. und 117 II 231, 235, in Anschluss an BK-BUCHER, Art. 16 N 127; vgl. auch DRUEY, Bemerkungen, S. 735; SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht, S. 110.

<sup>355</sup> BGE 124 III 5, 8 f.; vgl. zum lucidum intervallum auch RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 49.

<sup>356</sup> Vgl. beispielsweise BK-SCHNYDER/MURER, Art. 369 N 65; ZGB-LANGENEGGER, Art. 369 N 22.

<sup>357</sup> Vgl. BJM 1982, S. 130 ff.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 28.

lässt, sollte eine Umkehr der Beweislast Platz greifen. Abzulehnen ist des weiteren auch die Auffassung, dass eine Entmündigung per se die Negation der Testierfähigkeit zur Folge hat<sup>358</sup>.

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Beweislast im Falle der *Suggestion* – die Beeinflussung des Willens des Erblassers durch einen fremden Willen – festgehalten, es könne nach der Natur der Sache nicht immer ein strenger Beweis dafür verlangt werden, dass eine Beeinflussung stattgefunden habe. Die Erkenntnis, dass eine Person hinsichtlich einer bestimmten Rechtshandlung urteilsunfähig ist, lässt sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn der Kläger einerseits die Unfähigkeit des Erblassers, dem Versuch einer Willensbeeinflussung in normaler Weise zu widerstehen, sowie andererseits die tatsächliche Beeinflussung durch eine andere Person nachzuweisen vermag. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es „unter Umständen (besonders etwa, wenn es sich um letztwillige Verfügungen handelt) genügen, wenn die Umstände es als höchst wahrscheinlich erscheinen lassen, dass auf die betreffende Person ein Einfluss ausgeübt wurde. Dass der Beeinflussungsversuch wirksam war, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden, sondern ist zu vermuten, wenn einerseits die abnorme Beeinflussbarkeit feststeht und andererseits davon auszugehen ist, dass eine Beeinflussung versucht wurde“<sup>359</sup>. Mit dieser begrüssenswerten Rechtsprechung trägt das Bundesgericht – wenn auch nur beim Klagegrund der Verfügungsunfähigkeit<sup>360</sup> – den Beweisschwierigkeiten des Ungültigkeitsklägers in annehmbarer Weise Rechnung.

Selbst bei *öffentlichen letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen* kommt der Bestätigung der Verfügungsfähigkeit durch die Zeugen (vgl. Art. 501 Abs. 2 und Art. 502 Abs. 2 ZGB) lediglich indizierender Charakter zu Gunsten der Urteilsfähigkeit zu. Es besteht keine Bindung des Richters an die Bestätigung der Zeugen oder an die Erklärung der Urkundsperson<sup>361</sup>. Die Bestätigungen der Zeugen hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit dürfen m.E. nicht überbewertet werden, dauert der Kontakt zwischen Zeugen und Erblasser während dem Beurkundungsakt doch regelmässig nur wenige Minuten und haben die Zeugen überdies vom Inhalt der Urkunde meist keine Kenntnis (vgl. Art. 501 Abs. 3 ZGB).

Die *Beweisführung* hinsichtlich der Urteilsunfähigkeit resp. –fähigkeit erfolgt in praxi nicht nur mit Urkunden wie psychiatrischen Gutachten, Pflegerapporten oder Krankengeschichten, sondern auch mit Zeugenaussagen. Zu beachten ist aber, dass zwischen den medizinischen Begriffen und den entsprechenden juristischen Termini teilweise eine Diskrepanz besteht<sup>362</sup> und dass Laien nur selten eine zutreffende Vorstellung der Urteilsfähigkeit im Rechtssinn haben und sie demgemäss in aller Regel keine genauen Angaben machen können<sup>363</sup>. Abgesehen davon sind erfahrungsgemäss die Aussagen

---

<sup>358</sup> Vgl. ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 48 m.w.H.; PIOTET, SPR IV/1, S. 214 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 4; BK-TUOR, Art. 467 N 6.

<sup>359</sup> BGE 77 II 97, 100.

<sup>360</sup> Zu den allgemeinen Beweisschwierigkeiten des Ungültigkeitsklägers vgl. unten S. 136 f. und S. 193.

<sup>361</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 501 N 11; BK-WEIMAR, Art. 467 N 23; eingehend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2416 ff.; BGE 39 II 190, 199 f.; 124 III 5, 9 m.w.H.

<sup>362</sup> Vgl. eingehend BK-WEIMAR, Art. 467 N 13 f.; vgl. auch ZGB-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 25, und DRUEY, Bemerkungen, S. 733, jeweils in Bezug auf die Geisteskrankheit.

<sup>363</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 19 f.; SEILER, Testierfähigkeit, S. 513; BREITSCHMID, Entwicklungen II, S. 125

verschiedener Zeugen zumindest teilweise widersprüchlich. Psychiatrische Gutachten sind vom Richter nach freier Überzeugung zu würdigen, für eine allfällige Abweichung von den Ergebnissen durch den Richter sind allerdings triftige Gründe von Nöten<sup>364</sup>.

## B. Willensmängel

### 1. Allgemeines

Mit den Willensmängeln – namentlich dem Erklärungsirrtum – ist die Problematik der *Auslegung einer Verfügung von Todes wegen* eng verknüpft. Während mangelhafter Willen zur Ungültigkeit der Verfügung führt, zielt die Auslegung auf die Eruiierung und Erhaltung des ungenau geäußerten, aber gültigen wirklichen Willens des Verfügenden ab. Auslegung greift überdies dort Platz, wo es um die Beurteilung geht, ob das fragliche Schriftstück überhaupt eine Verfügung von Todes wegen darstellt. Trotz des engen Zusammenhangs mit der hier zu behandelnden Problematik würde eine eingehende Erörterung der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen am Ziel der vorliegenden Arbeit vorbeigehen und deren Rahmen völlig sprengen; an dieser Stelle muss somit darauf verzichtet werden<sup>365</sup>.

Der Wortlaut von Art. 469 Abs. 1 ZGB besagt, dass Verfügungen, welche der Erblasser unter Einfluss eines Willensmangels – namentlich Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung oder Zwang – verfasst hat, ungültig sind. Aus der gesetzlichen Konzeption – grundsätzliche Gültigkeit auch von mangelhaften Verfügungen<sup>366</sup> – und im Hinblick auf das ergänzende Zusammenspiel von Art. 469 und Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB erhellt indessen, dass der Tatbestand über den mangelhaften Willen vom Gesetzgeber ungenau redigiert wurde und die Ungültigkeit auch beim Vorliegen eines Willensmangels nur nach erfolgreicher Durchführung eines Ungültigkeitsprozesses Platz greift<sup>367</sup>. Abs. 2 von Art. 469 ZGB impliziert eine Genehmigungsfiktion bei Fristablauf (nachträgliche Konvaleszenz), Abs. 3 dieser Bestimmung betrifft die Möglichkeit der Richtigstellung

---

mit FN 14 f. und Hinweisen auf die kantonale Praxis.

<sup>364</sup> Vgl. beispielsweise ZK-ESCHER, Art. 467 N 9; BK-WEIMAR, Art. 467 N 13 und N 21; zum Ganzen GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 347 ff.; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 14 N 58 ff. m.w.H.

<sup>365</sup> Zu dem für die Auslegung massgebenden Willens- resp. Vertrauensprinzip vgl. die äusserst konzisen Ausführungen unten S. 77 f. – Vgl. eingehend zur Auslegung die einschlägige schweizerische Literatur wie beispielsweise FAHRLÄNDER, Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Diss. Bern 1948; PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955; GLAUS, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, Diss. Zürich 1982; RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1262 ff.; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 177 ff. (mit umfangreichem Literaturverzeichnis in N 180); BREITSCHMID, Formprobleme, S. 34 ff. (insb. FN 17); GRUNDLER, Willensmängel, S. 257 ff.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 1 ff.; GUINAND/STETTLER, Successions, N 117 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 205 ff.; ZK-ESCHER, Einleitung zu Art. 467 ff., N 10 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 493 ff.

<sup>366</sup> Vgl. dazu oben S. 31.

<sup>367</sup> Seltsam mutet überdies an, dass die Norm über die Willensmängel vom Zivilgesetzgeber systematisch unter die Verfügungsfähigkeit (1. Abschnitt des 14. Titels) subsumiert wurde.



bei einem offenbaren Irrtum und beinhaltet insofern auch den Grundsatz, dass die Auslegung der Anfechtung vorgeht<sup>368</sup>.

Während sich im Bereich des Obligationenrechts eine umfangreiche Normierung der Willensmängel in den Art. 23-31 OR findet, bedarf die konzise und unvollkommene erbrechtliche Regelung in mancherlei Hinsicht der Ausfüllung und Ergänzung. Zu diesem Behuf wird kraft Art. 7 ZGB<sup>369</sup> an die entsprechenden Bestimmungen des OR angeknüpft. Auch eine analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Normen darf indes nicht vorbehaltlos erfolgen, sondern vielmehr nur soweit, als sich die Übernahme mit den Besonderheiten des Erbrechts und dessen Grundsätzen im Einklang befindet. So ist insbesondere – im Gegensatz zur hervorragenden Stellung des Vertrauenprinzips im Bereich von zweiseitigen Rechtsgeschäften unter Lebenden – die *ungleich stärkere Betonung des Willensprinzips bei den Verfügungen von Todes wegen* hervorzuheben, wobei es diesbezüglich wiederum zwischen letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen zu differenzieren gilt<sup>370</sup>.

*Letztwillige Verfügungen* charakterisieren sich als einseitige, nicht empfangsbedürftige – in der Regel von Laien geäusserte – Willenserklärungen, welche vom Verfasser jederzeit widerrufen werden können. Diese Rechtsgeschäfte erfordern keine Mitwirkung eines Erklärungsempfängers, dessen Vertrauen in den Bestand und die Richtigkeit der Willensäusserung durch die Rechtsordnung geschützt werden müsste. Da bei letztwilligen Verfügungen ausschliesslich die Interessen des Verfügenden auf dem Spiel stehen, dominiert bei dieser Verfügungsform das *Willensprinzip*. Für die Auslegung massgebend ist somit immer der wirkliche Wille des Erblassers, wie er in seinem Testament – wenn auch nur ungenau – zum Ausdruck kommt, und nicht, wie der Wille von einem Adressaten verstanden werden könnte. Abzustellen ist demzufolge ausschliesslich auf die Optik des Erklärenden<sup>371</sup>.

Demgegenüber existiert beim *Erbvertrag* als zweiseitigem Rechtsgeschäft ein auf die Erklärung vertrauender Empfänger. Das Vertrauen des Empfängers manifestiert sich namentlich dann, wenn auf Grund der Vereinbarung der Gegenkontrahent eine Gegenleistung zu erbringen hat. Wie bei rein obligationenrechtlichen Kontrakten werden auch die Gegenkontrahenten des Erblassers – in beschränktem Masse – in ihrem Vertrauen geschützt. Zumindest bei Erbverträgen mit Verpflichtung des Gegenkontrahenten kommt somit das *Vertrauensprinzip* beschränkt zum Tragen. Nach diesem Prinzip wird

---

<sup>368</sup> Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 199.

<sup>369</sup> Vgl. dazu oben S. 33 ff.

<sup>370</sup> Das Willensprinzip kommt vornehmlich in Bezug auf letztwillige Verfügungen zum Tragen, während bei den Erbverträgen in beschränktem Masse das Vertrauensprinzip Anwendung findet. – Zum Willensprinzip bei den Verfügungen von Todes wegen vgl. nur BGE 120 II 182, 184; 75 II 280, 284; RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1262 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 4 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 17; WELTI, Willensmängel, S. 38 ff.; PICENONI, Auslegung, S. 28 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 457; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 4 f. i.V.m. N 30; GUINAND/STETTLER, Successions, N 76.

<sup>371</sup> Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 197 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 18; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 8 ff.; WELTI, Willensmängel, S. 17 f.; SCHWENZER, OR AT, N 27.36 ff.; BGE 124 III 414, 416; 120 II 182, 184.

einer Willenserklärung der Sinn beigemessen, den der Empfänger unter den gegebenen Umständen und Besonderheiten nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste<sup>372</sup>.

In der vorliegenden Arbeit wird bezüglich der Willensmängel vorab der *sachliche Anwendungsbereich von Art. 469 ZGB* erörtert (nachfolgend 2.); im Anschluss daran finden sich die Untersuchungen hinsichtlich der *Willensmängel im Einzelnen* (nachfolgend 3.), der *Konvaleszenz* (nachfolgend 4.) und der *Richtigstellung offener Irrtümer* (nachfolgend 5.).

## 2. *Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 469 ZGB*

Der Wortlaut von Art. 469 ZGB spricht in unspezifizierter Weise von „Verfügungen“ und lässt damit offen, ob er sich generell auf Verfügungen von Todes wegen oder bloss auf letztwillige Verfügungen bezieht. Nach Ansicht sowohl der herrschenden Lehre als auch des Bundesgerichts erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich von Art. 469 ZGB nicht nur auf die *letztwilligen Verfügungen*, sondern auch auf *Erbverträge*, „jedenfalls soweit es sich um Willensmängel des auf seinen Tod hin Verfügenden handelt“<sup>373</sup>. Entgegen dieser Ansicht vertritt namentlich PIOTET die Auffassung, dass Art. 469 ZGB auf Erbverträge nicht anwendbar ist, sondern Willensmängel beider Vertragspartner kraft Art. 7 ZGB nach Art. 23 ff. OR anzufechten sind<sup>374</sup>.

Von praktischer Relevanz ist diese Meinungsdivergenz insofern, als sich die Frage nach der Massgeblichkeit des *Motivirrtums* bei Erbverträgen stellt. Während der Motivirrtum unter dem Regime des OR nicht wesentlich ist und somit zu keiner Anfechtung berechtigt (vgl. Art. 24 Abs. 2 OR), wird im Erbrecht die Anfechtung wegen Motivirrtums seitens des Erblassers zumindest teilweise als zulässig erachtet<sup>375</sup>. Von besonderer Bedeutung ist die Anfechtung eines Erbvertrages deshalb, weil es dem Erblasser verwehrt ist, den Kontrakt wie eine letztwillig Verfügung einseitig aufzuheben oder abzuändern.

Die Unterstützung der abweichenden Auffassung PIOTETS hiesse, die systematische Stellung und den Wortlaut des Art. 469 ZGB unberücksichtigt zu lassen, steht doch diese Norm in unmittelbarem Zusammenhang mit den Art. 467 f. ZGB, welche die Verfügungsfähigkeit bei Testamenten *und* Erbverträgen betreffen. Zudem erhellt auf Grund der Entstehungsgeschichte sowie dem französischen und italienischen Wortlaut, dass an dieser Stelle „Verfügungen“ nicht bloss als letztwillige Verfügungen, sondern als Verfügungen von Todes wegen überhaupt zu verstehen sind<sup>376</sup>. Weil im Obligationenrecht die Berufung auf einen Motivirrtum unstatthaft ist, würde des weiteren die

<sup>372</sup> Vgl. beispielsweise RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1263; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 18 ff.; BREITSCHMID, Formprobleme, S. 43; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 4 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 493 f.

<sup>373</sup> BGE 99 II 382, 383; vgl. beispielsweise BK-WEIMAR, Art. 469 N 6; BK-TUOR, Art. 469 N 2; ZK-ESCHER, Art. 469 N 2; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 4; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 457 f.; PICENONI, Auslegung, S. 96; WELTI, Willensmängel, S. 46; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 18 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 50.

<sup>374</sup> Vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 219 ff.

<sup>375</sup> Vgl. dazu unten S. 82 f.

<sup>376</sup> In diesem Sinne auch die bundesgerichtliche Argumentation, vgl. BGE 99 II 382, 384; ebenso BK-TUOR, Art. 469 N 2.

Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen auf den unentgeltlichen positiven Erbvertrag zu einer unsachgemässen Schlechterstellung des erbvertraglichen Erblassers gegenüber einem testamentarischen Erblasser führen<sup>377</sup>. Auf Grund dieser Erwägungen verdient m.E. die Auffassung von PIOTET keine Zustimmung.

### 3. Willensmängel im Einzelnen

Der Wortlaut des Gesetzes zählt als mögliche Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen explizit *Irrtum* (nachfolgend *a.*), *arglistige Täuschung* (nachfolgend *b.*) und *Drohung oder Zwang* (nachfolgend *c.*) auf. Daneben wird in Rechtsprechung und Doktrin auch die Zulassung von *Sondertatbeständen* erwogen (nachfolgend *d.*).

#### a. Irrtum

##### 1) Im Obligationenrecht

Im Gegensatz zu gewissen Sondertatbeständen<sup>378</sup> ist beim Irrtum dem Erklärenden die Divergenz zwischen Wille und Erklärung verborgen; er ist sich nicht bewusst, dass seiner Erklärung im Rechtsverkehr eine andere Bedeutung beigemessen wird, als er beabsichtigt.

Der Irrtum wird schlechthin als falsche Vorstellung über einen Sachverhalt umschrieben. Eine solche falsche Vorstellung kann als Erklärungs- oder als Motivirrtum (resp. Grundlagenirrtum) in Erscheinung treten. Der *Erklärungsirrtum* betrifft das Stadium der Willenskundgebung; ein an sich fehlerfrei gebildeter Wille wird in verschiedener Hinsicht (vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR) fehlerhaft geäussert. Das Stadium der Willensbildung ist hingegen beim *Motiv- resp. Grundlagenirrtum* betroffen; hier wird ein fehlerhaft gebildeter Wille fehlerfrei geäussert. Der Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) ist im Gegensatz zum Motivirrtum (Art. 24 Abs. 2 OR) insofern qualifiziert, als er vom Gesetz bei Vorliegen besonderer Merkmale als wesentlich betrachtet wird und demnach zur Aufhebung des Vertrages berechtigt. Dem Irrtum rechtlich gleichgestellt ist die *ignorantia*, die zwar nicht falsche, aber fehlende Vorstellung resp. die Unkenntnis über eine bedeutsame Tatsache<sup>379</sup>.

Ein Irrtum ist indes nur bei dessen *Kausalität* für die Abgabe der Willenserklärung beachtlich. Diese ist dann zu bejahen, wenn das Rechtsgeschäft vom Irrenden bei wahrer Kenntnis der Sachlage nicht oder anders geschlossen worden wäre<sup>380</sup>. Die Beurteilung der Kausalität erfolgt somit anhand eines subjektiven Massstabes.

---

<sup>377</sup> Vgl. dazu unten S. 80 ff.

<sup>378</sup> Vgl. dazu unten S. 93 ff.

<sup>379</sup> Vgl. zum Ganzen SCHWENZER, OR AT, N 37.01 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 760 ff.; GUHL/KOLLER, OR, § 16 N 1 ff.; zur ignorantia vgl. BGE 100 II 278, 282 f.

<sup>380</sup> Vgl. KOLLER, OR AT I, N 1059; OR-SCHWENZER, Art. 23 N 5.

## 2) *Im Erbrecht*

### a) Bei der letztwilligen Verfügung

Auf Grund der uneingeschränkten Anwendbarkeit des Willensprinzips bei letztwilligen Verfügungen, dem Grundsatz der freien Widerrufbarkeit sowie der Gegebenheit, dass Art. 469 ZGB – im Gegensatz zum OR – keine Einschränkung hinsichtlich der Relevanz des Irrtums macht, ist im Bereich der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage die Unterscheidung von Erklärungs-, Motiv- und Grundlagenirrtum ohne praktische Relevanz<sup>381</sup>. Somit erscheint grundsätzlich *jeder Irrtum des Erblassers als wesentlich* und ermöglicht eine Anfechtung der Verfügung von Todes wegen kraft Art. 469 i.V.m. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Der Irrtum des Erblassers wird damit – so PICENONI apodiktisch – „Ungültigkeitsgrund schlechthin“<sup>382</sup>.

Der Irrtum des Erblassers kann sowohl in *subjektiver* als auch in *objektiver Hinsicht* in Erscheinung treten. Ersteres ist etwa dann der Fall, wenn er seinen Willen auf Grund einer falschen Vorstellung über Fähigkeiten, Charaktereigenschaften, wirtschaftliche Verhältnisse oder dgl. eines Bedachten oder Nicht-Bedachten bildet sowie beispielsweise bei einem Irrtum über die Tatsache des Vorversterbens eines Geschwisters. Letzteres kann vorliegen, wenn irrtümlich über einen anderen Vermögensgegenstand als eigentlich angenommen disponiert wird oder wenn der Verfügende eine falsche Wertvorstellung von einem Objekt hat (zu denken ist gegebenenfalls an einen boomenden Wertpapiermarkt)<sup>383</sup>. Denkbar ist auch ein Irrtum in *rechtlicher Hinsicht*, etwa wenn der Erblasser davon ausgeht, dass – wie bei der gesetzlichen Erbfolge – auch beim Vermächtnis das Eintrittsprinzip Anwendung findet oder wenn er über einen nur vermeintlich zu seinem Nachlass gehörenden Vermögenswert eine erbrechtliche Verfügung trifft und sich damit in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse in einem Irrtum befindet<sup>384</sup>.

In Anlehnung an § 2078 Abs. 2 des deutschen BGB anerkennen sowohl die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts als auch die herrschende Lehre, dass sich auch ein Irrtum des Erblassers bezüglich dem Verlauf *künftiger Ereignisse oder Entwicklungen* unter Art. 469 Abs. 1 ZGB subsumieren lässt. Ein solcher Irrtum über einen künftigen Sachverhalt – und in der Folge auch die unerlässliche Kausalität – ist aber ex definitione nur dann gegeben, wenn auf Grund einer diffizilen Abgrenzung „nach unten“<sup>385</sup> erhellt, dass es sich um bestimmte, vom Erblasser als verlässlich

<sup>381</sup> Zu den einzelnen Irrtumsarten vgl. BK-WEIMAR, Art. 469 N 16 ff., sowie die Ausführungen zum Irrtum im Obligationenrecht oben S. 79.

<sup>382</sup> PICENONI, Auslegung, S. 54; vgl. überdies beispielsweise BGE 119 II 208, 211; 94 II 139, 140; 67 II 13, 15; WELTI, Willensmängel, S. 38 f.; BK-WEIMAR, Art. 469 N 26; BK-TUOR, Art. 469 N 21; ZK-ESCHER, Art. 469 N 6; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 7; PIOTET, SPR IV/1, S. 219; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 22 f.; STEINER, Erfordernis, S. 23.

<sup>383</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 469 N 21; ZK-ESCHER, Art. 469 N 6 und N 8 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 11; zur falschen Wertvorstellung des Erblassers vgl. GEISER, Anfechtung, S. 707 f.; BREITSCHMID, Bemerkungen I, S. 1256.

<sup>384</sup> Vgl. beispielsweise BGE 50 II 332, 337; 72 II 224, 233 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 23; BK-WEIMAR, Art. 469 N 21; BK-TUOR, Art. 469 N 21; ZK-ESCHER, Art. 469 N 8. – Vgl. die unpraktikable Differenzierung der Erklärungsirrtümer bei ZK-ESCHER, Art. 469 N 9, und diesbezüglich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 199.

<sup>385</sup> Vgl. in diesem Sinne ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 10.

betrachtete Erwartungen über die künftige Entwicklung der Dinge handelt und nicht um bloße Wünsche, Hoffnungen, Befürchtungen, welche sich nicht verwirklicht haben. War sich der Verfügende hingegen der Ungewissheit seiner Vorstellungen über die (mutmassliche) Zukunft bewusst, und traf er diesbezüglich keine besondere Vorkehrungen – wie durch Aufstellen von Auflagen oder Bedingungen oder ergänzende Eventualverfügungen – so nahm er die Entwicklung der Dinge in Kauf. Von einem Irrtum kann dann keine Rede sein<sup>386</sup>.

Demgegenüber hat das Bundesgericht die Kontroverse bislang offengelassen, ob unbewusste Erwartungen, insbesondere das *Nichtbedenken* (ignorantia) aussergewöhnlicher Ereignisse, welche zu einem späteren Zeitpunkt eintreten, einen (Motiv-) Irrtum zu begründen vermögen; im Sinne einer Tendenz hat es aber eine eher ablehnende Haltung erkennen lassen<sup>387</sup>. Da jedoch auch ein Irrtum im eigentlichen Sinn (positive falsche Vorstellung über einen Sachverhalt) unbewusst erfolgt, besteht bei der ignorantia weitgehend eine dem Irrtum entsprechende Konstellation; m.E. sollte deshalb im Erbrecht – wie auch im Obligationenrecht – auch die kausale ignorantia<sup>388</sup> rechtlich dem Irrtum gleichgestellt werden, zumal bei den letztwilligen Verfügungen auch der Gedanke des Vertrauensschutzes wegfällt.

Art. 469 Abs. 1 ZGB bestimmt ausdrücklich, dass der Erblasser seine Verfügung „unter dem Einfluss“ des Irrtums errichtet haben muss. *Conditio sine qua non* für die erfolgreiche Anfechtung ist hiermit das Vorliegen eines *Kausalzusammenhanges* zwischen der falschen Vorstellung und der Verfügung. Der Irrtum ist beachtlich, sofern er einen bestimmenden Einfluss auf die Verfügung hatte. Das Bundesgericht hat – m.E. sowohl im Hinblick auf die Frage der Qualität des Irrtums als auch im Hinblick auf die Frage der Kausalität<sup>389</sup> – erstmals in BGE 75 II 280, 287, seine Rechtsprechung präzisiert. Danach sind ein rechtsgenügender Irrtum sowie die Kausalität nur dann gegeben, wenn dargetan werden kann, „dass es der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage vorgezogen hätte, die angefochtene Verfügung aufzuheben, statt sie unverändert fortbestehen zu

---

<sup>386</sup> Vgl. erstmalig BGE 67 II 13, 15; präzisierend 75 II 280, 284 f.; eingehend GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 50 ff.; WELTI, Willensmängel, S. 41 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 23; BK-WEIMAR, Art. 469 N 22; BK-TUOR, Art. 469 N 21; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 10 und N 12; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 457; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 32 f.; BK-KRAMER, Art. 18 N 306.

<sup>387</sup> Vgl. BGE 75 II 280, 285; 56 II 254 ff.; 94 II 88 ff.; eingehend GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 52 ff.; ablehnend auch ZK-ESCHER, Art. 469 N 7, sowie BK-TUOR, Art. 469 N 21, und STEINER, Erfordernis, S. 23.

<sup>388</sup> Kausalität der Unkenntnis besteht dann, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der Erblasser bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände in einem anderen Sinne verfügt hätte; vgl. die offene Haltung zur Gleichbehandlung von ignorantia und Irrtum bei WELTI, Willensmängel, S. 41 ff.

<sup>389</sup> In der Literatur divergieren die Ansichten darüber, auf welches Moment sich diese Rechtsprechung bezieht. Während ein Teil der Lehre eine besondere Qualifizierung der Kausalität sieht (so namentliche PICENONI, Auslegung, S. 61 f., und ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; in diesem Sinne auch BGE 99 II 382, 387), vertritt ein anderer Teil der Doktrin die Auffassung, dass es sich bei dieser Rechtsprechung vielmehr um eine Einschränkung der Irrtumsanfechtung handelt (so GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 45, und GRUNDLER, Willensmängel, S. 102 f.). Obwohl in der vorliegenden Arbeit die Auffassung vertreten wird, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowohl die Qualität des Irrtums als auch dessen Kausalität betrifft, ist m.E. nachdrücklich zu bemerken, dass nach wie vor auch bei einem Motivirrtum eine letztwillige Verfügung aufgehoben werden kann.

lassen<sup>390</sup>. Dem Richter obliegt es somit, eine Hypothese über den mutmasslichen Willen des Erblassers anzustellen; für die Frage des Kausalzusammenhanges und der Irrtumsqualität ist somit ein subjektiver Massstab ausschlaggebend<sup>391</sup>.

#### b) Beim Erbvertrag

Differenzierter als bei der letztwilligen Verfügung präsentiert sich die Rechtslage beim Erbvertrag, wo zum einen danach unterschieden werden muss, auf welcher Seite ein Irrtum vorliegt und zum anderen zu berücksichtigen ist, ob ein reiner Zuwendungsvertrag vorliegt oder eine Gegenleistungspflicht des Kontrahenten stipuliert wurde.

Im Falle des *Irrtums des Erblassers* beim *entgeltlichen positiven Erbvertrag* hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre auf Grund des Bedürfnisses des Vertrauensschutzes des Gegenkontrahenten für eine analoge Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgesprochen, womit der blosser Motivirrtum – ganz im Gegensatz zu den letztwilligen Verfügungen – unbeachtlich ist. Ein Motivirrtum beim Abschluss eines Erbvertrages hat deshalb „nur dann als beachtlich zu gelten, wenn er sich auf einen Sachverhalt bezieht, der vom Erblasser nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet worden ist“<sup>392</sup>. Ein einfacher Motivirrtum ist damit nicht ausreichend, vielmehr ist ein qualifizierter Motivirrtum, also ein Grundlagenirrtum, erforderlich. Gleichwohl anerkennt aber das Bundesgericht, dass den blossen Motiven beim Vertragsschluss eine grössere Relevanz als bei den obligationenrechtlichen Rechtsgeschäften zukommt. Dies stellt eine Konsequenz der Tatsache dar, dass dem Abschluss eines Erbvertrages regelmässig eine vertiefte Auseinandersetzung der Parteien über die Nachlassangelegenheiten vorausgeht und der Gegenkontrahent dadurch die Grundlagen und des erblasserischen Willensentschlusses kennenlernt<sup>393</sup>.

Beim *Irrtum des Erblassers* im Falle eines *unentgeltlichen positiven Erbvertrages* geht die herrschende Lehre auf Grund des fehlenden Synallagmas davon aus, dass die Grundsätze über die Irrtumsanfechtung bei letztwilligen Verfügungen Geltung erlangen sollten und folglich auch der blosser Motivirrtum beachtlich ist<sup>394</sup>.

Der *Irrtum des Gegenkontrahenten* beurteilt sich *sowohl beim entgeltlichen als auch beim unentgeltlichen positiven Erbvertrag* – wie bereits skizziert wurde<sup>395</sup> – nach beinahe einhelliger Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre nach

---

<sup>390</sup> BGE 94 II 139, 140; vgl. auch BGE 119 II 208, 210 f.; 94 II 139, 140; 75 II 280, 284, 287; 67 II 13, 15; BK-WEIMAR, Art. 469 N 24; PICENONI, Auslegung, S. 61 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 24 f.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 31; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 458; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 31 f. – Zu diesbezüglichen Beweisfragen vgl. unten S. 83 f.

<sup>391</sup> Vgl. beispielsweise PICENONI, Auslegung, S. 50 m.w.H.; BK-WEIMAR, Art. 469 N 25. – Zum hypothetischen Erblasserwillen vgl. GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 44 und S. 179 ff.; BREITSCHMID, Bemerkungen I, S. 1256 f.

<sup>392</sup> BGE 99 II 382, 385 f.

<sup>393</sup> Vgl. insbesondere BGE 99 II 382, 386; ausführlich GRUNDLER, Willensmängel, S. 105 ff. m.w.H.; PICENONI, Auslegung, S. 101 f.

<sup>394</sup> Vgl. GRUNDLER, Willensmängel, S. 111 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 20 und S. 23 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 4.

<sup>395</sup> Vgl. dazu oben S. 78 f.

den Bestimmungen des OR; folglich ist der blosser Motivirrtum unbeachtlich. Art. 469 Abs. 1 ZGB findet nur in Bezug auf den Irrtum des Erblassers Anwendung<sup>396</sup>.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass auch bei einem Erbvertrag ein *Kausalzusammenhang* zwischen Vorliegen des Willensmangels und der Abgabe der Willenserklärung vorliegen muss<sup>397</sup>. In BGE 99 II 382, 387, hat das Bundesgericht festgehalten, dass die für die letztwillige Verfügung stipulierten Erfordernisse hinsichtlich Kausalität<sup>398</sup> auch bei einem Erbvertrag zur Anwendung gelangen. Eine Ungültigerklärung eines Erbvertrages wegen Irrtums soll demnach nur dann gerechtfertigt sein, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Erblasser bei Kenntnis der wahren Sachlage die Aufhebung der Aufrechterhaltung vorgezogen hätte.

### 3) *Beweisfragen*

Entsprechend der allgemeinen Bestimmung (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB) liegt die *Beweislast* bei der Partei, welche aus der behaupteten Tatsache Rechte ableitet, also regelmässig dem Ungültigkeitskläger. Dieser hat nicht nur den Nachweis des Irrtums, sondern insbesondere auch dessen Kausalität darzutun. Demgegenüber hat der Begünstigte die Existenz und auch die Echtheit der Verfügung und der darin enthaltenen Bestimmung zu seinen Gunsten zu beweisen<sup>399</sup>.

Unabhängig der Art der Verfügung von Todes wegen muss seitens des Klägers indes nicht dargetan werden, „wie“ der Erblasser ohne den Irrtum verfügt, m.a.W. was er bei Kenntnis des Sachverhalts im einzelnen angeordnet hätte. Hinsichtlich des *Beweismasses* ist nur – aber immerhin – ausreichend, wenn „als wahrscheinlich dargetan“<sup>400</sup> ist, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Aufhebung der Verfügung ihrer Aufrechterhaltung vorgezogen hätte. Der Beweis ist somit nicht erst dann erbracht,

---

<sup>396</sup> Vgl. etwa BGE 99 II 382, 385; eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 113 ff.; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 21; PIOTET, SPR IV/1, S. 219 f.; WELTI, Willensmängel, S. 46; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 34 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 23 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 3; ZK-ESCHER, Art. 469 N 20. – Die von BK-WEIMAR, Art. 469 N 8 ff., postulierte Gleichbehandlung beider Erbvertragsparteien ist m.E. angesichts des überaus klaren Wortlauts von Art. 469 ZGB abzulehnen; zudem besteht bei Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen eine Gleichbehandlung mit dem Erblasser beim entgeltlichen positiven Erbvertrag. – Zu Sondertatbeständen (wie Irrtum beim gemischt entgeltlichen positiven Erbvertrag, Irrtum beim Erbverzichtsvertrag, Irrtum des Gegenkontrahenten über zukünftige Tatsachen und *clausula rebus sic stantibus* und dgl.) sei an dieser Stelle verwiesen auf die einschlägige Darstellung von GRUNDLER, Willensmängel, S. 121 ff.

<sup>397</sup> Entgegen den Ausführungen von RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 24 f., will aber scheinen, dass das bei Erbverträgen zu berücksichtigende Vertrauensprinzip wohl für die Ermittlung des wirklichen Willens der Kontrahenten, nicht aber für die Frage der Kausalität von Relevanz ist. Denn bei Vorliegen von obligationenrechtlichen Verträgen wird die Kausalität dann bejaht, „wenn *der Erklärende* die Willenserklärung ohne Vorliegen eines Willensmangels gar nicht oder jedenfalls nicht in dieser Weise abgegeben hätte“, vgl. SCHWENZER, OR AT, N 36.04. Entsprechendes hat m.E. auch für Erbverträge zu gelten.

<sup>398</sup> Zur Kausalität des Irrtums bei der letztwilligen Verfügung vgl. oben S. 81 f.

<sup>399</sup> Vgl. PICENONI, Auslegung, S. 61; ZK-ESCHER, Art. 469 N 6 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; BK-TUOR, Art. 519 N 13; BGE 94 II 139, 140.

<sup>400</sup> BGE 75 II 280, 287. – Vgl. auch 94 II 139, 140; 99 II 382, 387; PICENONI, Auslegung, S. 61 f.; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 46 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; BK-TUOR, Art. 469 N 13.

wenn beim Richter volle Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache vorhanden ist; der Nachweis der Wahrscheinlichkeit genügt.

Den erforderlichen Beweis kann der Kläger durch irgendwelche *Beweismittel* erbringen, welche als tauglich erscheinen. Zu berücksichtigen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere auch ausserhalb der Verfügung liegende Elemente<sup>401</sup>. Nicht geboten ist daher, dass sich der Irrtum in der Verfügung selbst manifestiert, vielmehr genügt es, wenn der Beweis auch anderweitig erbracht wird.

## *b. Arglistige Täuschung*

### *1) Im Obligationenrecht*

Beim Tatbestand der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) handelt es sich um einen besonderen Anwendungsfall des Motivirrtums. Die Spezialität findet sich darin, dass durch ein täuschendes Verhalten des Vertragspartners ein Irrtum entweder absichtlich hervorgerufen oder doch ausgenützt worden ist, jeweils verbunden mit der Folge des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts. Ein täuschendes Verhalten besteht in einer *Vorspiegelung falscher Tatsachen* oder im *Verschweigen vorhandener Tatsachen*, wobei die Tatsachenverschweigung nur verpönt ist, soweit eine Aufklärungspflicht besteht. Das täuschende Verhalten des Vertragspartners bewirkt die Negation seiner Schutzwürdigkeit, womit gerechtfertigt erscheint, dass für die Anfechtung *jeder durch die Täuschung hervorgerufene oder aufrechterhaltene Irrtum*, insbesondere auch der blosser Motivirrtum, als ausreichend erachtet wird<sup>402</sup>.

Aus der Marginalie und dem Wortlaut des Gesetzes erhellt, dass der subjektive Tatbestand der Täuschung *Absicht* erfordert. Der Täuschende muss demgemäss die Unrichtigkeit des Sachverhalts kennen sowie die Absicht haben, den Getäuschten zur Vornahme des Rechtsgeschäfts zu bewegen. Ausreichend ist auch ein Eventualvorsatz, nicht aber die blosser Fahrlässigkeit. Desgleichen ist eine Schädigungsabsicht oder die Intention, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nicht erforderlich<sup>403</sup>.

Entsprechend dem Irrtum ist auch bei der Täuschung ein *Kausalzusammenhang* zwischen – dem durch Täuschung hervorgerufenem – Irrtum und Abschluss des Rechtsgeschäfts unerlässlich. Die Kausalität ist zu bejahen, wenn der Getäuschte ohne die falschen Angaben oder ohne die unrichtige Vorstellung das Rechtsgeschäft überhaupt nicht oder nicht mit dem selben Inhalt geschlossen hätte. Eine subjektive Erheblichkeit der Täuschung ist – dies im Gegensatz zum Grundlagenirrtum – nicht erforderlich<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> Vgl. so explizite BGE 72 II 224, 233; vgl. auch ERLÄUTERUNGEN, S. 385; PICENONI, Auslegung, S. 50 m.w.H.; BK-TUOR, Art. 469 N 13; ZK-ESCHER, Art. 469 N 6.

<sup>402</sup> Vgl. statt vieler GUHL/KOLLER, OR, § 17 N 1 f.; eingehend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 856 ff.; BGE 116 II 431, 434.

<sup>403</sup> Vgl. BGE 123 III 165, 169; 53 II 143, 150; BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 77; OR-SCHWENZER, Art. 28 N 11; GUHL/KOLLER, OR, § 17 N 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 864.

<sup>404</sup> Vgl. BGE 81 II 213, 219; BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 83 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 36.04 i.V.m. N 38.10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 856; KOLLER, OR AT I, N 1187.



Das täuschende Verhalten muss grundsätzlich vom Vertragspartner ausgegangen sein. Die *absichtliche Täuschung durch einen Dritten* wird nur dann berücksichtigt, wenn die Gegenpartei im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts Kenntnis von der begangenen Täuschung hatte oder – bei ordentlicher Aufmerksamkeit – hätte haben können (Art. 28 Abs. 2 OR). Die jüngste obligationenrechtliche Doktrin<sup>405</sup> interpretiert Art. 28 Abs. 2 OR im Wege der teleologischen Reduktion jedoch in dem Sinne, dass eine Anfechtung nur dann zulässig sein soll, wenn der Kontrahent von der Täuschung durch einen Dritten Kenntnis hatte. Fahrlässigkeit des Anfechtungsgegners soll demnach – wie auch in Abs. 1 – nicht mehr genügen, um den Vertrag zu Fall zu bringen. Damit setzt sich die Doktrin über den unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes hinweg, vermag aber den Wertungswiderspruch zwischen Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 28 OR (Täuschung durch den Vertragspartner muss verpönerswerter sein als Täuschung durch einen Dritten) zu beheben, was m.E. im Ergebnis zu begrüssen ist.

## 2) *Im Erbrecht*

Auf Grund des Umstandes, dass – wie soeben erörtert – zum einen für die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen jeder *Irrtum* ausreicht, und dass zum anderen die Folge der Täuschung immer ein Irrtum seitens des Erblassers ist, zieht ein Teil der Lehre den Schluss, dass der Gesetzgeber auf eine spezielle Erwähnung der arglistigen Täuschung eigentlich hätte verzichten können<sup>406</sup>. Dies ist im Hinblick auf letztwillige Verfügungen von Todes wegen wohl richtig, kann aber m.E. für den Erbvertrag nicht pauschal gelten, da bei diesem nach hier vertretener Auffassung – zumindest im Falle dessen Entgeltlichkeit – für die Anfechtung ein qualifizierter Motivirrtum, also ein Grundlagenirrtum, erforderlich ist<sup>407</sup>. Für den unentgeltlichen Erbvertrag und die letztwillige Verfügung gilt aber, dass schon ein Motivirrtum als Folge der Täuschung für die Anfechtung ausreicht.

Im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 1 OR verwendet Art. 469 Abs. 1 ZGB nicht den Terminus der „*absichtlichen*“, sondern den der „*arglistigen Täuschung*“. Diese Differenz ist aber sowohl nach Auffassung des historischen Gesetzgebers<sup>408</sup> als auch nach der einhelligen Überzeugung der Doktrin<sup>409</sup> nicht von Relevanz. Vielmehr sind beide Termini im gleichen Sinne zu verstehen. Wie im Obligationenrecht besteht der objektive Tatbestand der arglistigen Täuschung auch im Erbrecht in der blossen Erregung oder der Ausnut-

---

<sup>405</sup> Vgl. HUGUENIN, Absichtliche Täuschung, S. 263 f.; zustimmend SCHWENZER, OR AT, N 38.11.

<sup>406</sup> In diesem Sinne BK-WEIMAR, Art. 469 N 27; BK-TUOR, Art. 469 N 25; ZK-ESCHER, Art. 469 N 10; WELTI, Willensmängel, S. 57. – Zur Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen kraft Irrtums vgl. unten S. 80 ff.

<sup>407</sup> So auch GRUNDLER, Willensmängel, S. 190 f. FN 811 i.V.m. S. 111 ff. – Zur Anfechtung eines Erbvertrages wegen Irrtums vgl. unten S. 82 f.

<sup>408</sup> Vgl. so auch implizite die ERLÄUTERUNGEN, S. 385, wo hervorgehoben wird, dass es deshalb nicht erforderlich erschien, die einzelnen Elemente der verschiedenen Mängel im Erbrecht zu umschreiben, weil hierüber im Allgemeinen Teil des OR hinreichend Aufschluss gefunden werden kann.

<sup>409</sup> Vgl. beispielsweise BK-TUOR, Art. 469 N 24; ZK-ESCHER, Art. 469 N 10; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 13; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 28; WELTI, Willensmängel, S. 56; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 457; unklar BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 159, namentlich i.V.m. N 75 ff. – Das Bundesgericht hatte bislang – zumindest was den publizierten Entscheiden zu entnehmen ist – keine Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern.

zung resp. Bestärkung einer schon bestehenden falschen Vorstellung beim Erblasser, damit dieser eine Verfügung von Todes wegen mit einem bestimmten Inhalt errichtet. Blosser Eventualvorsatz des Täuschenden reicht diesbezüglich aus.

Essentiell ist das Vorliegen eines *Kausalzusammenhangs* zwischen dem der Täuschung zu Grunde liegenden Irrtum und der Verfügung von Todes wegen, wobei diesbezüglich ein subjektiver Massstab anzusetzen ist. Eine objektive Erheblichkeit des erregten Irrtums braucht nicht vorzuliegen. Ebensowenig ist entscheidend, ob die Täuschung auf Grund redlicher Motive erfolgte oder nicht, solange nur Kausalität gegeben ist. Die Kausalität ist dann zu bejahen, wenn der Erblasser die Verfügung ohne Vorliegen der arglistigen Täuschung gar nicht oder jedenfalls nicht mit diesem Inhalt errichtet hätte. Fahrlässigkeit des Getäuschten führt nicht zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs; absichtliche Täuschung kann folglich auch dann geltend gemacht werden, wenn bei genauer Prüfung die Täuschung hätte erkannt werden können<sup>410</sup>.

Für die rechtliche Beurteilung einer *durch einen Dritten verübten Täuschung des Erblassers* ist im konkreten Fall nach der Art der Verfügung von Todes wegen zu unterscheiden.

Bei der *letztwilligen Verfügung* ist nach Ansicht der herrschenden Lehre die Täuschung von dritter Seite – im Unterschied zum Obligationenrecht – in jedem Falle beachtlich<sup>411</sup>. Damit ist es unerheblich, ob infolge der Täuschung eine Verfügung getroffen wird, welche den Täuschenden oder einen Dritten begünstigt. Diese Auffassung erscheint m.E. durchaus sachlich gerechtfertigt, ist es doch dem Getäuschten bei beiden Konstellationen unmöglich, seinem unverfälschten, spontanen Willen Ausdruck zu verschaffen. Zudem zeichnen sich letztwillige Verfügungen durch fehlende Bindungswirkung und fehlende Empfangsbedürftigkeit aus. Die Einschränkung des OR (mindestens Erkennbarkeit für den Geschäftspartner, Art. 28 Abs. 2 OR) soll damit in Bezug auf letztwillige Verfügungen nicht Platz greifen<sup>412</sup>.

Wird bei einem *entgeltlichen positiven Erbvertrag* der Erblasser durch einen Dritten getäuscht, ist die jüngere und mittlerweile wohl herrschende Lehre – in Anlehnung an die Ausführungen zum Irrtum<sup>413</sup> und m.E. mit Recht – der Ansicht, dass auf Grund des notwendigen Vertrauensschutzes Art. 28 Abs. 2 OR auf die Täuschung des Erblassers anzuwenden ist. Diese Lösung scheint dem Wesen des entgeltlichen positiven Erbvertrags am ehesten gerecht zu werden. Unter Berücksichtigung der von der jüngsten obligationenrechtlichen Doktrin stipulierten teleologischen Reduktion von Art. 28 Abs. 2 OR heisst das, dass der Erbvertrag wegen Täuschung durch einen Dritten vom Erblasser nur dann angefochten werden kann, wenn der Gegenkontrahent von der Täuschung Kenntnis hatte. Folglich soll, um den Erbvertrag durch Ungültigkeitsklage zu Fall zu bringen, Fahrlässigkeit des Gegenkontrahenten nicht mehr genügen. Demge-

---

<sup>410</sup> Vgl. WELTI, Willensmängel, S. 56 f.; ZK-ESCHER, Art. 469 N 10; BK-TUOR, Art. 469 N 25; BK-WEIMAR, Art. 469 N 27; STEINER, Erfordernis, S. 20 f.

<sup>411</sup> Vgl. MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 36; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 13; ZK-ESCHER, Art. 469 N 10 i.f.; WELTI, Willensmängel, S. 57; undifferenziert BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 159.

<sup>412</sup> Nur insofern kann BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 159, zugestimmt werden, der davon ausgeht, dass Art. 469 ZGB weiter reicht als Art. 28 OR; vgl. auch MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 36.

<sup>413</sup> Vgl. unten S. 82 f.

genüber kann diese Norm konsequenterweise auf den *unentgeltlichen positiven Erbvertrag* keine Anwendung finden, womit bei Vorliegen eines solchen Kontraktes auch die Täuschung von dritter Seite in jedem Falle zu beachten ist<sup>414</sup>.

Wird bei einem Erbvertrag der *Gegenkontrahent absichtlich getäuscht*, findet – wie schon aufgezeigt wurde – Art. 469 ZGB keine Anwendung<sup>415</sup>. Vielmehr muss er seinen Willensmangel nach den obligationenrechtlichen Bestimmungen (Art. 28 und 31 OR) geltend machen<sup>416</sup>.

Rechtsfolge der absichtlichen Täuschung ist grundsätzlich – auf erfolgreiche Klage hin – die Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen (Art. 469 Abs. 1 i.V.m. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Kumulativ kann das verpönte Verhalten des Täuschenden auch noch zu dessen *Erbunwürdigkeit* führen (vgl. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Erbunwürdigkeit greift auch dann Platz, wenn die Täuschung den erwünschten Erfolg nicht erreichte, der Erblasser also die Verfügung nicht errichtete oder sie innert Jahresfrist wieder aufhob (vgl. Art. 469 Abs. 2 ZGB<sup>417</sup>) oder die Ungültigkeitsklage nicht innert Frist erhoben wird. Die Erbunwürdigkeit ist von Amtes wegen zu beachten<sup>418</sup>.

### 3) *Beweisfragen*

Wie bereits einleitend erörtert wurde, stellt der Tatbestand der arglistigen Täuschung einen besonderen Anwendungsfall des Irrtums dar; hinsichtlich der diesbezüglichen Beweisfragen kann somit grundsätzlich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden<sup>419</sup>. Insbesondere obliegt dem Ungültigkeitskläger (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB) wie beim Irrtum die Darlegung der Kausalität, d.h. er ist beweispflichtig dafür, dass durch den kraft Täuschung erregten Irrtum „der Erblasser gegen seine eigentliche Willensmeinung zu der Verfügung gebracht worden“ ist<sup>420</sup>. Bei einem entgeltlichen positiven Erbvertrag, wo Art. 28 Abs. 2 OR anwendbar ist, hat der Kläger auch nachzuweisen, dass der Gegenkontrahent die Täuschung durch den Dritten gekannt hatte oder hätte kennen müssen.

Gelingt der Nachweis der arglistigen Täuschung, scheint m.E. nichts dagegen zu sprechen, entsprechend der Beweislast hinsichtlich der obligationenrechtlichen Täuschung eine *Vermutung* für das Vorliegen des Kausalzusammenhanges anzunehmen; es ist dann Sache des Täuschenden, mittels Gegenbeweis darzutun, dass die Täuschung den Willen des Erblassers nicht beeinflusst hat<sup>421</sup>.

---

<sup>414</sup> Vgl. eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 192 m.w.H.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 36 f.

<sup>415</sup> Vgl. dazu oben S. 78 f.

<sup>416</sup> Vgl. BGE 99 II 382, 383; BK-TUOR, Art. 469 N 2; ZK-ESCHER, Art. 469 N 2; PICENONI, Auslegung, S. 96; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 19; GRUNDLER, Willensmängel, S. 193 f., prüft noch eine allfällige Aufklärungspflicht des Erblassers.

<sup>417</sup> Zur Konvaleszenz von Verfügungen, denen mangelhafter Wille zu Grunde liegt, vgl. unten S. 99 ff.

<sup>418</sup> Vgl. ZGB-SCHWANDER, Art. 540 N 12 ff.; WELTI, Willensmängel, S. 57 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 37.

<sup>419</sup> Vgl. oben S. 83 f.

<sup>420</sup> ZK-ESCHER, Art. 469 N 10; vgl. auch BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 171.

<sup>421</sup> Vgl. in Bezug auf die obligationenrechtliche Täuschung BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 171.

Auf Grund der engen Verbundenheit zum Irrtum hat m.E. konsequenterweise auch beim Tatbestand der arglistigen Täuschung zu gelten, dass der Beweislast genüge getan ist, wenn *wahrscheinlich* gemacht werden kann, dass der Erblasser bei Kenntnis des Sachverhalts die Aufhebung der Verfügung ihrer Aufrechterhaltung vorgezogen hätte.

### c. *Drohung oder Zwang*

#### 1) *Im Obligationenrecht*

Die Bestimmungen über die Furchterregung (Art. 29 f. OR) stellen das obligationenrechtliche Gegenstück zum erbrechtlichen Tatbestand von Drohung oder Zwang dar. Es geht dabei um die *Beeinflussung der Entschlussfreiheit* einer Person durch das Inaussetzstellen eines Übels, wobei nach einhelliger Auffassung der Doktrin bloss vis compulsiva (psychischer Zwang), nicht aber vis absoluta (physischer Zwang, z.B. Führen der Hand des Vertragspartners zur Anfertigung seiner Unterschrift) die Tatbestandsmässigkeit zu begründen vermag<sup>422</sup>.

Die erforderliche *Widerrechtlichkeit* der Drohung ist zu bejahen, wenn schon der angedrohte Nachteil als solcher widerrechtlich ist, wie etwa bei Bedrohen von Leben und Gesundheit, Androhen einer unerlaubten Handlung oder eines Vertragsbruches. Die blossе Geltendmachung eines Rechts gilt indes nur dann als rechtswidrig, wenn die durch Drohung geschaffene Notlage zur Erlangung übermässiger Vorteile missbraucht wird (Art. 30 Abs. 2 OR). Dem Drohenden muss die Widerrechtlichkeit seiner Handlung nicht bewusst sein. Ausreichend ist das Bewusstsein der Drohung oder die blossе Inkaufnahme (dolus eventualis) der Beeinflussung des Willens des Erklärenden<sup>423</sup>.

Als qualifizierendes Element bestimmt Art. 29 Abs. 1 OR, dass zur erfolgreichen Anfechtung eine *gegründete Furcht* vorliegen muss. Dieses einschränkende Erfordernis erfährt in Art. 30 Abs. 1 OR dahingehend eine Präzisierung, als das angedrohte Übel für den Bedrohten selbst oder für eine ihm nahe verbundene Person als eine nahe und erhebliche Gefahr für Leib und Leben, Ehre oder Vermögen erscheinen muss. Die gesetzliche Aufzählung ist keine abschliessende; in Betracht kommen noch andere Rechtsgüter wie Freiheit, Geheimsphäre oder andere persönliche Güter. Das Vorliegen der begründeten Furcht bestimmt sich nach einem subjektiv-individuellen Massstab. Zu berücksichtigen sind demnach insbesondere Lebensstellung, Alter, Geschlecht und Bildungsgrad<sup>424</sup>.

Die Furchterregung muss den Bedrohten zur Eingehung eines Vertrages „bestimmt“ haben (vgl. Art. 29 Abs. 1 OR); somit muss zwischen der Drohung und dem Abschluss des Rechtsgeschäfts ein *kausaler Zusammenhang* bestehen. Dafür genügt nach Ansicht des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ein hinreichender Grund, ohne den der

---

<sup>422</sup> Bei der vis absoluta fehlt es überhaupt an einer eigentlichen Willenserklärung, vgl. OR-SCHWENZER, Art. 29 N 3; BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 7; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 29 N 8; BUCHER, OR AT, S. 224; ENGEL, Traité, S. 363.

<sup>423</sup> Vgl. statt vieler BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 42; GUHL/KOLLER, OR, § 17 N 15 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 880 f.

<sup>424</sup> Vgl. OR-SCHWENZER, Art. 29 N 4 i.V.m. Art. 30 N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 879; BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 16; KOLLER, OR AT I, N 1233 und N 1236.

Vertragspartner das Rechtsgeschäft überhaupt nicht oder nicht mit dem selben Inhalt abgeschlossen hätte<sup>425</sup>.

Das tatbestandsmässige Verhalten kann sowohl vom Vertragspartner als auch von einem geschäftsfremden *Dritten* (vgl. diesbezüglich Art. 29 Abs. 2 OR) ausgehen. Im Gegensatz zur Täuschung kommt es bei der Furchterregung für die Anfechtung nicht darauf an, ob die Gegenpartei von der Drohung Kenntnis gehabt hat oder nicht.

## 2) *Im Erbrecht*

### a) Terminologisches

Das ZGB verwendet in Art. 469 Abs. 1 die alternativen Termini „Drohung“ resp. „Zwang“. Namentlich in der *älteren Doktrin* herrschte Unklarheit darüber, wie sich die beiden Begriffe zueinander verhalten und wie sie auszulegen sind. Aus der alternativen Nennung des Zwanges wurde von einem Teil der Lehre gefolgert, dass damit – neben der *vis compulsiva*, welche unter die Drohung subsumiert wurde – die *vis absoluta* gemeint sein muss. Art. 469 Abs. 1 ZGB wurde demnach so verstanden, dass „Drohung oder Zwang“ sowohl die *vis absoluta* als auch die *vis compulsiva* umfassen – dies ganz im Gegensatz zur obligationenrechtlichen Regelung, wo anerkanntermassen nur die *vis compulsiva* den Tatbestand der Furchterregung zu erfüllen vermag. Konsequenz dieser Lehre ist, dass gegebenenfalls auch eigenhändige letztwillige Verfügungen, welche mittels Führen der erblasserischen Hand durch einen Dritten erstellt wurden, bis zum erfolgreichen Abschluss eines Ungültigkeitsprozesses als gültig zu betrachten sind<sup>426</sup>.

Das *Bundesgericht* hatte in BGE 72 II 154, 157, die Gelegenheit, sich zur dieser Auslegungsproblematik zu äussern. Es hat dabei festgehalten, dass unter Zwang i.S.v. Art. 469 ZGB *nur der psychische, nicht auch der physische Zwang* zu verstehen ist, „da eine Verfügung, die mittels körperlicher Überwältigung des Erblassers [...] zustandegebracht worden ist, überhaupt nicht als vom Erblasser errichtet (Art. 469 Abs. 1 ZGB) gelten kann“<sup>427</sup>. Unter Berufung auf den Willen des historischen Gesetzgebers wurde sodann klargestellt, dass die Begriffe Zwang und Drohung zusammen gehören und der obligationenrechtlichen Furcht entsprechen. Letztere umfasst indes den Fall des physischen Zwanges nicht. Eine Verfügung, welche unter dem Einfluss von psychischem Zwang (*vis compulsiva*) errichtet wurde, ist als vom Erblasser gewollt anzusehen, währenddessen dies bei einer unter physischem Zwang (*vis absoluta*) entstandenen Verfügung keinesfalls zutreffen kann.

Die vom Bundesgericht eingenommene Position zur Frage der Auslegung der Wendung „Drohung oder Zwang“ verdient nach der hier vertretenen Auffassung vollumfängliche Zustimmung. Die Rechtsprechung berücksichtigt zum einen die Marginalie von Art. 469 ZGB, welche sich nur auf den „mangelhaften Willen“ (d.h. *vis compulsiva*) und nicht

<sup>425</sup> Vgl. BGE 110 II 132, 133; BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 31 f.; GUHL/KOLLER, OR, § 17 N 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 874; OR-SCHWENZER, Art. 29 N 10. – Vgl. im übrigen zum Kausalzusammenhang die Ausführungen betr. der absichtlichen Täuschung oben S. 86.

<sup>426</sup> Vgl. etwa WELTI, Willensmängel, S. 62 f., mit Verweise auf die älteren Kommentare; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 39.

<sup>427</sup> BGE 72 II 154, 157.

auf den fehlenden Willen (d.h. vis absoluta) bezieht. Zum anderen mutet auch im Sinne eines – wenn auch getrennt kodifizierten – kohärenten schweizerischen Privatrechts die bundesgerichtliche Auslegung als befriedigend an, zumal eine von Art. 29 f. OR divergierende erbrechtliche Auslegung innerlich nicht verständlich wäre. So wird denn auch in der jüngeren Doktrin vornehmlich betont, dass diese Auslegung aus materiellrechtlichen Gründen zu favorisieren ist. Verfügungen, welche durch Anwendung von vis absoluta errichtet wurden, sind demnach nicht kraft Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 Abs. 1 ZGB wegen Ungültigkeit anfechtbar, sondern – entsprechend der obligationenrechtlichen Konzeption – nichtig. Diese Rechtsfolge kann mittels einer Feststellungsklage eruiert werden<sup>428</sup>.

#### b) Bei der letztwilligen Verfügung

Aus der Gegenüberstellung von Art. 29 f. OR und Art. 469 Abs. 1 ZGB erhellt, dass sich die Normen in drei Punkten unterscheiden: Zum einen ist in Art. 469 Abs. 1 ZGB keine Rede von der Widerrechtlichkeit der Drohung; zum anderen ist im Erbrecht vom qualifizierenden Erfordernis der begründeten Furcht abgesehen worden; überdies fehlt ein erbrechtliches Korrelat zu Art. 29 Abs. 2 OR (Drohung durch einen Dritten).

Während das Bundesgericht bisher – zumindest was sich den publizierten Entscheiden entnehmen lässt – noch nie die Gelegenheit hatte, sich zu dieser Frage explizit zu äussern, vertritt die herrschende Lehre einhellig den Standpunkt, dass im Einklang mit Art. 29 Abs. 1 OR auch im Bereich des Erbrechts *Widerrechtlichkeit* erforderlich ist. Widerrechtlichkeit liegt grundsätzlich dann vor, wenn eine Handlung anfällt, welche ein rechtlich handelnder Mensch im Allgemeinen nicht vornimmt, wie etwa bei Bedrohen von Leben und Gesundheit, Androhen einer unerlaubten Handlung oder eines Vertragsbruchs. Das angedrohte Übel kann nicht nur mit einem positiven Tun, sondern auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Letzteres allerdings nur, wenn kraft Gesetz oder Vertrag eine Handlungspflicht besteht<sup>429</sup>. Im konkreten Fall ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit nicht der Inhalt der drohenden Äusserung, sondern vielmehr deren Zweck massgebend, welcher darin besteht, den Willen des Erblassers zu beugen. Rechtswidrigkeit ist ferner gegeben, wenn ein an sich erlaubtes Mittel zweckwidrig verwendet wird, um in unzulässiger Weise den Willen des Erblassers zu beeinflussen. So steht es einer Pflegerin beispielsweise offen, den Vertrag mit dem pflegebedürftigen Erblasser zu kündigen, darf diesen aber nicht mit dem Inaussichtstellen der Kündigung zur Errichtung einer Verfügung nötigen. In subjektiver Hinsicht genügt – entsprechend den Ausführungen zum OR – das Bewusstsein der Drohung oder die blosser Inkaufnahme (dolus eventualis) der Beeinflussung des Willens des Erklärenden<sup>430</sup>.

<sup>428</sup> Vgl. etwa BK-WEIMAR, Art. 469 N 28; BK-TUOR, Art. 469 N 27; ZK-ESCHER, Art. 469 N 5; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 15; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 39; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 32; PICENONI, Auslegung, S. 51 f.; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 59 ff., insb. N 62; BRÜCKNER, Klagen, N 21; RIEMER, Nichtige Testamente, S. 245 ff.; BGE 90 II 476, 480; 89 II 182, 184; 81 II 22, 27.

<sup>429</sup> Vgl. diesbezüglich RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31; WELTI, Willensmängel, S. 60 f. mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung; BK-TUOR, Art. 469 N 26; ZK-ESCHER, Art. 469 N 12; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 41 f. – Vgl. im übrigen zum Begriff der Widerrechtlichkeit im OR oben S. 88.

<sup>430</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 42. – Demgegenüber ist RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31, der Ansicht, dass Absicht des Drohenden erforderlich ist. Vielfach wird die indes die Absicht mit Vorsatz gleichgesetzt, der gleichermassen als direkter Vorsatz oder als Eventualvorsatz rechtserheblich

Im Gegensatz zu Art. 29 f. OR, aber entsprechend dem erbrechtlichen Irrtum, hat der Gesetzgeber im Erbrecht *keine Qualifikation der Drohung* vorgesehen. Demzufolge ist bei den letztwilligen Verfügungen keine „gegründete“ Furcht von Nöten, vielmehr reicht weitergehend jede Art und jeder Grad der Drohung aus. Sie kann sich gegen den Erblasser oder eine ihm nahe verbundene Person richten<sup>431</sup>.

Der Gesetzgeber hat im Erbrecht auf eine dem Art. 29 Abs. 2 OR entsprechende Einschränkung verzichtet. Auf Grund des geltenden Willensprinzips ist es zumindest bei den letztwilligen Verfügungen ohne Belang, ob eine *Drohung eines Dritten* oder eines Bedachten vorliegt. Dem Erblasser ist es in beiden Fällen verwehrt, seinem ungetrübten Willen Ausdruck zu verschaffen. Die Drohung hat allerdings von einer natürlichen oder juristischen Person auszugehen. Die Angst etwa vor der allmächtigen Strafgerechtigkeit, vor Naturkatastrophen etc. vermag den Tatbestand nicht zu erfüllen<sup>432</sup>.

Eine Drohung jeder Art und jeden Grades ist selbstverständlich nur dann bedeutungsvoll, wenn sie für die Beeinflussung des Erblasserwillens *kausal* war. Dieser ursächliche Zusammenhang ist dann gegeben, wenn die Drohung den Erblasser dazu bestimmt hat, überhaupt oder in einer bestimmten Weise zu verfügen. Wiederum ist für die Beurteilung des Kausalzusammenhangs ein subjektiver Massstab anzusetzen; in Betracht zu ziehen sind beispielsweise Alter, Geschlecht, Bildungsgrad, Lebensstellung, Naivität etc.<sup>433</sup>.

Drohung oder Zwang gegenüber dem Erblasser oder einer ihm nahe verbundenen Person begründen nicht nur einen Klagegrund der Ungültigkeitsklage, sondern führen auch zur *Erbunwürdigkeit* des Erben, der diese unlauteren Machenschaften angewendet hat (vgl. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Erbunwürdigkeit greift selbst dann Platz, wenn Drohung oder Zwang den erwünschten Erfolg nicht erreichten, der Erblasser also die Verfügung nicht errichtete oder sie innert Jahresfrist wieder aufhob (vgl. Art. 469 Abs. 2 ZGB<sup>434</sup>) oder die Ungültigkeitsklage nicht innert Frist erhoben wird. Art. 540 ZGB ist von Amtes wegen zu beachten<sup>435</sup>.

### c) Beim Erbvertrag

Grundsätzlich haben die vorstehenden Ausführungen zu den letztwilligen Verfügungen auch bei dem Erbvertrag Geltung. Jedoch ergeben sich infolge des Bedürfnisses, das Vertrauen des Gegenkontrahenten zu schützen, für gewisse Arten von Erbverträgen Abweichungen.

---

in Erscheinung treten kann, vgl. dazu SCHWENZER, OR AT, N 22.13.

<sup>431</sup> Vgl. beispielsweise BK-TUOR, Art. 469 N 26; BK-WEIMAR, Art. 469 N 28; ZK-ESCHER, Art. 469 N 12; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 40; STEINER, Erfordernis, S. 21; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31; WELTI, Willensmängel, S. 59 f.; PICENONI, Auslegung, S. 51.

<sup>432</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 469 N 26; ZK-ESCHER, Art. 469 N 12; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 40; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31 f.

<sup>433</sup> Vgl. beispielsweise ZK-ESCHER, Art. 469 N 12; BK-WEIMAR, Art. 469 N 28; BK-TUOR, Art. 469 N 26; WELTI, Willensmängel, S. 59 f.; PICENONI, Auslegung, S. 50.

<sup>434</sup> Zur Konvaleszenz von Verfügungen, denen mangelhafter Wille zu Grunde liegt, vgl. unten S. 99 ff.

<sup>435</sup> Zur Erbunwürdigkeit kraft Verhindern oder Bewirken einer Verfügung von Todes wegen vgl. ZGB-SCHWANDER, Art. 540 N 12 ff.

Liegt bei einem *entgeltlichen positiven Erbvertrag* eine *Drohung gegen den Erblasser* vor, spricht sich die jüngere und wohl herrschende Lehre – in Anlehnung an die Ausführungen zum Irrtum<sup>436</sup> – für die Anwendbarkeit des Vertrauensprinzips aus mit der Folge, dass sich der Gegenkontrahent nur einen auf begründeter Furcht beruhenden Willensmangel des Erblassers entgegenhalten lassen muss. Auf Grund der nämlichen Überlegungen (Vertrauensschutz) hat dementsprechend auch Art. 29 Abs. 2 OR auf den entgeltlichen Erbvertrag Anwendung zu finden<sup>437</sup>. Neben dem Vertrauensschutz spricht m.E. überdies der Gedanke der Verkehrssicherheit für die Auffassung, dass bei einem entgeltlichen positiven Erbvertrag die Drohung nach Massgabe des Obligationenrechts beurteilt werden soll. Mit dem qualifizierenden Erfordernis der begründeten Furcht kann verhindert werden, dass Erbverträge schon wegen Inaussichtstellen eines geringfügigen Übels erfolgreich angefochten werden können.

Richtet sich die Drohung gegen den *Gegenkontrahenten*, ist Art. 469 ZGB – wie bereits aufgezeigt wurde<sup>438</sup> – nicht massgebend; vielmehr erheischen die Art. 29 f. OR Anwendung<sup>439</sup>.

### 3) *Beweisfragen*

Da die Klagegründe der Ungültigkeitsklage rechtshindernde Tatsachen darstellen, hat grundsätzlich der *Ungültigkeitskläger* (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB) die Tatbestandselemente darzutun; ihm obliegt es somit, die Drohung, deren Widerrechtlichkeit und die Kausalität zu beweisen<sup>440</sup>.

In Bezug auf den Kausalzusammenhang vertritt ESCHER – wohl in Anlehnung an die Beweislast bei der obligationenrechtlichen Täuschung – die Ansicht, dass eine *Vermutung für den Kausalzusammenhang* spricht und es Sache des Gegenbeweises ist, darzutun, dass die Drohung den Willen des Erblassers nicht beeinflusst hat<sup>441</sup>. In der Tat erscheint m.E. diesbezüglich eine Gleichbehandlung mit der Täuschung als angebracht, stehen die beiden Tatbestände doch in einem nahen Zusammenhang. Indes muss präzisiert werden, dass die Vermutung nur dann Platz greifen kann, wenn dem Kläger der Nachweis der Drohung gelungen ist.

Bisher ungeklärt ist die Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich des *Beweismasses* beim Irrtum auch beim Tatbestand von Drohung oder Zwang Anwendung findet. Bezüglich dem Irrtum wurde von höchstrichterlicher Seite festgehalten, dass dem Kläger nur – aber immerhin – der Nachweis der Wahrscheinlichkeit obliegt, dass der Erblasser bei Kenntnis der wahren Sachlage die Aufhebung der Verfügung ihrer Aufrechterhaltung vorgezogen hätte<sup>442</sup>. Ihre Begründung findet diese

---

<sup>436</sup> Vgl. dazu oben S. 82 f.

<sup>437</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 40; eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 204 ff. m.w.H.; teilweise abweichend BK-TUOR, Art. 469 N 26.

<sup>438</sup> Vgl. oben S. 78 f.

<sup>439</sup> Vgl. eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 211 ff. m.w.H.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 31.

<sup>440</sup> Vgl. für das Obligationenrecht OR-SCHWENZER, Art. 29 N 16; BK-SCHMIDLIN, Art. 29/30 N 62.

<sup>441</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 469 N 12; zur Beweislast bei der obligationenrechtlichen Täuschung vgl. etwa BK-SCHMIDLIN, Art. 28 N 171.

<sup>442</sup> Vgl. BGE 99 II 382, 387; 94 II 139, 140; 75 II 280, 287. – Vgl. zum Ganzen auch die Ausführungen



Rechtsprechung in der „Bedeutung, die das schweizerische Erbrecht dem Willen des Erblassers einräumt“<sup>443</sup>, denn „der Wille des Erblassers muss [...] als Richtschnur der Entscheidung dienen“<sup>444</sup>. Massgebend ist der Leitgedanke, dass eine solche letztwillige Verfügung ungültig sein soll, „die der Erblasser selbst verwerfen würde, wenn er sich noch aussprechen könnte“<sup>445</sup>. Überdies bezieht sich das Bundesgericht selbst in diesem Zusammenhang an verschiedenen Stellen nicht nur auf den Irrtum, sondern generell auf die „mangelhaften“ resp. „mängelfreien“ Verfügungen<sup>446</sup>.

Das Willensprinzip geniesst indes nicht nur bei irrumsbehafteten Verfügungen fundamentale Bedeutung, sondern – wie auch das Bundesgericht zutreffend betont – im ganzen schweizerischen Erbrecht. Insbesondere aus der höchstrichterlichen Betonung, dass der Wille des Erblassers als Richtschnur der Entscheidung dient, erhellt m.E., dass diese Rechtsprechung auch beim Tatbestand der Drohung Anwendung finden sollte. Sowohl der Irrtum als auch die Drohung sind Willensmängel. Auch aus der Systematik des Gesetzes geht hervor, dass die Tatbestände in einem engen Bezug untereinander stehen (einheitliche Regelung in Art. 469 Abs. 1 und 2 ZGB). Bei beiden Tatbeständen ist es dem Erblasser verwehrt, seinem wirklichen, spontanen Willen Geltung zu verschaffen. Warum zwischen den verschiedenen Willensmängeln eine Ungleichbehandlung Platz greifen soll, ist nicht einzusehen, denn auch im Falle einer Drohung gilt, dass der Erblasser die Verfügung verwerfen würde, wenn er noch könnte.

Daraus erhellt, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinsichtlich des Beweismasses beim Irrtum auch beim Tatbestand von Drohung oder Zwang Anwendung finden muss. Der Kläger hat folglich auch bei Drohung und Zwang den *Nachweis der Wahrscheinlichkeit* zu erbringen, dass der Erblasser bei Kenntnis der wahren Sachlage die Aufhebung der Verfügung ihrer Aufrechterhaltung vorgezogen hätte. Der Beweis ist somit nicht erst dann erbracht, wenn beim Richter volle Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache vorhanden ist.

#### d. *Sondertatbestände*

Das Obligationenrecht kennt Sondertatbestände, welche mit den bisher behandelten Willensmängeln verwandt sind. Zu diesen zählen die *Mentalreservation* (nachfolgend 1.), die *Simulation* (nachfolgend 2.), die *Nichternstlichkeit* (nachfolgend 3.) und die *Übervorteilung* (nachfolgend 4.). Mit Ausnahme der Übervorteilung ist ihnen gemein, dass – im Gegensatz zu den herkömmlichen Willensmängeln – dem Erklärenden die Divergenz von Wille und Erklärung bewusst ist. Er erkennt, dass seiner Erklärung im Rechtsverkehr eine andere Bedeutung beigelegt wird, als er beabsichtigt.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen darlegen, ob und inwieweit diese Sondertatbestände auch im Erbrecht von Relevanz sein können.

---

bezüglich des Irrtums oben S. 83 f.

<sup>443</sup> BGE 94 II 139, 141.

<sup>444</sup> BGE 75 II 280, 288.

<sup>445</sup> BGE 75 II 280, 287 f.

<sup>446</sup> Vgl. etwa BGE 94 II 139, 140 f.; vgl. auch die entsprechende Terminologie bei PICENONI, Auslegung, S. 61 f.

## 1) *Mentalreservation*

Eine Mentalreservation liegt dann vor, wenn sich der Erklärende – nachgewiesenermassen<sup>447</sup> – insgeheim vorbehält, den Inhalt des gewollt Erklärten nicht zu wollen; die Doktrin spricht auch von einem geheimen Vorbehalt<sup>448</sup>.

Die herrschende Lehre ist der Auffassung, dass die *Mentalreservation des letztwillig verfügenden Erblassers* durchaus beachtlich ist<sup>449</sup>. Auf Grund der Einseitigkeit der Erklärung und dem damit verbundenen Wegfall des Schutzes des Vertragspartners sowie der Berücksichtigung des Willensprinzips verdient diese Ansicht m.E. vollumfängliche Zustimmung; anders zu entscheiden hiesse, letztwillige Verfügungen, die gar nicht dem Erblasserwillen entsprechen, rechtlichen Schutz zu gewähren.

Demgegenüber verfiht WEIMAR die Ansicht, dass die Mentalreservation auch im Erbrecht nicht Beachtung finden darf, sondern dass die nicht gewollte Rechtswirkung der Verfügung eintreten muss. Dieser Ansicht muss m.E. mit Nachdruck entgegengehalten werden, dass der Testator sehr wohl *seriöse Gründe für den geheimen Vorbehalt* haben kann. Zu denken ist etwa – um ein Beispiel von WEIMAR selbst aufzugreifen – an die Errichtung einer (tatsächlich nicht gewollten) letztwilligen Verfügung, um damit einen Erbschleicher loszuwerden<sup>450</sup>. Der Auffassung von WEIMAR zu folgen hiesse, das verpönte Verhalten des Erbschleichers nachgerade zu schützen und letztlich auch zu begünstigen – eine Konsequenz, die inakzeptabel ist.

Uneinigkeit herrscht in der Doktrin allerdings in Bezug auf die *Rechtsfolge der Mentalreservation*: Nach einem vornehmlich älteren Teil der Lehre ist die letztwillige Verfügung anfechtbar<sup>451</sup>, nach Ansicht der vorwiegend jüngeren Doktrin und den Kommentatoren ist sie nichtig<sup>452</sup>. Angesichts der Konzeption des Gesetzgebers – klare enumerative Anführung der Klagegründe der Ungültigkeitsklage in Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1-3 und Art. 520 ZGB – will m.E. scheinen, dass die einzig valable Rechtsfolge der Mentalreservation die *Nichtigkeit* ist. Die Nichtigkeitsklage zeichnet sich denn gerade dadurch aus, dass sie dann Platz greift, wenn Tatbestände vorliegen, welche eine gewisse Nähe zur Ungültigkeitsklage aufweisen, aber die Unwirksamkeit einer Verfügung aus anderen als den in Art. 519, 520 und 520a ZGB genannten Klagegründen eintreten soll<sup>453</sup>. Dafür,

<sup>447</sup> Der Beweis eines geheimen Vorbehalts wird im Allgemeinen nicht einfach zu führen sein; dennoch ist er nicht unerbringbar, etwa wenn Dritte Zeugen davon werden, dass A kundtut, dass er die Erklärung, die er dem B abgegeben hat, gar nicht will, oder wenn sich die Mentalreservation anhand einer Urkunde belegen lässt, vgl. WELTI, Willensmängel, S. 49.

<sup>448</sup> Vgl. statt vieler GUHL/KOLLER, OR, § 15 N 13; SCHWENZER, OR AT, N 30.02.

<sup>449</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 61; WELTI, Willensmängel, S. 49 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 26; PICENONI, Auslegung, S. 99; PIOTET, SPR IV/1, S. 219; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 61; STEINER, Erfordernis, S. 19 f. und S. 27 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 10; ZK-ESCHER, Art. 469 N 4.

<sup>450</sup> Vgl. BK-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 46 i.V.m. N 53 f.

<sup>451</sup> Für Anfechtbarkeit – teilweise auch als Ungültigkeit bezeichnet – plädieren RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 61; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 26; PICENONI, Auslegung, S. 99. – Unklar hinsichtlich der Rechtsfolgen WELTI, Willensmängel, S. 47 ff.

<sup>452</sup> Verfechter der Nichtigkeit sind namentlich DRUEY, Erbrecht, § 12 N 61; STEINER, Erfordernis, S. 19 f. und S. 29; BK-TUOR, Art. 469 N 10; ZK-ESCHER, Art. 469 N 4; PIOTET, SPR IV/1, S. 219.

<sup>453</sup> Die Nichtigkeit betrifft mithin solche Fälle, in denen der Kläger einen Mangel der Verfügung von Todes wegen geltend macht, der diese nicht bloss als anfechtbar, sondern als schlechthin rechtsunwirksam erscheinen lässt; vgl. etwa BGE 81 II 22, 27; 90 II 476, 480; 91 II 264, 268 f.; 96 II 273,

dass „aus der Natur der Sache“<sup>454</sup> hervorgehen soll, dass die Anfechtbarkeit die eigentliche Rechtsfolge der Mentalreservation ist, fehlt nach der hier vertretenen Auffassung jeglicher Anhaltspunkt.

Auf Grund der vertraglichen Natur des Erbvertrages geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Mentalreservation des Erblassers sowohl beim *entgeltlichen* als auch beim *unentgeltlichen Erbvertrag* entsprechend den obligationenrechtlichen Grundsätzen zu behandeln ist. Dem Erblasser ist es demzufolge verwehrt, sich darauf zu berufen<sup>455</sup>. Da indes der unentgeltliche Erbvertrag einer letztwilligen Anordnung recht nahe kommt, darf m.E. die Frage aufgeworfen werden, ob nicht wie bei der letztwilligen Verfügung die Beachtung der Mentalreservation angebracht wäre. Eingeräumt werden muss aber, dass die Vertragsform dagegen spricht. Die *Mentalreservation des Gegenkontrahenten* beurteilt sich nach obligationenrechtlichen Massstäben und ist mithin unbeachtlich.

## 2) *Simulation*

Im Gegensatz zur Mentalreservation täuschen im Falle der Simulation beide Partner eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts einvernehmlich einen Vertrag vor, ohne an diesen gebunden sein zu wollen (vgl. Art. 18 OR)<sup>456</sup>.

Aus dem zwingenden Erfordernis der Zweiseitigkeit erhellt, dass Simulation im Erbrecht per se *nur beim Erbvertrag* denkbar ist. Nach einmütiger Auffassung von Rechtsprechung und Lehre findet Art. 18 OR kraft Art. 7 ZGB auch im Erbrecht Anwendung, mit der Folge der völligen Gleichbehandlung der Simulation sowohl im Erb- als auch im Obligationenrecht. Die Rechtsfolge eines simulierten Erbvertrages besteht in dessen Nichtigkeit sowohl inter partes als auch gegenüber Dritten. Besteht ein dissimulierter Erbvertrag, ist dieser regelmässig wegen Formmangels anfechtbar<sup>457</sup>.

## 3) *Nichternstlichkeit*

Wird eine Verfügung von Todes wegen zu Scherz- oder Lehrzwecken, aus Prahlerei, aus blosser Höflichkeit oder gar zur Beruhigung eines schwerkranken Angehörigen etc. errichtet, liegt eine nichternstgemeinte Willenserklärung vor. Gleiches gilt für ein Scheintestament, welches bloss zur Abwimmlung eines Erbschleichers verfasst wurde<sup>458</sup>.

All diesen Erscheinungsformen ist gemein, dass in ihnen bloss ein *fiktiver Erblasserwille*, und nicht der wirklich letzte animus testandi kundgetan wurde. Dem Testierwillen

---

277. – Zur bundesgerichtlichen Praxis in Bezug auf Klagen betreffend die Feststellung der Nichtigkeit von Verfügungen von Todes wegen vgl. RIEMER, Nichtige Testamente, S. 258 FN 90. – BREITSCHMID, Formprobleme, S. 63, weist darauf hin, dass die Anfechtbarkeit eben nicht allen Mängeltatbeständen gerecht wird.

<sup>454</sup> So aber RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 60 (der die Rechtsfolge allerdings als Ungültigkeit bezeichnet).

<sup>455</sup> Vgl. die einlässliche Darstellung bei GRUNDLER, Willensmängel, S. 237 ff. m.w.H.

<sup>456</sup> Vgl. beispielsweise SCHWENZER, OR AT, N 30.04; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1003 ff.

<sup>457</sup> Vgl. BGE 97 II 201, 207; 72 II 154 ff.; WELTI, Willensmängel, S. 51 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 62; STEINER, Erfordernis, S. 20 und S. 30 f.; eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 231 ff. m.w.H.; BK-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 47 i.V.m. N 52.

<sup>458</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 5.

kommt indes fundamentale Bedeutung zu; er bildet das „absolut konstitutive Element der letztwilligen Verfügung“<sup>459</sup> und ist „stets auch das ausschlaggebende Kriterium für die Gültigkeit der Verfügung“<sup>460</sup>. Entsprechend den Ausführungen zu den Willensmängeln muss konsequenterweise auch bei der Bewertung des Testierwillens ein subjektiver Massstab angelegt werden.

Die Doktrin rückt den Tatbestand der nichternstgemeinten Verfügungen von Todes wegen in die Nähe der Mentalreservation, doch ist m.E. hervorzuheben, dass beim Ersteren schon der Inhalt des Erklärten nicht gewollt ist und insofern auch kein Geschäftswille besteht. Hinsichtlich der Rechtsfolge ist die Doktrin gespalten: Ein Teil der Doktrin spricht sich für Ungültigkeit aus<sup>461</sup>, ein anderer Teil der Lehre betrachtet Nichtigkeit als Rechtsfolge der nichternstgemeinten Verfügung von Todes wegen<sup>462</sup>. Entsprechend den Ausführungen zur Mentalreservation<sup>463</sup> (enumerative Anführung der Klagegründe im Gesetz) kann m.E. die Rechtsfolge der nichternstlichen Verfügung klarerweise nur in deren *Nichtigkeit* bestehen.

#### 4) *Übervorteilung*

Der Tatbestand der Übervorteilung wird als gegeben betrachtet, wenn – in objektiver Hinsicht – im Zeitpunkt des Abschlusses eines Kontraktes ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Ferner ist in subjektiver Hinsicht erforderlich, dass auf Seiten des Übervorteilten eine Ausnahmesituation (wie etwa Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns) vorliegt, welche zusätzlich vom Übervorteilenden zum Zwecke des Vertragsschlusses ausgenutzt wird<sup>464</sup>.

Die Bedeutung der Übervorteilung im Erbrecht wurde bisher in Doktrin und Praxis kaum erörtert. Unstreitig ist, dass die Übervorteilung – wie auch die Simulation<sup>465</sup> – per definitionem nie bei einem einseitigen Rechtsgeschäft wie etwa einer *letztwilligen Verfügung* vorliegen kann.

Neuerdings hat namentlich GRUNDLER zur Frage der Übervorteilung bei *Erbverträgen* Stellung bezogen. Er befürwortet in Bezug auf den Erblasser die analoge Anwendbarkeit von Art. 21 OR kraft Art. 7 ZGB. Für den Gegenkontrahenten soll dagegen Art. 21 OR direkt Anwendung finden<sup>466</sup>. Bezüglich der Form der Anfechtung favorisiert GRUNDLER die Anwendung der Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB gegenüber der einseitigen obligationenrechtlichen Unverbindlichkeit<sup>467</sup>.

---

<sup>459</sup> BREITSCHMID, Formvorschriften, N 109.

<sup>460</sup> BREITSCHMID, Formvorschriften, N 109; vgl. zum animus testandi etwa auch BK-TUOR, Art. 469 N 6; ZK-ESCHER, Art. 469 N 1.

<sup>461</sup> So namentlich WELTI, Willensmängel, S. 54; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 62.

<sup>462</sup> So namentlich RIEMER, Nichtige Testamente, S. 249 f.; BK-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 45 i.V.m. N 51; BK-TUOR, Art. 469 N 10; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 61; STEINER, Erfordernis, S. 20 und S. 29 f.

<sup>463</sup> Vgl. dazu oben S. 94 f.

<sup>464</sup> Vgl. etwa GUHL/KOLLER, OR, § 7 N 48 ff.

<sup>465</sup> Vgl. dazu oben S. 95.

<sup>466</sup> Vgl. GRUNDLER, Willensmängel, S. 223 f. i.V.m. S. 318 f.; so auch schon PIOTET, SPR IV/1, S. 221; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 26.

<sup>467</sup> Vgl. GRUNDLER, Willensmängel, S. 318 ff.; ohne diesbezügliche Stellungnahme DRUEY, Erbrecht,

Das Bundesgericht hatte sich jüngst in einem Entscheid mit der Frage der Übervorteilung bei einem Erbvertrag zu befassen<sup>468</sup>. Unter Verweis auf eine Lehrmeinung<sup>469</sup> hat es diesbezüglich nur – aber immerhin – festgehalten, dass der Einwand der Klägerin, zwischen Leistung und Gegenleistung liege ein Missverhältnis und somit Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR vor, unter Umständen auch gegen einen Erbvertrag erhoben werden kann. Auf Grund der kantonsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen konnte das Handeln des Erblassers aber schwerlich als „Ausbeutung“ gewertet werden. Da die Klägerin überdies über eine Bedenkfrist von einem Monat verfügte und um den Vertragsgegenstand „Erbverzicht“ wusste, war es dem Bundesgericht im zu beurteilenden Fall geradezu unverständlich, inwiefern von Notlage, Unerfahrenheit, Leichtsinn oder einem anderen Schwächezustand auf Seiten der Klägerin ausgegangen werden sollte. Die Klage wurde in der Folge abgewiesen, zumal auch kein Irrtum einer Vertragspartei bejaht werden konnte.

Die Befürwortung der Anwendbarkeit des Art. 21 OR bei erbrechtlichen Sachverhalten im Allgemeinen und bei der Ungültigkeitsklage im Besonderen darf m.E. nicht unbesehen erfolgen. Bedenken sind insbesondere deshalb angebracht, weil sich die Kenntnisstände der Vertragsparteien hinsichtlich der Werte der zu erbringenden Leistungen bei obligationen- und erbrechtlichen Verträgen doch erheblich unterscheiden und die Klagegründe der Ungültigkeitsklage vom Gesetz enumerativ genannt werden.

Da bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden zwischen den Parteien grundsätzlich Klarheit über die Werte der vertraglichen Leistungen herrscht, darf im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass zwischen den gegenseitigen Leistungen Wertäquivalenz besteht. Bei den Erbverträgen präsentiert sich die Ausgangslage aber grundsätzlich anders: Auf Grund der möglicherweise grossen Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Eintritt des Erbfalls herrscht bei beiden Kontrahenten naturgemäss Unsicherheit über die Werte der Vertragsleistungen. Die Parteien kennen im Moment des Vertragsschlusses etwa den derzeitigen Wert der Erbanwartschaft, nicht aber deren präzisen Wert im – entscheidenden<sup>470</sup> – Zeitpunkt des Erbanfalls. In wertmässiger Hinsicht ist den Erbverträgen insofern jeweils eine etwas aleatorisch anmutende Struktur inhärent<sup>471</sup>. Dies gilt namentlich dann, wenn der Nachlass Vermögenswerte enthält, welche als wertmässig unbeständig gelten (zu denken ist beispielsweise an Wertschriftenportefeuilles). Auf Grund der zeitlichen Ungewissheit über den Eintritt des Erbanfalls ist es den Erbvertragsparteien naturgemäss meist verwehrt, eine Wertäquivalenz zwischen der Leistung mortis causa und der Gegenleistung herzustellen. Dies gilt sowohl für den rein entgeltlichen, als auch für den gemischt entgeltlichen Erbvertrag<sup>472</sup>.

Im Gegensatz zu den obligationenrechtlichen Kontrakten kann demnach davon ausgegangen werden, dass bei Erbverträgen das Vorliegen der Inäquivalenz der Leistungen

---

§ 10 N 26, und PIOTET, SPR IV/1, S. 221.

<sup>468</sup> Vgl. BGE vom 25. Mai 2000, in: Pra 2000, S. 1040 ff.

<sup>469</sup> Namentlich DRUEY, Erbrecht, § 10 N 26.

<sup>470</sup> Vgl. Art. 474 Abs. 1 ZGB betreffend Herabsetzung, Art. 537 Abs. 2 ZGB betreffend Eröffnung des Erbgangs und Art. 630 Abs. 1 ZGB betreffend Ausgleichung.

<sup>471</sup> Vgl. diesbezüglich auch ZGB-BREITSCHMID, Art. 494 N 5.

<sup>472</sup> Vgl. GRUNDLER, Willensmängel, S. 67 f.

geradezu den Normfall bildet<sup>473</sup>. Die für die Übervorteilung objektive Voraussetzung – das Missverhältnis – ist demzufolge bei Erbverträgen vertragsimmanent, währenddessen es bei Kontrakten des Obligationenrechts grundsätzlich fremd ist.

Aus diesen Darlegungen erhellt, dass sich diesbezüglich die Erbverträge von den obligationenrechtlichen Verträgen in zweierlei Hinsicht wesentlich unterscheiden: Zum einen – objektiv – hinsichtlich der Wertverhältnisse der Vertragsleistungen und damit der wirtschaftlichen Umstände des Kontraktes überhaupt, zum anderen aber auch – subjektiv – hinsichtlich der Kenntnisstände der Parteien bezüglich des Wertes der Vertragsleistungen.

Im Lichte dieser Ausführungen will scheinen, dass die Zulassung der Anwendung des Art. 21 OR auf Erbverträge nicht vollends zu überzeugen vermag. Auf Grund des grundsätzlichen Vorliegens der Wertinäquivalenz bei Erbverträgen sind es die subjektiven Tatbestandselemente, die in erster Linie über das Vorhandensein einer Übervorteilung entscheiden müssen<sup>474</sup>. Damit besteht aber die Gefahr, dass das objektive Element faktisch an Bedeutung verliert und folglich leichthin angenommen wird. Dies kann wiederum dazu führen, dass die Übervorteilung als gegeben betrachtet wird, wenn die Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gleich jedermann in die Augen fällt<sup>475</sup>. Die subjektiven Tatbestandselemente der Übervorteilung wären demnach im Erbrecht von ungleich grösserer Bedeutung als bei Art. 21 OR. Ob vor dem Hintergrund dieser Ausführungen die Anwendung von Art. 21 OR im Erbrecht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, muss m.E. bezweifelt werden.

Überdies gilt es nach der hier vertretenen Ansicht zu berücksichtigen, dass angesichts der Konzeption des Gesetzgebers – klare enumerative Anführung der Klagegründe der Ungültigkeitsklage in Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1-3 und Art. 520 ZGB – eine ausdehnende Anwendung der Ungültigkeitsklage auf nicht gesetzlich vorgesehene Klagegründe grundsätzlich abzulehnen ist; dies entspricht auch der Ansicht der überwiegenden Doktrin<sup>476</sup>. Die Übervorteilung stellt *keinen Klagegrund* der Ungültigkeitsklage dar und kann demnach auch nicht mit diesem Rechtsmittel geltend gemacht werden. Bedauerlicherweise hat sich das Bundesgericht in seinem jüngst gefassten Entscheid<sup>477</sup> nicht darüber geäußert, auf welche Weise die Übervorteilung bei einem Erbvertrag – falls man sie überhaupt zulässt – geltend gemacht werden muss.

Obendrein darf nicht übersehen werden, dass der Übervorteilung *in der Praxis nur geringe Bedeutung* zukommt, was zumeist auf die hohen Beweisanforderungen zurückzuführen ist<sup>478</sup>. Diese können auch im Bereich des Erbrechts nicht anders sein, womit per se fraglich ist, ob die Anrufung der Übervorteilung bei erbrechtlichen Sachverhalten je praktisch relevant und erfolgversprechend sein wird. Ferner ist zu

---

<sup>473</sup> Gl.M. GRUNDLER, Willensmängel, S. 224 f.

<sup>474</sup> So treffend GRUNDLER, Willensmängel, S. 226.

<sup>475</sup> Vgl. die höchstrichterliche Wendung in BGE 53 II 483, 488.

<sup>476</sup> Vgl. nur BK-TUOR, Vorbem. zu den Art. 519-521 N 7; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 519-521 N 2; STEINER, Erfordernis, S. 40.

<sup>477</sup> Vgl. zu diesem Entscheid oben S. 97.

<sup>478</sup> Vgl. in diesem Sinne SCHWENZER, OR AT, N 32.48; zu Beweisfragen hinsichtlich der Übervorteilung vgl. BK-KRAMER, Art. 21 N 67.

bedenken, dass bei Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in grob inäquivalentem Verhältnis zueinander stehen, unter Umständen auch der Tatbestand der *Sittenwidrigkeit* erfüllt sein kann. So hat das Bundesgericht etwa in BGE 93 II 189, 191 f., festgehalten, dass die Vereinbarung eines Darlehenszinses von 26 % aussergewöhnlich ist, der allgemeinen Übung sowie den herkömmlichen Anschauungen über einen angemessenen Zins ganz krass widerspricht und demzufolge als sittenwidrig anzusehen ist<sup>479</sup>.

Aus den vorstehenden Erwägungen ist m.E. die Zulassung der Übervorteilung als Klagegrund der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage abzulehnen.

#### 4. *Konvaleszenz*

##### a. *Allgemeines*

Nach der hier vertretenen Auffassung ist 469 Abs. 2 ZGB in zweierlei Hinsicht bedeutsam: Zum einen besagt diese Norm, dass eine Verfügung, welche unter dem Einfluss eines Willensmangels errichtet wurde, vor dem Erbgang durch *Aufhebung* gegenstandslos gemacht werden kann. Zum anderen – und als Folge davon – enthält Art. 469 Abs. 2 ZGB in Bezug auf Willensmängel eine Genehmigungsfiktion, welche die *Aufrechterhaltung* der Verfügung bewirkt. Diese Konvaleszenz tritt ein, wenn der Erblasser die Verfügung nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis von Irrtum oder Täuschung oder Wegfall von Drohung oder Zwang aufhebt. Für die anderen Ungültigkeitsgründe (Verfügungsunfähigkeit, Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit, Formfehler) besteht keine solche gesetzliche praesumptio.

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 469 Abs. 2 ZGB erstreckt sich sowohl auf *letztwillige Verfügungen* als auch auf *Erbverträge*; denn unter dem Begriff „Verfügungen“ sind – wie bereits dargelegt wurde<sup>480</sup> – beide erbrechtlichen Verfügungsformen des ZGB gemeint<sup>481</sup>.

Der *Fristenlauf für die Genehmigung* beurteilt sich unabhängig von der Verfügungsart nach homogenen Kriterien. Dabei sind nach BREITSCHMID zwei Kriterien relevant: Zum einen – so auch der Wortlaut des Gesetzes – die Kenntnis von Irrtum oder Täuschung resp. der Wegfall von Drohung oder Zwang, zum anderen aber auch – über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – die Möglichkeit des Erblassers, dieser neuen Sachlage entsprechend neue Anordnungen auf den Tod hin zu treffen<sup>482</sup>. Diese Ansicht, welche auch das zweite Kriterium berücksichtigt haben will, verdient m.E. Zustimmung; denn ein Fristablauf erschiene doch als äusserst unbillig, wenn der Erblasser etwa infolge technischer oder geistiger Schranken daran gehindert ist, neu zu verfügen. Ersteres ist beispielsweise im Bereich des Möglichen, wenn Pflegepersonal eines Altersheims zwar – nach Errichtung der geforderten Verfügung – die Drohung gegen einen betagten

---

<sup>479</sup> Vgl. zum Ganzen BK-KRAMER, Art. 19-20 N 202 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 32.49; OR-HUGUENIN, Art. 21 N 19; vgl. aber BGE 115 II 232, 236.

<sup>480</sup> Vgl. oben S. 78 f.

<sup>481</sup> Zustimmend beispielsweise RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 64 f.

<sup>482</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 20.

Heimbewohner einstellt, ihn aber von der Aussenwelt hermetisch abschirmt und die Bereitstellung der zum Verfassen einer neuen Verfügung erforderlichen technischen Mittel (wie Papier und Stift) verweigert<sup>483</sup>. Letzteres ist erdenklich, wenn der Erblasser nach einer besonders intensiven oder grausamen Drohung für einen bestimmten Zeitraum (im Sinne einer Rehabilitationsphase) nicht die intellektuellen Fähigkeiten aufbringen könnte, sich über die wirklich gewollte – womöglich besonders komplexe – Nachfolgeregelung Gedanken zu machen.

Unabhängig von der Art des Willensmangels beträgt die Frist ein Jahr. Dieser relativen Frist ist entsprechend Art. 31 OR keine absolute Frist zur Seite gestellt. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, welche weder gehemmt noch unterbrochen werden kann<sup>484</sup>.

#### b. *Bei der letztwilligen Verfügung*

Will der Erblasser zu Lebzeiten die *Aufhebung* seiner vitiosen letztwilligen Verfügung erwirken, hat er sich den Widerrufsformen von Art. 509-511 ZGB (Widerruf, Vernichtung oder Errichtung einer neuen Verfügung) zu bedienen<sup>485</sup>.

Bevorzugt er indes die *Aufrechterhaltung* der mangelhaften Verfügung (Genehmigung), kann der Erblasser den Ablauf der Jahresfrist abwarten. Die Genehmigung kann aber auch vor Ablauf der Jahresfrist eintreten, wobei aber strittig ist, ob dies durch einen formellen Akt (Neuerichtung)<sup>486</sup> oder auch durch formlose Erklärung oder sogar konkludentes Verhalten<sup>487</sup> des Erblassers erfolgen kann. Ein Lösungsansatz kann m.E. in der entsprechenden Bestimmung des Obligationenrechts, Art. 31 OR, gefunden werden.

In Bezug auf Art. 31 OR herrscht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre Einigkeit darüber, dass die Genehmigung durch ausdrückliche Erklärung, insbesondere aber auch durch *konkludentes Verhalten* erfolgen kann<sup>488</sup>. Eine unterschiedliche Handhabung von Art. 31 OR und Art. 469 Abs. 2 ZGB drängt sich m.E. nicht auf, zumal in der Tat kein vernünftiger innerer Grund ersichtlich ist, „zwar das Stillschweigen des Testators während eines Jahres zum Anlass für die Konvaleszenz zu betrachten, nicht aber ein positives Handeln vor Ablauf dieses Jahres, sofern daraus der Wille des Erblassers, seine Verfügung so bestehen zu lassen, zu ermitteln wäre“<sup>489</sup>. Eine entsprechende Anerkennung einer solchen Manifestation des Willens auf Grund tatsächlicher Gegebenheiten findet sich etwa auch bei der Verzeihung nach erbunwürdigem Verhalten (vgl. Art. 540 Abs. 2 ZGB) oder bei einer Verzeihung nach erfolgter Enterbung<sup>490</sup>. Folglich muss eine Genehmigung i.S.v. Art. 469 Abs. 2 ZGB auch vor

---

<sup>483</sup> Vgl. dazu auch unten S. 177.

<sup>484</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 67; WELTI, Willensmängel, S. 72 f.; PICENONI, Auslegung, S. 63; ZK-ESCHER, Art. 469 N 25; BK-WEIMAR, Art. 469 N 32; BK-TUOR, Art. 469 N 31.

<sup>485</sup> Vgl. dazu eingehend WEIGOLD, Aufhebung und Änderung, S. 8 ff.; BK-WEIMAR, Art. 469 N 34.

<sup>486</sup> Befürwortend ZK-ESCHER, Art. 469 N 23; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 23 f.

<sup>487</sup> Befürwortend PICENONI, Auslegung, S. 63 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 19.

<sup>488</sup> Vgl. BGE 108 II 102, 105; statt vieler BK-KRAMER, Art. 31 N 119; BUCHER, OR AT, S. 212; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 905.

<sup>489</sup> PICENONI, Auslegung, S. 63, mit Verweis auf ERLÄUTERUNGEN, S. 385 f.

<sup>490</sup> Vgl. BGE 106 II 304, 310; betreffend Verzeihung bei erbunwürdigem Verhalten vgl. ZGB-



dem Ablauf der einjährigen Frist durch formfreie Erklärung (z.B. mündliche Äusserung gegenüber einem Dritten) oder konkludente Handlung (z.B. Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Ausführung der mangelhaften Verfügung in Kenntnis des Mangels) möglich sein<sup>491</sup>.

Die *Rechtswirkung der Genehmigung* manifestiert sich im Eintritt der Gültigkeit der Verfügung. Infolgedessen ist nach Eröffnung des Erbgangs eine Anfechtung der Verfügung mittels Ungültigkeitsklage kraft Willensmangels durch einen Interessierten ausgeschlossen<sup>492</sup>. Andernfalls würde die Genehmigung ihres Sinns beraubt.

Die Genehmigung durch formlose Erklärung oder konkludentes Verhalten ist namentlich dann von Bedeutung, wenn der Erblasser vor dem Ablauf der Jahresfrist verstorben ist. In diesem Falle würde eine Nichtanerkennung einer solchen Genehmigung dazu führen, dass eine Ungültigkeitsklage gegen die letztwillige Verfügung erhoben werden könnte, auch wenn es dem Willen des Erblassers entsprach, diese aufrechtzuerhalten und er passiv den Fristablauf abwarten wollte.

Dem Erblasser steht es selbstverständlich offen, eine vormals genehmigte letztwillige Verfügung durch Widerruf i.S.v. Art. 509-511 ZGB zu Fall zu bringen.

### c. *Beim Erbvertrag*

Beim Vorliegen eines mit einem Willensmangel behafteten Erbvertrages muss hinsichtlich dessen prämortaler einseitiger *Aufhebung* danach differenziert werden, ob der Willensmangel auf Seiten des Erblassers oder des Gegenkontrahenten vorliegt.

Im Hinblick auf einen seitens des *Erblassers* vorliegenden Willensmangel nehmen ESCHER, TUOR und STEINER übereinstimmend an, dass der Erblasser von seinem in Art. 469 Abs. 2 ZGB verankerten Aufhebungsrecht in der Form einer letztwilligen Verfügung Gebrauch machen muss, wobei aber die Gegenseite über die einseitige Aufhebung in Kenntnis gesetzt werden muss<sup>493</sup>. Ein namhafter Teil der Doktrin vertritt indes die Ansicht, dass der Erblasser einen bei ihm liegenden Willensmangel bloss nach den Bestimmungen des Obligationenrechts geltend machen kann (vgl. auch Art. 514 ZGB); für die Eröffnung genügt eine formlose Mitteilung nach Art. 31 OR<sup>494</sup>. Im Lichte der grundsätzlichen Tendenz des Abbaus der Formstrenge im Erbrecht<sup>495</sup> verdient diese

---

BREITSCHMID, Art. 469 N 19.

<sup>491</sup> Vgl. PICENONI, Auslegung, S. 63.

<sup>492</sup> Vgl. etwa WELTI, Willensmängel, S. 73; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 23; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 65; STEINER, Erfordernis, S. 35; ZK-ESCHER, Art. 469 N 23.

<sup>493</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 469 N 18 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 19 f. i.V.m. N 30; STEINER, Erfordernis, S. 33; in gleichem Sinne auch BK-WEIMAR, Art. 469 N 34 f.; BGE 99 II 382, 386 f. m.w.H.

<sup>494</sup> Vgl. PICENONI, Auslegung, S. 106 f.; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 47 f.; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 48; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 21 m.w.H.; eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 322 ff. – Demgegenüber vertritt PIOTET, SPR IV/1, S. 280 f., die – m.E. klar abzulehnende – Ansicht, dass der Erblasser selbst die Ungültigkeitsklage erheben soll; die Ungültigkeitsklage ist ein Rechtsmittel, welches erst nach dem Erbgang und überdies nur vom interessierten Erben oder Bedachten (vgl. Art. 519 Abs. 2 ZGB) erhoben werden kann.

<sup>495</sup> Vgl. diesbezüglich DRUEY, Formerleichterung, S. 26; in diesem Sinne auch GRUNDLER, Willensmängel, S. 344.

Ansicht m.E. Zustimmung. Überdies wird sie der vertraglichen Natur des Erbvertrages eher gerecht als die Auffassung der Kommentatoren.

Da sich der Anwendungsbereich vom Art. 469 ZGB nicht auf die Person des *Gegenkontrahenten* erstreckt<sup>496</sup>, muss diese den Erbvertrag nach Ansicht der herrschenden Lehre entsprechend den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 23-31 OR) anfechten. Ein blosser Motivirrtum beim Gegenkontrahenten kann somit für eine Anfechtung nicht ausreichen (vgl. Art. 24 Abs. 2 OR)<sup>497</sup>. Demgegenüber ist PIOTET der Ansicht, dass sich der Gegenkontrahent zu Lebzeiten des Erblassers der Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB bedienen müsse<sup>498</sup>. Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen. Die Ungültigkeitsklage ist ein Rechtsmittel, welches erst nach dem Ableben des Erblassers Platz greifen kann. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung der Aktivlegitimation<sup>499</sup>; „Erbe oder Bedachter“ (Art. 519 Abs. 2 ZGB) – also eine Person, die ein eigenes erbrechtliches Interesse nachzuweisen vermag – kann man nur sein, wenn ein Erbfall bereits eingetreten ist. Überdies wird mit der von PIOTET vorgeschlagenen Lösung der obligationenrechtlichen Komponente eines Erbvertrages in keiner Weise Rechnung getragen. Zu guter letzt müsste nach PIOTET auch noch die Verwirkungsfrist (Art. 521 ZGB) – entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes – so interpretiert werden, dass der Fristenlauf mit Wegfall von Drohung oder Zwang resp. Kenntnis von Irrtum oder Täuschung einsetzt. Der ganze Ansatz erscheint reichlich konstruiert und lässt eine Grundlage im Gesetz vermissen.

Stellt der Erblasser zu einem späteren Zeitpunkt fest, dass er bei Abschluss des Erbvertrages einem Willensmangel unterlegen ist, und möchte er trotzdem die *Aufrechterhaltung* des vitiösen Erbvertrages bewirken (Genehmigung), kann m.E. der Erblasser – wie bei den letztwilligen Verfügungen – entweder den Ablauf der Jahresfrist abwarten oder die Genehmigung vor Ablauf der Jahresfrist durch formlose Erklärung oder sogar konkludentes Verhalten bewirken. Wie bei den letztwilligen Verfügungen führt auch beim Erbvertrag die Genehmigung zum Eintritt der Gültigkeit der Verfügung. Kraft der Bindungswirkung des Erbvertrages ist es ihm indes verwehrt, den genehmigten Erbvertrag durch eine gegenteilige Verfügung von Todes wegen umzustossen<sup>500</sup>.

#### d. *Beweisfragen*

Die Konvaleszenz stellt eine rechtsbegründende Tatsache dar. Entsprechend der allgemeinen Bestimmung (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB) trägt die *Beweislast* für die behauptete Genehmigung durch den Erblasser derjenige, welcher sich auf die Gültigkeit der betreffenden Verfügung beruft, ergo der *Ungültigkeitsbeklagte*. Ihm obliegt die Darlegung, dass die einjährige Frist abgelaufen ist oder dass der Erblasser die Verfü-

---

<sup>496</sup> Vgl. oben S. 78 f.

<sup>497</sup> Vgl. etwa DRUEY, Erbrecht, § 10 N 49; ZK-ESCHER, Art. 469 N 20; BK-TUOR, Art. 469 N 3; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 21; eingehend GRUNDLER, Willensmängel, S. 357 ff.

<sup>498</sup> Vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 281 ff.

<sup>499</sup> Vgl. dazu oben S. 57 ff.

<sup>500</sup> Vgl. MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 51 f.; WELTI, Willensmängel, S. 73 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 32. – Im Interesse der Verkehrssicherheit möchte RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 66 f., das Abwarten des Fristablaufes nicht zulassen, was m.E. im Widerspruch zu Art. 469 Abs. 2 ZGB steht.

gung von Todes wegen durch formlose Erklärung oder konkludentes Verhalten genehmigt hat<sup>501</sup>.

## 5. *Richtigstellung offenbarer Irrtümer*

### a. *Allgemeines*

Nach Art. 469 Abs. 3 ZGB ist eine Verfügung, welche einen offenbaren Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen enthält, richtig zu stellen, wenn sich der wirkliche Wille des Erblassers mit Bestimmtheit feststellen lässt. Das Erbrecht enthält damit eine Art. 18 OR entsprechende Bestimmung. Hinter beiden Normen steht das Prinzip *falsa demonstratio non nocet*; Art. 469 Abs. 3 ZGB enthält mithin den erbrechtlichen Grundsatz, dass *Auslegung vor Anfechtung* geht<sup>502</sup>.

Wie Abs. 1 und 2 von Art. 469 ZGB, umfasst auch der *sachliche Anwendungsbereich von Abs. 3* sowohl letztwillige Verfügungen als auch Erbverträge, wobei die Berichtigung bei Letzteren nur bei offensichtlichen Irrtümern des Erblassers Platz greifen kann. Auf Grund des Bedürfnisses des Vertrauensschutzes des Gegenkontrahenten erscheint beim entgeltlichen Erbvertrag die analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Grundsätze als angebracht. Eine Richtigstellung eines Erbvertrages kann folglich nur dann in Betracht gezogen werden, „wenn der Irrtum dem Vertragspartner erkennbar war, oder wenn sich dieser ebenfalls geirrt hat, oder wenn er mit einer Berichtigung einverstanden ist, oder sich eine solche nach Treu und Glauben gefallen lassen muss, so wenn er z.B. kein Interesse an der Aufrechterhaltung der irrtümlichen Bezeichnung hat und eine solche Weigerung, dieselbe auf Grund des Willensprinzips zu berichtigen, einen Rechtsmissbrauch bedeuten würde“<sup>503</sup>.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre erstreckt sich Art. 469 Abs. 3 ZGB inhaltlich – entgegen dem deutschen Wortlaut, aber im Einklang mit den romanischen Texten und der Entstehungsgeschichte – nicht auf den Erklärungsirrtum (Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen) schlechthin, sondern nur auf einen Typus des Erklärungsirrtums, den *Irrtum in der Erklärungshandlung*<sup>504</sup> (Irrtum in der Bezeichnung). Folglich sind nur die blossen unbewussten Verschreiber oder Versprecher des Verfügenden zu berücksichtigen. Demgegenüber fällt ein anderer Typus des Erklärungsirrtums – der Irrtum über den Erklärungsinhalt<sup>505</sup> (falsche Vorstellung als Folge eines Missverständnisses oder einer Verwechslung; Identitätsirrtum) – ausser Betracht,

---

<sup>501</sup> Vgl. PICENONI, Auslegung, S. 63; in Bezug auf Art. 31 OR vgl. OR-SCHWENZER, Art. 31 N 24.

<sup>502</sup> Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 199 m.w.H.; vgl. zum Prinzip *falsa demonstratio non nocet* beispielsweise GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1011.

<sup>503</sup> PICENONI, Auslegung, S. 114 f. – Demgegenüber sprechen sich PIOTET, SPR IV/1, S. 208, und RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 26, gegen die Anwendung von Art. 469 Abs. 3 ZGB auf Erbverträge aus.

<sup>504</sup> Illustrativ ist das folgende Kathederbeispiel: Erblasser E will dem Retter R seines Sohnes S CHF 1000.— zuwenden; er denkt bei Errichtung der Verfügung an den Retter R, setzt aber – etwa aus Versehen, Unkonzentriertheit oder im Glauben, D hiesse R – den Dritten D ein.

<sup>505</sup> Dazu das entsprechende Kathederbeispiel: Erblasser E will dem Lebensretter seines Sohnes S CHF 1000.— zuwenden; auf Grund des Glaubens, der Dritte D habe S gerettet (tatsächlich war es der Retter R), setzt E den D in seiner letztwilligen Verfügung ein, mit der Begründung, dass D dem S das Leben gerettet hat.

weil diesfalls der Erblasser eine Bezeichnung, über deren Bedeutung er irrt, bewusst verwendet. Überdies findet Art. 469 Abs. 3 ZGB keine Anwendung bei einem Motiv- oder Grundlagenirrtum, da diese sich dadurch charakterisieren, dass ein fehlerhaft gebildeter Wille fehlerfrei erklärt wird<sup>506</sup>.

Der Anwendungsbereich von Art. 469 Abs. 3 ZGB findet eine *Grenze* darin, dass sich die zu berichtigende Bezeichnung im Text der Verfügung von Todes wegen – wenn auch nur andeutungsweise – in Erscheinung treten muss; „unter Berufung auf Abs. 3 lässt sich [...] nur eine vorhandene Bezeichnung richtigstellen, nicht aber eine fehlende Erklärung nachholen bzw. einfügen“<sup>507</sup>. Ansonsten liegt nicht eine Richtigstellung eines offenbaren Irrtums vor, sondern eine Zufügung oder Ergänzung einer Verfügung von Todes wegen.

Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes ist eine Berichtigung i.S.v. Art. 469 Abs. 3 ZGB indes nur möglich, wenn sich der offenbare Irrtum auf *Personen oder Sachen* bezieht. Ein Teil der Doktrin vertritt m.E. zu Recht eine Ausdehnung dieses Passus' auf den Irrtum über den Erklärungsinhalt und auf weitere mögliche Falschbezeichnungen<sup>508</sup>. Liegt etwa eine offenbare Diskrepanz zwischen Willen und Erklärung hinsichtlich einer einem Beschwerten auferlegten Leistung oder ein Identitätsirrtum vor und lässt sich der wirkliche Wille des Erblassers mit Bestimmtheit feststellen, so würde die naheliegende und den wahren Sinn des Erblasserwillen vermittelnde Berichtigung durchaus als billig und angemessen anmuten. Anders zu entscheiden hiesse, eine Missachtung des Willensprinzips in Kauf zu nehmen<sup>509</sup>. Gleiches hat auch im Hinblick auf den Umfang einer Zuwendung zu gelten, beispielsweise wenn der Erblasser versehentlich CHF 100'000.— anstatt CHF 10'000.— schreibt (hier liegt kein Irrtum in Bezug auf eine Sache vor, sondern in Bezug auf den Umfang einer Leistung).

Die Regel von Art. 469 Abs. 3 ZGB ist nur anwendbar, wenn der Erblasser die Verfügung nicht genehmigt hat und somit *keine Konvaleszenz* i.S.v. Art. 469 Abs. 2 ZGB eingetreten ist<sup>510</sup>.

Die *praktische Bedeutung* der Richtigstellung i.S.v. Art. 469 Abs. 3 ZGB ist auf Grund der zahlreichen und einschneidenden Voraussetzungen des Gesetzes und der Rechtsprechung beschränkt; bis vor kurzem gab es nicht einen Fall, in dem die Berichtigung zulässig gewesen wäre<sup>511</sup>. Im Jahre 1998 hat das Bundesgericht allerdings soweit ersichtlich erstmalig eine Klage auf Richtigstellung (verbunden mit der Auslegung der

---

<sup>506</sup> Vgl. BGE 72 II 224, 231; 70 II 7, 14; 64 II 186, 190; 50 II 332, 335 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 26; WELTI, Willensmängel, S. 89 f.; STEINER, Erfordernis, S. 22 f.; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 16 f. i.V.m. S. 5 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 33 ff.; BK-WEIMAR, Art. 469 N 36 und N 38 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 8.

<sup>507</sup> Vgl. BGE 72 II 224, 230 f.; 50 II 332, 335 und 337; BK-WEIMAR, Art. 469 N 37; ZK-ESCHER, Art. 469 N 9 i.V.m. N 26 f.; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 17 f.; BK-TUOR, Art. 469 N 34.

<sup>508</sup> Vgl. namentlich BK-WEIMAR, Art. 469 N 40; PICENONI, Auslegung, S. 76; PIOTET, SPR IV/1, S. 208; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 8 f.; WELTI, Willensmängel, S. 90 f.

<sup>509</sup> Vgl. diesbezüglich auch RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1267, nach dessen Ansicht die falsa demonstratio-Regel der vollkommenste Ausdruck des Willensprinzips ist; vgl. ausführlich zum Identitätsirrtum GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 18 f.

<sup>510</sup> Vgl. PICENONI, Auslegung, S. 75.

<sup>511</sup> Vgl. dazu PICENONI, Auslegung, S. 76; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 20.

Verfügung) gutgeheissen<sup>512</sup>. Diesem bedeutendem Entscheid lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Eine Erblasserin hatte in ihrer letztwilligen Verfügung einen gewissen „Monsieur C.F. Bridge“ von New York als Erben eingesetzt; tatsächlich gab es in der Linie Bridge nie einen männlichen Verwandten der Erblasserin mit dem Vornamen „C.F.“. Im Gegensatz dazu trugen zwei Männer Vornamen, welche mit „C.C.“ begannen, nämlich der Kläger, Charles Constant Jr Bridge, und dessen Vater, Charles Constant Sr Bridge. Der Kläger ist mit der Erblasserin im fünften Grade verwandt. Die zuständige Behörde verweigerte die Aushändigung der Erbschaft an den Kläger mit der Begründung, seine Erbenqualität sei nicht eindeutig festgestellt.

Das Bundesgericht stellte die Verfügung gestützt auf Art. 469 Abs. 3 ZGB richtig, worauf zwei Personen als Erben in Betracht kamen (Charles Constant Jr Bridge und Charles Constant Sr Bridge); hierauf musste eine Auslegung einer zweideutigen Willenserklärung Platz greifen. Den Anträgen des Klägers wurde endlich stattgegeben, da er nachweisen konnte, dass einerseits der in der Verfügung eingesetzte C.F. Bridge gar nie existierte und es ohnehin kaum wahrscheinlich ist, dass die Erblasserin im Alter von 81 Jahren Charles Constant Sr Bridge als Erbe einsetzen wollte, der elf Jahre älter als sie war und bei Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits seit 20 Jahren verstorben war<sup>513</sup>.

#### b. Geltendmachung

Die Richtigstellung eines offenbaren Irrtums stellt eine Form der richterlichen Auslegung einer Verfügung dar und wird durch Klage erreicht. Da die Klage auf die Klärung einer ungewissen Rechtslage abzielt, das Urteil dieselbe aber nicht verändert, handelt es sich um eine erbrechtliche *Feststellungsklage*<sup>514</sup>. Dem Kläger obliegt somit auch die Darlegung seines Feststellungsinteresses. Darunter ist ein rechtserhebliches Interesse zu verstehen, welches auch faktischer Natur sein kann. Kläger kann sein, wer behauptet, durch diesen Fall des Irrtums benachteiligt zu sein<sup>515</sup>. Die Feststellungsklage wird in der Praxis regelmässig mit einer anderen erbrechtlichen Klage, etwa einer Erbschaftsklage oder einer (Teil-) Ungültigkeitsklage, im Sinne einer objektiven Klagenhäufung verbunden<sup>516</sup>.

Die Richtigstellung eines offenbaren Irrtums kann nach hier vertretener Auffassung nicht nur offensiv, d.h. klageweise, sondern vielmehr auch defensiv, also durch *Einrede*, verlangt werden. Dies ist gegebenenfalls dann erdenklich, wenn der Erblasser E durch einen Verschreiber in seiner Verfügung von Todes wegen den Sohn S anweist, dem Dritten D ein Vermächtnis auszurichten, aber mit Bestimmtheit festgestellt werden kann, dass der wirkliche Wille des Erblassers auf die Begünstigung des Vermächtnis-

<sup>512</sup> Vgl. BGE 124 III 414 ff.; vgl. zu diesem Entscheid die Anmerkungen von BREITSCHMID, Entwicklungen I, S. 96.

<sup>513</sup> Zur bedeutsamen beweisrechtlichen Konstellation in diesem Entscheid vgl. unten S. 107.

<sup>514</sup> Vgl. etwa die Feststellungsbegehren in BGE 50 II 332, 333; 72 II 224, 227.

<sup>515</sup> Vgl. WELTI, Willensmängel, S. 89. – Zum Feststellungsinteresse vgl. etwa BGE 114 II 253, 255; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 209 ff.; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 13 N 21 ff.

<sup>516</sup> Vgl. etwa BGE 124 III 414, 415 (Feststellungsklage verbunden mit Erbschaftsklage); 72 II 224, 227 (Feststellungsklage verbunden mit Klage auf Teilungültigerklärung).

nehmers V abzielte. Erhebt nun D gegen S die Vermächtnisklage (vgl. Art. 601 ZGB), soll m.E. S die Einrede erheben können, die Verfügung sei auf Grund des offenbaren Irrtums des Erblassers dahingehend zu berichtigen, dass das Vermächtnis nicht zu Gunsten des D (sondern des V) auszurichten sei.

Auf Grund der offenen Formulierung von Art. 18 Abs. 1 GestG („erbrechtliche Klagen“) sind m.E. für die erbrechtlichen Feststellungsklagen die *Gerichte am letzten Wohnsitz des Erblassers* örtlich zuständig<sup>517</sup>.

### c. *Beweisfragen*

Die *Beweislast* für den wirklichen Willen des Erblassers obliegt entsprechend der allgemeinen Bestimmung (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB) demjenigen, der die Berichtigung verlangt; er hat den Nachweis zu erbringen, dass der Erblasser ihn (den Kläger bzw. den Einredenden) berücksichtigen wollte<sup>518</sup>. Beweisthema ist somit die Erbringung des – schwierigen – Beweises des Erblasserwillens.

Bezüglich des Grades des erforderlichen Beweises, dem *Beweismass*, gelten Besonderheiten in zweierlei Hinsicht: Zum einen hat der Gesetzgeber festgehalten, dass ein „offenbarer“ Irrtum vorliegen und sich der wirkliche Wille des Erblassers „mit Bestimmtheit“ feststellen lassen muss; zum anderen verlangt die höchstrichterliche Rechtsprechung in Konkretisierung dieser Wendungen, dass der Kläger den Nachweis erbringt, der Erblasser habe ihn ohne Zweifel („sans aucun doute“<sup>519</sup>) berücksichtigen wollen. Blosser Mutmassungen oder Hypothesen der Beteiligten rechtfertigen keine Richtigstellung<sup>520</sup>.

Es ist m.E. nachdrücklich festzustellen, dass diese hohen Anforderungen an das Beweismass aber dem Richter verwehren, nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber zu befinden, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache geleistet worden ist oder nicht; sie stellen somit eine *Einschränkung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung*<sup>521</sup> dar. Eine ähnliche Restriktion findet sich auch in Art. 511 Abs. 1 ZGB, wonach eine spätere Verfügung dann an die Stelle der früheren tritt, „soweit sie sich nicht zweifellos als deren blosser Ergänzung darstellt“<sup>522</sup>.

Damit der Kläger dem gesetzlich geforderten Beweismass („Bestimmtheit“) gerecht werden kann, ist erforderlich, dass er einen strikten Beweis erbringt, was bedeutet, dass die behauptete Tatsache als offensichtlich nachgewiesen werden muss. Daraus folgt e contrario, dass der Wortlaut der Verfügung solange Vorrang genießt, „als die übrigen

---

<sup>517</sup> Vgl. beispielsweise BGE 117 II 26, 28; vgl. in Bezug auf den inzwischen aufgehobenen Art. 538 Abs. 2 ZGB etwa ZK-ESCHER, Art. 538 N 5; BK-TUOR/PICENONI, Art. 538 N 14; ZGB-SCHWANDER, Art. 538 N 11.

<sup>518</sup> Vgl. BGE 124 III 414, 416; 50 II 332, 335 f.; ZK-ESCHER, Art. 469 N 26.

<sup>519</sup> BGE 124 III 414, 416; vgl. auch BGE 50 II 332, 335.

<sup>520</sup> GL.M. BK-WEIMAR, Art. 469 N 37, der jedoch der Ansicht ist, dass der Wendung „offenbar“ keine selbständige Bedeutung zukommt. M.E. ist darin aber ein Hinweis auf das erforderliche Beweismass zu sehen; vgl. diesbezüglich auch GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 19 f.

<sup>521</sup> Vgl. eingehend zur freien Beweiswürdigung KAUFMANN, Freie Beweiswürdigung, S. 11 ff.

<sup>522</sup> Vgl. dazu auch KAUFMANN, Freie Beweiswürdigung, S. 61.

Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlaubten<sup>523</sup>. Es liegt auf der Hand, dass angesichts solch einschneidender Anforderungen die Erbringung des Beweises ausserordentlich schwer ist, was sich nicht zuletzt auch darin manifestiert, dass bislang das Bundesgericht erst einmal eine Berichtigung gestützt auf Art. 469 Abs. 3 ZGB zugelassen hat<sup>524</sup>.

Die Richtigstellung des offenbaren Irrtums durch das Bundesgericht im „Fall Bridge“<sup>525</sup> scheint m.E. nicht unwesentlich dadurch begünstigt worden zu sein, dass *von keiner Seite bestritten* wurde, dass sich die Erblasserin offensichtlich geirrt hatte, als sie die Initialen „C.F.“ verwendete und dass sie in Wirklichkeit eine Person mit dem Namen „C.C.“ Bridge berücksichtigen wollte<sup>526</sup>. Wirklich unklar war indes einzig, ob es sich beim Bedachten um den Kläger oder um dessen Vater handelte. Diese sowohl bedeutungsvolle als auch aussergewöhnliche Konstellation (keine Bestreitung durch die Beklagte) hatte *in casu eine wesentliche Vereinfachung der Beweislage hinsichtlich dem wirklichen Willen des Erblassers* zur Folge. Die erste – und bisher einzige – Richtigstellung eines offenbaren Irrtums durch das Bundesgericht ist bezeichnenderweise vor diesem Hintergrund zu sehen.

## C. Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit

### I. Allgemeines

Gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wird eine Verfügung von Todes wegen für ungültig erklärt, wenn ihr Inhalt oder eine ihr angefügte Bedingung unsittlich oder rechtswidrig ist. Im Gegensatz zu den anderen Ungültigkeitsgründen fehlt es für den unsittlichen oder rechtswidrigen Inhalt an einer ausfüllenden materiell-erbrechtlichen Norm. Eine solche besteht in Art. 482 Abs. 2 ZGB einzig für die unsittlichen oder rechtswidrigen Bedingungen. Im Gegensatz zu Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geht Art. 482 ZGB weiter und umfasst nicht nur die Bedingungen, sondern gleichermassen die Auflagen. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte lässt aber erkennen, dass Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ursprünglich auch für die Auflagen konzipiert war. In der Doktrin ist denn auch unbestritten, dass sich der *sachliche Anwendungsbereich von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB* auch auf die unsittlichen oder rechtswidrigen Auflagen erstreckt<sup>527</sup>.

Auf Grund der Verweisung von Art. 7 ZGB sind zur Bestimmung der Begriffe der Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit die obligationenrechtlichen Parallelbestimmungen (Art. 19 und 20 OR<sup>528</sup>) herbeizuziehen. Jedoch manifestiert sich hinsichtlich der Rechtsfolge zwischen den obligationen- und erbrechtlichen Normen ein wesentlicher Unterschied: Während im Obligationenrecht Rechtsgeschäfte mit unsittlichem oder rechtswidrigem Inhalt nichtig sind, besteht bei unsittlichen oder rechtswidrigen Verfü-

---

<sup>523</sup> RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1267; vgl. auch KAUFMANN, Freie Beweiswürdigung, S. 61.

<sup>524</sup> Zur praktischen Bedeutung von Art. 469 Abs. 3 ZGB vgl. oben S. 104 f.

<sup>525</sup> Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 105.

<sup>526</sup> Vgl. so ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 124 III 414, 416.

<sup>527</sup> Vgl. eingehend HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 1 FN 1 m.w.H.

<sup>528</sup> Wie gesehen, geht die herrschende Lehre davon aus, dass zwischen Art. 19 und 20 OR ein untrennbarer Konnex besteht, vgl. oben S. 7. – Zur Bedeutung von Art. 7 ZGB vgl. oben S. 33 ff.

gungen von Todes wegen blosser Anfechtbarkeit; die Rechtswirkungen dieser Geschäfte fallen erst nach erfolgreichem Ungültigkeitsprozess dahin.

In der vorliegenden Arbeit wird grundsätzlich unterschieden zwischen *rechtswidrigem oder unsittlichem Inhalt* (nachfolgend 2.) und *rechtswidrigen oder unsittlichen Auflagen oder Bedingungen* (nachfolgend 3.). Daran anschliessend finden sich Überlegungen in Bezug auf *Beweisfragen* (nachfolgend 4.).

## 2. *Rechtswidriger oder unsittlicher Inhalt*

### a. *Im Obligationenrecht*

Im Obligationenrecht finden sich in Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR teilweise überschneidende Kriterien für eine Inhaltskontrolle von Verträgen. Die Bedeutung und die Inhalte der im Gesetz aufgezählten Kontrollkriterien – namentlich unabänderliche Vorschrift, öffentliche Ordnung, gute Sitten, Recht der Persönlichkeit, Unmöglichkeit und Widerrechtlichkeit – sind umstritten. Ausgehend von den unterschiedlichen Bedeutungsschwerpunkten fasst die jüngere Doktrin diese fünf Kontrollkriterien in drei Gruppen zusammen: *Rechtswidrigkeit* (beinhaltend auch den Verstoss gegen die öffentliche Ordnung; nachfolgend 1.), *Sittenwidrigkeit* (beinhaltend auch den Verstoss gegen das Persönlichkeitsrecht; nachfolgend 2.) und Unmöglichkeit<sup>529</sup>. Im Folgenden wird – mangels Bezug zur Ungültigkeitsklage<sup>530</sup> – das Kriterium der Unmöglichkeit von der Erörterung ausgeklammert.

#### 1) *Rechtswidrigkeit*

Nach der Praxis des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre liegt Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 19 Abs. 2 OR dann vor, wenn der Inhalt eines Vertrages einer *zwingenden objektiven, privat- oder öffentlichrechtlichen Norm des schweizerischen (bundesrechtlichen oder kantonalen) Rechts* widerspricht<sup>531</sup>. Der Verstoss gegen ausländisches Recht kann keine Widerrechtlichkeit, allenfalls aber Sittenwidrigkeit begründen<sup>532</sup>.

Der *Inhalt des Vertrages* soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre über den eigentlichen engen Wortlaut hinaus *extensiv ausgelegt* werden – dies, obwohl der Wortlaut des Gesetzes bezüglich der Widerrechtlichkeit enger formuliert ist als hinsichtlich der Sittenwidrigkeit. Die Widerrechtlichkeit des Vertragsinhalts kann sich damit auch aus Anhaltspunkten, welche ausserhalb des eigentlich Vereinbarten liegen, ergeben. Unerheblich ist demgegenüber die individuelle Motivation eines Kontrahenten zum Vertragsschluss. Demnach ist der Inhalt eines

<sup>529</sup> Vgl. OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 624 ff.; GUHL/KOLLER, OR, § 7 N 16 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 32.04 ff. – Vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen in Bezug auf Nichtigkeitsgründe oben S. 6 f.

<sup>530</sup> Verfügungen von Todes wegen mit einem unmöglichen Inhalt werden von der herrschenden Lehre als nichtig betrachtet, vgl. etwa RIEMER, Nichtige Testamente, S. 250 f. mit FN 35.

<sup>531</sup> Vgl. nur BGE 117 II 286, 287; 114 II 279, 281; 80 II 327, 329; statt vieler BK-KRAMER, Art. 19-20 N 132.

<sup>532</sup> Vgl. BGE 80 II 49, 51; 76 II 33, 40; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 19.



Vertrages dann widerrechtlich, wenn das Vereinbarte (die Vertragsleistung an sich), der Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder der mittelbare Vertragszweck (ein Fernzweck) gegen objektives Recht verstösst<sup>533</sup>.

Beinhaltet der Gegenstand des Vertrages ein von der Rechtsordnung sanktioniertes Verhalten, gilt *das Vereinbarte* als widerrechtlich. Dies ist etwa der Fall, wenn die Vertragsleistung an sich (z.B. Verpflichtung zur Begehung eines strafrechtlichen Delikts) oder die vereinbarte Qualität oder Quantität der Leistung widerrechtlich ist (z.B. Darlehenszins, der gegen eine Zinsmaximalvorschrift verstösst)<sup>534</sup>.

Ob die blossе Tatsache des *Abschlusses eines Vertrages mit dem vereinbarten Inhalt* die Widerrechtlichkeit indiziert, beurteilt sich nach der gesamten schweizerischen Rechtsordnung. Zu nennen sind beispielsweise das Vereinbaren von Zinseszinsen für ein nichtkaufmännisches Darlehen (vgl. Art. 314 Abs. 3 OR); die Abrede, nach der jemand für die Zukunft auf das Recht verzichtet, ein gesetzliches Grundpfand geltend zu machen (vgl. Art. 837 Abs. 2 ZGB); der spezialgesetzlich verbotene Verkauf von Kriegsmaterial oder suchterzeugenden Drogen; die Vereinbarung des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht entgegen Art. 34 Abs. 2 OR; oder die Beschränkung oder Aufhebung der Gewährspflicht für Absicht und grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 OR)<sup>535</sup>.

Gleichermassen vermag ein konkludent oder stillschweigend vereinbarter *mittelbarer Vertragszweck* die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR zu begründen. So etwa bei der Aufnahme und Gewährung eines Darlehens zum Zweck der Abwicklung eines Rauschgiftgeschäfts oder beim Abschluss eines Darlehensvertrages mit dem alleinigen Zweck der Verheimlichung von Aktiven den Steuerorganen gegenüber<sup>536</sup>.

Im Falle eines Verstosses gegen *zwingendes Privatrecht* lässt sich der zwingende Charakter der privatrechtlichen Norm entweder aus dem Wortlaut des Gesetzes<sup>537</sup> oder aus der ratio legis, welche mittels Auslegung ermittelt wird, eruieren. Im Falle der Auslegung ist danach zu fragen, ob sich aus dem Sinn und Zweck der Norm ergibt, dass diese von Subjekten des Rechtsverkehrs vertraglich weder wegbedungen noch beschränkt werden kann; so gilt etwa die Norm betreffend das jederzeitige auftragsrechtli-

---

<sup>533</sup> Vgl. BGE 119 II 222, 224; 62 II 108, 111; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 17; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 82 i.V.m. N 112; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 642 und N 644. – Nach BK-KRAMER, Art. 19-20 N 137, sollte eine „zu eng und formalistisch an den Wortlaut des Vertrages anknüpfende Bestimmung des Vertragsinhalts“ vermieden werden. – Völlig zu Recht stellt BK-KRAMER, Art. 19-20 N 136, fest, dass die Unterscheidung zwischen dem Vereinbarten und dem Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt letztlich folgenlos ist.

<sup>534</sup> Vgl. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 10 m.w.H.

<sup>535</sup> Vgl. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, N 113 ff.; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 641.

<sup>536</sup> Vgl. BGE 112 IV 47 f.; 48 II 270. Die Lehre betont in diesem Zusammenhang, dass der vereinbarte Zweck nicht mit dem individuellen Motiv, welches auf der einen Seite zum Vertragsschluss geführt hat, verwechselt werden darf; so zieht der Kauf einer Waffe in der Absicht, jemanden damit zu töten, nicht die Nichtigkeit des Kaufvertrages kraft Widerrechtlichkeit nach sich, vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 N 137; vgl. diesbezüglich aber BGE 109 IV 117 ff.

<sup>537</sup> So z.B. in Art. 34 Abs. 2, Art. 100 Abs. 1, Art. 101 Abs. 3, Art. 129, Art. 199, Art. 314 Abs. 3 und Art. 361 f. OR.

che Widerrufsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR) auf Grund der Rechtsprechung des Bundesgerichts als zwingend<sup>538</sup>.

Desgleichen vermag ein Verstoss gegen *zwingendes öffentliches Recht* die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR zu begründen. Unter die Vorschriften des öffentlichen Rechts werden Verfassungs-, Verwaltungs-, Straf- und Prozessrecht subsumiert. Unerheblich ist, ob der Vertrag gegen öffentliches Rechts des Bundes oder der Kantone verstösst. Ob die fraglichen Normen des öffentlichen Rechts zwingender Natur sind, ist wiederum nach dem Wortlaut des Gesetzes oder durch Auslegung zu ermitteln<sup>539</sup>.

*Keine Widerrechtlichkeit* besteht demgegenüber bei einer verbotenen subjektiven Beteiligung eines oder beider Vertragspartner, beispielsweise – so ein altes Kathederbeispiel von OSER/SCHÖNENBERGER – beim Verkauf von Gift durch einen Apotheker ohne Zulassung oder bei einem Vertrag mit einem Architekten, der von dem Kanton, in welchem er sein Architekturbüro betreibt, nicht als Architekt anerkannt ist<sup>540</sup>. Dennoch kann in solchen Fällen aber Vertragsnichtigkeit resultieren, etwa wenn sich diese Rechtsfolge aus einer einschlägigen *lex specialis* oder aus Sinn und Zweck der Verbotsnorm (z.B. Schutz öffentlicher Interessen) ergibt. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass beispielsweise Ärzte, Anwälte und Notare über einen Befähigungsausweis verfügen müssen, damit sie rechtsgültig Verträge abschliessen können<sup>541</sup>.

Entscheidend für die Beurteilung, ob Widerrechtlichkeit vorliegt, ist der *Zeitpunkt des Vertragsschlusses*. Besteht die Norm, gegen welche verstossen wird, bei der Beurteilung des Vertrages nicht mehr, so bleibt nach einer älteren Meinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Nichtigkeit bestehen; die jüngere Doktrin schliesst die Konvalenz des Vertrages nicht mehr per se aus<sup>542</sup>. Das Rückwirkungsverbot verbietet es, Nichtigkeit anzunehmen, wenn der Kontrakt nachträglich rechtswidrig wird. Anderes gilt nur, wenn nachträglich gegen eine Norm verstossen wird, welche „um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen“ aufgestellt wurde (Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB)<sup>543</sup>.

Die *Rechtsfolge der Nichtigkeit* greift bei einem widerrechtlichen Vertrag nicht in jedem Falle Platz. Das Rechtsgeschäft ist nur insoweit nichtig, als die Norm diese Folge ausdrücklich vorsieht oder der Sinn und Zweck der Vorschrift sie mit Rücksicht auf die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges verlangen<sup>544</sup>.

---

<sup>538</sup> Vgl. nur BGE 115 II 464, 466; 110 II 380, 382; 106 II 157, 159; 104 II 108, 115; vgl. statt vieler BK-KRAMER, Art. 19-20 N 146; SCHWENZER, OR AT, N 32.12 f.

<sup>539</sup> Vgl. statt vieler OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 21.

<sup>540</sup> Vgl. BGE 117 II 47, 48; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 21.

<sup>541</sup> Vgl. BGE 117 II 47, 48; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 17; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 138 f. – Als eine solche *lex specialis* gilt etwa Art. 26 BewG, vgl. diesbezüglich WENDRICH, Disharmonie, S. 42 ff.

<sup>542</sup> Vgl. BGE 102 II 401 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 N 58; differenzierend BK-KRAMER, Art. 19-20 N 145; SCHWENZER, OR AT, N 32.09; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 16.

<sup>543</sup> Vgl. BGE 100 II 105, 110 ff.

<sup>544</sup> Vgl. statt vieler BGE 119 II 222, 224; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 684. – Zur Einschränkung des Nichtigkeitsbegriffs bei der Widerrechtlichkeit vgl. auch die Ausführungen oben S. 6.

## 2) *Sittenwidrigkeit*

### a) Allgemeines

Sedes materiae der Sittenwidrigkeit (oder – als positiv formulierte Kehrseite – der guten Sitten) sind die *Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR*. Ein besonderer Anwendungsfall der guten Sitten findet sich überdies in Art. 27 Abs. 2 ZGB, wonach sich niemand im Gebrauch seiner Freiheit in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Neben diesen allgemeinen Normen wird auch in diversen Spezialbestimmungen auf die Sittenwidrigkeit Bezug genommen<sup>545</sup>.

Die verschiedenen Bestimmungen, welche an die guten Sitten anknüpfen, gewähren den Schutz von unterschiedlichen Rechtsgütern. Aus diesen Normen erhellt, dass die *Schutzobjekte der guten Sitten* zum einen persönliche Güter (namentlich Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, soziale und affektive Persönlichkeit), zum anderen aber auch kollektive Güter (namentlich Treu und Glauben, Sexualität, Familie) umfassen. Besonders hervorgehoben sei an dieser Stelle das Schutzobjekt der Freiheit, da in praxi zumeist bei diesem Schutzobjekt eine Intervention der guten Sitten gerechtfertigt ist<sup>546</sup>. Neben anderen Aspekten<sup>547</sup> weist das Schutzobjekt der Freiheit auch einen immateriellen Aspekt, insbesondere die *Entscheidungsfreiheit*, auf. Darunter ist die rechtlich garantierte Möglichkeit zu verstehen, ein Rechtsgeschäft einerseits ohne staatliche Bevormundung, andererseits aber auch überlegt – also frei von Bedrängnis und wirtschaftlicher oder psychologischer Beeinträchtigung durch ein anderes Rechtssubjekt – abschliessen zu können<sup>548</sup>.

Das Kontrollkriterium der guten Sitten stellt eine selbständig anwendbare, *wertausfüllungsbedürftige Generalklausel* mit lückenfüllender Auffangfunktion dar, welche vom Richter auf Grund seiner diesbezüglich „starken rechtsschöpferischen Gestaltungskompetenz“<sup>549</sup> zu konkretisieren ist. Die Generalklausel verweist auf ausserhalb der Privatrechtsordnung, ja teilweise ausserhalb der Rechtsordnung überhaupt liegende, von der Soziologie und Sittlichkeit abgeleitete Werte, gegen welche Vertragskontrahenten nicht verstossen dürfen. Der Generalklausel der guten Sitten kommt somit eine *Delegationsfunktion* zu, welche die Forderung an den Richter enthält, die Rechtsordnung mittels kollektiver Wertvorstellungen zu präzisieren<sup>550</sup>.

Bei der Problematik der *Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit* stehen sich eine extensive und eine restriktive Auffassung gegenüber. Zurückführen lassen sich diese

<sup>545</sup> Vgl. etwa Art. 41 Abs. 2, Art. 66, Art. 157, Art. 163 Abs. 2, Art. 230 Abs. 2, Art. 420 Abs. 3 OR sowie Art. 28h Abs. 2, Art. 52 Abs. 3, Art. 57 Abs. 3, Art. 78, Art. 88 Abs. 2, Art. 482 Abs. 1 und 2, Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 521 Abs. 2 ZGB; eingehend ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 154 ff.

<sup>546</sup> Vgl. ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 824 m.w.H.

<sup>547</sup> Zu nennen sind materielle und wirtschaftliche Aspekte; zum ersteren gehört die Bewegungsfreiheit, zum letzteren die Wirtschaftsfreiheit; vgl. ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 820 und N 822.

<sup>548</sup> Vgl. eingehend zur Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung WOLF, *Entscheidungsfreiheit*, S. 19 ff.; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 121 i.V.m. N 45. – Vgl. zu den einzelnen Schutzobjekten der guten Sitten die einlässliche Darstellung von ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 812 ff.

<sup>549</sup> BK-KRAMER, Art. 19-20 N 174; vgl. auch ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 484 f.

<sup>550</sup> Gl.M. TAUPITZ, *Standesordnungen*, S. 1119 f.; ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 458.

divergierenden Auffassungen auf die unterschiedlichen Gewichtungen der Bedeutungsschwerpunkte der Kriterien für eine Vertragsinhaltskontrolle<sup>551</sup>. Wird die öffentliche Ordnung als eigenständiges Kontrollkriterium interpretiert, greift bei der Sittenwidrigkeit die restriktive Auslegung Platz; wird sie dagegen als Teil des Kontrollkriteriums der Widerrechtlichkeit angesehen, hat dies eine extensivere Interpretation zur Folge.

Nach der *extensiven Auslegung*, welche vom Bundesgericht und einem gewichtigen Teil der Lehre vertreten wird, sind sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR „Verträge, die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen“<sup>552</sup>. Ein solcher Verstoss kann „einerseits in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen, sich andererseits aber auch daraus ergeben, dass eine notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird“<sup>553</sup>.

Nach der *restriktiven Auslegung* von KRAMER bezieht sich die Sittenwidrigkeit grundsätzlich „auf jene konsensfähige Konventionalethik, die trotz allem Wertepluralismus auch heute noch besteht“<sup>554</sup>. Die gute Sitten-Klausel rezipiert mithin „jene Alltagsmoral, die einigermaßen anständigen Menschen gemeinsam ist“<sup>555</sup>.

Da die vorliegende Arbeit bezüglich der Frage der Bedeutung und der Inhalte der im Gesetz aufgezählten Kontrollkriterien der Konzeption der jüngeren Doktrin folgt, welche die fünf Kontrollkriterien in drei Gruppen zusammenfasst<sup>556</sup>, wird an dieser Stelle konsequenterweise der extensiveren Auslegung von Bundesgericht und herrschender Lehre Vorrang eingeräumt. Dennoch erscheint es nach der hier vertretenen Auffassung für die Ausfüllung der Generalklausel nicht von primärer Bedeutung, welcher Auffassung gefolgt wird, geht es doch bei der Umschreibung des Kontrollkriteriums der Sittenwidrigkeit allemal darum, dass die grundlegende und herrschende *Sozialmoral* (verstanden als aussergerichtliche, gesellschaftlich anerkannte Normen) resp. die *Alltagsmoral* (die einigermaßen anständigen Menschen gemeinsam ist) kraft Rezeption in die Rechtsordnung berücksichtigt werden sollen; dass auf das *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* abgestellt wird (sog. Anstandsformel); dass *soziale Ungerechtigkeiten* verhindert werden sollen; dass eine sich aus der Gesamtheit der im positiven Recht verwirklichten Wertentscheidungen abgeleitete *ethische Ordnung* beachtet wird<sup>557</sup>.

Im Gegensatz zum Kontrollkriterium der Widerrechtlichkeit, bei welchem sich der Gesetzestext auf den *Vertragsinhalt* bezieht („Ein Vertrag, der einen [...] widerrechtlichen Inhalt hat“), nimmt Art. 20 Abs. 1 OR nur allgemein auf die Sittenwidrigkeit

---

<sup>551</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Bedeutungsschwerpunkten die Ausführungen oben S. 108.

<sup>552</sup> BGE 123 III 101, 102.

<sup>553</sup> BGE 123 III 101, 102; vgl. auch BGE 115 II 232, 235; BUCHER, OR AT, S. 255 f.; GAUCH/SCHLUEP/ SCHMID, OR AT, N 668; SCHWENZER, OR AT, N 32.18; vgl. auch ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 458.

<sup>554</sup> BK-KRAMER, Art. 19-20 N 174.

<sup>555</sup> BK-KRAMER, Art. 19-20 N 174.

<sup>556</sup> Vgl. dazu oben S. 108.

<sup>557</sup> Vgl. eingehend BK-KRAMER, Art. 19-20 N 156 und N 170 ff. m.w.H.

bezug („Ein Vertrag, der [...] gegen die guten Sitten verstösst“). In seiner jüngeren Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass sich auch die Sittenwidrigkeit auf den Inhalt des Vertrages bezieht, der jedoch „in einem weiteren Sinne“<sup>558</sup> den Vertragszweck mitumfasst. Diese Auffassung wird auch hauptsächlich von der deutschsprachigen Doktrin der Schweiz unterstützt, welche betont, dass der Sittenwidrigkeitskontrolle ein *untechnisch-weiter Inhaltsbegriff* zu Grunde gelegt werden soll<sup>559</sup>. Demnach kann sich der Verstoss gegen die guten Sitten „bei den nicht schon allein auf Grund ihres Inhalts sittenwidrigen Geschäften aus dem Inhalt, Zweck und Beweggrund des Vertrages ergeben, wobei die gesamten bei Vertragsschluss vorherrschenden Umstände berücksichtigt werden“<sup>560</sup> müssen. Die Sittenwidrigkeit des Vertragszwecks kann aber nur von Art. 20 Abs. 1 OR erfasst werden, „sofern er (i.S. einer weiten, auch die Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses einbeziehenden Vertragsinterpretation) vereinbart ist, also für beide Parteien einen Bestandteil des Vertragswillens bildete“<sup>561</sup>, nicht aber, wenn er nur ein einseitiges Motiv eines Kontrahenten darstellte.

Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit ist eine *Gesamtwürdigung* des Vertrages vorzunehmen. Nach Würdigung mehrerer Klauseln kann ein Kontrakt als sittenwidrig qualifiziert werden, auch wenn die einzelnen Vertragsklauseln isoliert betrachtet noch als zulässig angesehen werden können<sup>562</sup>. Im Gegensatz zum deutschen Recht wird von der schweizerischen Rechtsprechung und Doktrin eine Berücksichtigung von *subjektiven Momenten* abgelehnt. Nicht ausschlaggebend ist demzufolge das Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung des Kontrahenten, das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit oder das Bewusstsein von Umständen, welche die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründen<sup>563</sup>.

Da die Ansichten hinsichtlich der Interpretation der guten Sitten einem zeitlichen Wandel unterliegen und insofern ein dynamisches Moment enthalten (sog. Relativität der guten Sitten), kommt dem *massgebenden Zeitpunkt* zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit nachhaltige Bedeutung zu. Nach vorherrschender Ansicht hat sich der Richter diesbezüglich in den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückzusetzen<sup>564</sup>.

---

<sup>558</sup> BGE 123 III 101, 102; vgl. auch eingehend BGE 84 II 13, 27.

<sup>559</sup> Demgegenüber verfiht – gestützt auf den deutschen Gesetzeswortlaut und den Willen des historischen Gesetzgebers – vorwiegend die französischsprachige Doktrin der Schweiz eine nicht auf den Vertragsinhalt beschränkte Interpretation der Sittenwidrigkeit, vgl. etwa ENGEL, *Traité*, S. 292; ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 983; VON TUHR/PETER, *Obligationenrecht*, S. 257; BOTSCHAFT OR, S. 13. Diese Ansicht teilte in früheren Jahren auch das Bundesgericht, vgl. BGE 47 II 86, 89; 42 II 485, 492; 26 II 140, 143.

<sup>560</sup> WOLF, *Entscheidungsfreiheit*, S. 37; vgl. auch FLUME, *Rechtsgeschäft*, S. 372; STAUDINGER/SACK, *Kommentar BGB*, § 138 N 6 f.; SOERGEL/HEFERMEHL, *BGB*, § 138 N 16.

<sup>561</sup> BK-KRAMER, Art. 19-20 N 176 m.w.H.; vgl. auch OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 36; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 656; HÜRLIMANN, *Teilnichtigkeit*, N 137 ff.; ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 993 ff.

<sup>562</sup> Vgl. beispielsweise SCHWENZER, OR AT, N 32.19; BGE 39 II 541, 546; BJM 1973, S. 98.

<sup>563</sup> Vgl. OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 36 i.f.; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 181; zum deutschen Recht vgl. MK-MAYER-MALY, § 138 N 111 ff.

<sup>564</sup> Vgl. ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 881 ff.; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 35; differenzierend BK-KRAMER, Art. 19-20 N 182; BGE 84 II 266, 271 f.

## b) Fallgruppen

Zur Strukturierung der Erscheinungsformen und zur Ausfüllung des Terminus der guten Sitten hat die schweizerische Praxis und Doktrin Fallgruppen gebildet. Demnach wird grundsätzlich differenziert zwischen Verträgen, die das *Recht der Persönlichkeit* (Art. 27 ZGB) verletzen<sup>565</sup>; auf *sexuelle Leistung* gerichtet sind<sup>566</sup>; gegen *sozialethische Wertungen* verstossen<sup>567</sup>; eine *erhebliche Inäquivalenz zwischen den Austauschleistungen* aufweisen<sup>568</sup> sowie *obligatorische Rechte Dritter beeinträchtigen*<sup>569</sup>.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit sind m.E. besonders die *Rechtsgeschäfte* hervorzuheben, die *gegen sozialethische Wertungen verstossen*. Es geht dabei um Kontrakte, die nach dem Empfinden der Allgemeinheit und der herrschenden Auffassung als unanständig anmuten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine vertragliche Bindung eingegangen wird, welche schon als solche anstössig anmutet, oder wenn gewisse Dienste oder Handlungen, welche auf ethischen Motiven beruhen sollen, in ungehöriger Weise durch pekuniäre Rücksichten beeinflusst – und somit kommerzialisiert – werden. In der Praxis handelt es sich meist um Auftragsverhältnisse, bei denen in irgendeiner Weise gegen die mandatsrechtliche Treuepflicht verstossen wird<sup>570</sup>. Einen illustrativen Anwendungsfall bildet BGE 66 II 256 ff., der eine Vereinbarung betraf, durch die ein Anwalt es gegen Überlassung der halben Erbschaft übernahm, einen Dritten dazu zu bewegen, dass dieser sein Vermögen testamentarisch der Mandatschaft des Anwalts zuwende. Das Bundesgericht qualifizierte das Verhalten des Anwalts als „bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei, die an und für sich schon anstössig ist“<sup>571</sup>.

Unter die Fallgruppe von Verträgen, die gegen sozialethische Wertungen verstossen, werden auch Sachverhalte subsumiert, bei denen ein *Verstoss gegen berufsethische Maximen* vorliegt. Solche Grundsätze finden sich insbesondere im Berufs- und Standesrecht<sup>572</sup> von Berufen, an deren korrekter Ausübung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und die nur auf Grund eines besonderen staatlichen Befähigungsausweises ausgeübt werden können. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang primär – aber nicht ausschliesslich – Ärzte, Anwälte und Notare. Standesrechtliche Normen verleihen den mit der korrekten Berufsausübung verbundenen Pflichten sowie dem allgemein „Wünschbaren“<sup>573</sup> Ausdruck und reflektieren insofern die im jeweiligen Berufsstand vorherrschenden Ansichten über Inhalt und Umfang der geltenden guten Sitten. Standesordnungen sind somit Ausdruck der herrschenden Sitten und Anschauungen, sie

---

<sup>565</sup> Die Sittenwidrigkeit kann hier durch den Gegenstand oder das Übermass der Bindung begründet werden. – Vgl. eingehend zu persönlichkeitsverletzenden Verträgen BK-KRAMER, Art. 19-20 N 208 ff.

<sup>566</sup> Vgl. die Kasuistik bei ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 1229 ff.; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 38.

<sup>567</sup> Vgl. eingehend BK-KRAMER, Art. 19-20 N 193 ff.

<sup>568</sup> Vgl. beispielsweise GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 676 f.; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 202 ff.

<sup>569</sup> Vgl. einlässlich ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 1057 ff.

<sup>570</sup> Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 N 193 f.; ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 962 ff. i.V.m. N 1108 ff.

<sup>571</sup> BGE 66 II 256, 258. – Zu diesem Entscheid und zur Erbschleicherei vgl. unten S. 190 ff.

<sup>572</sup> Vgl. dazu oben S. 16 ff.

<sup>573</sup> WEGMANN, *Berufspflichten*, S. 63; vgl. auch DUBACH, *Disziplinarrecht*, S. 129a f.

stellen den von den Berufsverbänden verfassten und auf die jeweiligen Interessen ausgerichteten Kodex der makellosen Berufsausübung dar und bilden die *communis opinio* des jeweiligen Berufsstandes<sup>574</sup>. In diesem Sinne verkörpern die berufsethischen Maximen gleichsam eine Kodifikation der in einem bestimmten Berufs- oder Gewerbe-zweig geltenden guten Sitten, sodass es dem Richter geradezu geboten ist, sich im Rahmen der wertmässigen Ausfüllung der Generalklausel an ihnen zu orientieren oder sie gar zu rezipieren. Diese Normen unterstützen den Richter in seiner Aufgabe, nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen zu entscheiden. Eine Nichtbeachtung dieser berufsethischen Maximen durch den Richter bedeutet, eine durch den Staat oder durch Berufsorganisationen gesetzte *objektive Grundlage* über die sittenkonforme Berufsausübung zu negieren<sup>575</sup>.

#### *b. Im Erbrecht*

Sowohl in der Praxis als auch in der Doktrin werden die Widerrechtlichkeit und die Sittenwidrigkeit vorwiegend gemeinsam geprüft und erörtert; eine klare Abgrenzung findet sich in aller Regel nicht. In der vorliegenden Arbeit werden die Kriterien getrennt erörtert. Auf diese Weise wird versucht, der *Rechtswidrigkeit* (nachfolgend 1.) und der *Sittenwidrigkeit* (nachfolgend 2.) autonome Inhalte zu verleihen.

##### *1) Rechtswidrigkeit*

Eine Verfügung von Todes wegen wird auf erhobene Klage hin ungültig erklärt, wenn ihr Inhalt rechtswidrig ist (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Entsprechend dem obligationenrechtlichen Korrelat (Art. 20 Abs. 1 OR) erhellt aus dem Gesetzestext, dass sich die Widerrechtlichkeit jeweils *auf den Inhalt der Verfügung beziehen* muss.

Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, ist auf Grund Art. 7 ZGB die obligationenrechtliche Bestimmung für die Deutung der erbrechtlichen Norm heranzuziehen<sup>576</sup>. Hinsichtlich dem Anwendungsbereich der Ungültigkeitsklage gilt demnach, dass der Klagegrund der Widerrechtlichkeit erfüllt ist, wenn der Inhalt der Verfügung von Todes wegen einer *zwingenden objektiven, privat- oder öffentlichrechtlichen Norm des schweizerischen (bundesrechtlichen oder kantonalen) Rechts* widerspricht.

Da eine unterschiedliche Behandlung des Kriteriums der Widerrechtlichkeit im Obligationen- und im Erbrecht nicht verständlich wäre, ist auch im Bereich der Verfü-

---

<sup>574</sup> Vgl. WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 125; WEGMANN, Berufspflichten, S. 63 f. – Vgl. insbesondere auch Art. 1 Abs. 5 der Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung, wo betont wird, dass in den Standesregeln geltende Regeln einer den guten Sitten entsprechenden Geschäftsführung verbindlich festgelegt sind. – Zur *communis opinio* vgl. oben S. 18.

<sup>575</sup> In diesem Sinne auch TAUPITZ, Standesordnungen, S. 1118 ff.; vgl. auch ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 952 ff. – Mit Recht weist OTT, *Ärztliches Berufsrecht*, S. 243, darauf hin, dass etwa die Richtlinien und Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) immer mehr auch von den Gerichten konsultiert werden, wenn es darum geht, bestimmte medizinische Rechtsfragen zu beantworten; vgl. ferner BRÜHWILER-FRÉSEY, *Behandlungsvertrag*, S. 12 m.w.H., wonach sich der Richter von den Standesregeln inspirieren lässt und nicht ohne triftige Gründe von ihnen abweicht.

<sup>576</sup> Vgl. dazu oben S. 33 ff.

gungen von Todes wegen der *Inhalt in einem weiten Sinne zu verstehen*. Demnach ist der Inhalt einer Verfügung von Todes wegen dann widerrechtlich, wenn das Verfügte (die Leistung an sich) oder die Errichtung mit dem entsprechenden Inhalt gegen objektives Recht verstösst. Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Erblasser mit der Verfügung einen rechtswidrigen Erfolg bezweckte oder einen solchen Erfolg wenigstens voraussah und billigte. Demgegenüber kann bloss um ihres Beweggrundes willen der Inhalt einer Verfügung von Todes wegen nicht als rechtswidrig gelten<sup>577</sup>.

Ob einer Norm *zwingender Charakter* beigemessen werden kann, ergibt sich entweder aus ihrem Wortlaut oder aus ihrer – auf dem Wege der Auslegung zu ermittelnden – ratio.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist einerseits die Erhebung der Ungültigkeitsklage kraft *Verstoss gegen zwingende objektive, privatrechtliche Bestimmungen* etwa erdenklich bei einseitiger erblasserischer Anordnung eines von Art. 18 Abs. 1 GestG abweichenden Gerichtsstandes<sup>578</sup> oder bei Nichtbeachtung des *numerus clausus* von möglichen Inhalten von Verfügungen von Todes wegen. Demgegenüber greift bei einer enterbenden Verfügung von Todes wegen eine besondere Art der Herabsetzungsklage Platz (vgl. Art. 479 ZGB), wenn der Grund der Enterbung nicht oder nicht den Anforderungen von Art. 477 ZGB entsprechend substantiiert ist<sup>579</sup>.

Widerrechtlichkeit kraft Verstosses gegen Privatrecht liegt auch dann vor, wenn *Anordnungen des Erblassers in Bezug auf die Erbteilung* im Widerspruch mit zwingenden Teilungsvorschriften stehen. Auf Grund ihrer ratio – Schutz der Gläubiger – werden von der Doktrin Art. 603 Abs. 1, Art. 609 Abs. 1 und Art. 639 ZGB als zwingend qualifiziert<sup>580</sup>. Widerrechtlich – kraft Verstoss gegen Art. 603 Abs. 1 ZGB – ist demnach gegebenenfalls die Anordnung des Erblassers, dass von den drei Erben A, B und C nur A für die Schulden des Erblassers haftbar sei. Der Klagegrund der Rechtswidrigkeit kann ferner erfüllt sein, wenn durch Anordnungen des Erblassers gesetzliche Teilungsbestimmungen, welche dem Schutz der Erben selbst dienen, derogiert werden. So ist es dem Erblasser verwehrt, bestimmte Erben von den in Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB statuierten Auskunftspflichten zu dispensieren<sup>581</sup>. Unzulässig wäre

---

<sup>577</sup> Vgl. BGE 73 II 15, 17 f.; ZK-ESCHER, Art. 519 N 5; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 52 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 90.

<sup>578</sup> Vgl. in Bezug auf den inzwischen aufgehobenen Art. 538 Abs. 2 ZGB BGE 81 II 495, 501. – Den Prozessparteien steht es aber offen, einvernehmlich ein von Art. 18 Abs. 1 GestG abweichendes Gericht zu prorogieren (vgl. Art. 9 Abs. 1 GestG). – Zur Qualifizierung als (quasi-) zwingender Gerichtsstand vgl. oben S. 45.

<sup>579</sup> Vgl. beispielsweise BK-WEIMAR, Art. 479 N 8 f.; ZGB-BESSENICH, Art. 479 N 3 und N 5; ungenau RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 53 f.; vgl. zum Klagegrund der Rechtswidrigkeit auch PIOTET, SPR IV/1, S. 90.

<sup>580</sup> Vgl. STEIN-WIGGER, Teilungsvorschriften, S. 1141 f.; SEEBERGER, Richterliche Erbteilung, S. 21 f.; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 607 ff. N 12. – Ein Verstoss gegen Art. 609 Abs. 1 ZGB (Anspruch der Gläubiger auf Mitwirkung der Behörde an der Teilung) soll nach PFAMMATTER, Teilungsvorschriften, S. 43 f., gar Nichtigkeit zur Folge haben; so wenn der Erblasser etwa anordnet, dass an der Teilung nur die Erben, nicht aber Dritte beteiligt sein dürfen.

<sup>581</sup> Gl.M. BK-TUOR/PICENONI, Art. 607 N 4. – Vgl. zu Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB die eingehende Darstellung von SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 44 ff. – Strittig ist dagegen, ob Art. 612a ZGB zwingender Charakter zukommt; in diesem Sinne die wohl herrschende Lehre und



demnach etwa die testamentarische Anordnung, dass von den drei Erben A, B und C nur A über die erhaltenen lebzeitigen Zuwendungen seitens des Erblassers auskunftspflichtig wäre.

Zwingende Teilungsvorschriften finden sich überdies im *bäuerlichen Bodenrecht*. So beinhaltet Art. 19 BGG<sup>582</sup> eine Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers hinsichtlich der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes zur Selbstbewirtschaftung bei mehreren übernahmewilligen und –fähigen Erben<sup>583</sup>. Widerrechtlichkeit ist ferner dann zu attestieren, wenn ein Erblasser beispielsweise verfügt, dass jeder der drei eingesetzten Erben A, B und C ein Drittel seines 60 Aren umfassenden bäuerlichen Betriebes erhalten soll. In diesem Fall liegt ein Verstoss gegen das Zerstückelungsverbot vor, welches besagt, dass landwirtschaftliche Grundstücke nicht in Teilstücke unter 25 Aren aufgeteilt werden dürfen (Art. 58 Abs. 2 BGG)<sup>584</sup>.

Andererseits etwa erscheint die Erhebung einer Ungültigkeitsklage kraft *Verstoss gegen zwingende objektive, öffentlichrechtliche Bestimmungen* sinnvoll bei Errichtung einer Stiftung, welche negationistische Bestrebungen – Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnende, gröblich verharmlosende oder rechtfertigende – unterstützt (vgl. Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB)<sup>585</sup> oder zum Beispiel beim Abschluss eines Erbvertrages mit einem Beamten zum Zwecke der Bestechung (vgl. Art. 288 StGB). Entsprechendes hat wohl zu gelten, wenn der Erblasser als Berufsgeheimnisträger mit seiner Verfügung von Todes wegen ein Geheimnis offenbart, welches ihm infolge seines Berufes anvertraut worden ist (vgl. Art. 321 StGB)<sup>586</sup>, wenn der Testator durch den Inhalt seiner Verfügung von Todes wegen eine Person in ihrer Ehre herabsetzt (vgl.

---

das Bundesgericht, vgl. nur ZGB-SCHAUFELBERGER, Art. 612a N 10; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 551 FN 25; BGE 119 II 323 ff.; a.M. DRUEY, Art. 612a ZGB, S. 127 f., und jüngst auch STEIN-WIGGER, Teilungsvorschriften, S. 1141 f.

<sup>582</sup> SR 211.412.11.

<sup>583</sup> Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 564 ff.; BGG-BANDLI, Art. 19 N 1 ff.

<sup>584</sup> Vgl. BGG-BANDLI, Art. 58 N 7 ff.; richtigerweise liegt hier ein Verstoss gegen zwingende öffentlich-rechtliche Bestimmungen vor, da sich Art. 58 BGG im 3. Titel des BGG findet, welcher „Öffentlichrechtliche Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken“ enthält. – In Bezug auf – den inzwischen aufgehobenen – Art. 616 ZGB erwägen PFAMMATTER, Teilungsvorschriften, S. 43, und RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 56, wohl nicht ganz zu Unrecht Nichtigkeit der Verfügung, da dem Grundbuchverwalter das zur Aktivlegitimation notwendige eigene erbrechtliche Interesse wohl nicht zuerkannt werden kann. – Zur Aktivlegitimation der Ungültigkeitsklage vgl. oben S. 57 ff.

<sup>585</sup> Vgl. dazu BGE vom 28. Januar 1999, 5C.140/1998, referiert in: AJP 1999, S. 882 ff., mit Bemerkungen von BREITSCHMID. – Nach hier vertretener Auffassung ist dieser Sachverhalt insbesondere auch im Lichte der Sittenkonformität zu prüfen, vgl. diesbezüglich die Ausführungen unten S. 126.

<sup>586</sup> Dazu folgendes denkbare Beispiel: Die beiden Segelfreunde A und B stehen auch in geschäftlichem Kontakt; A ist der Anwalt des Berufsmannes B, der wegen unsauberer Geschäfte in Schwierigkeiten ist. In einem Testament von 1990 setzt A den B als Erben für seine Segelyacht ein, als Dank, weil sie so schöne Segeltörns unternahmen. In einem neuen Testament im Jahre 2000 verfügt indes A, dass B nichts bekommen soll, da B – wie A von Berufs wegen weiss und in seiner Verfügung einlässlich darlegt – in unsaubere Geschäfte verwickelt ist. Dringt nun B mit seiner Ungültigkeitsklage (Rechtswidrigkeit wegen Verletzung des Berufsgeheimnis und ev. Ehrverletzung) erhält er kraft dem Testament von 1990 die Segelyacht. – In der strafrechtlichen Doktrin wird von namhaften Autoren gefordert, dass das Geheimnis über den Tod des Geheimnisträgers hinaus zu schützen sei; vgl. etwa KELLER, Berufsgeheimnis, S. 84 f.; TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 321 N 17 m.w.H.

Art. 173 ff. StGB)<sup>587</sup> oder wenn der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen Anordnungen trifft betreffend die Zuteilung ihm gehörender Betäubungsmittel oder Kunstschatze, deren Handel untersagt ist<sup>588</sup>.

## 2) *Sittenwidrigkeit*

### a) Allgemeines

Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bestimmt, dass eine Verfügung von Todes wegen, deren Inhalt unsittlich ist, auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt wird. Die Redaktion dieses erbrechtlichen Tatbestandes lässt im Gegensatz zur obligationenrechtlichen Parallelbestimmung (Art. 20 Abs. 1 OR) keinen Zweifel daran, dass sich die Sittenwidrigkeit jeweils *auf den Inhalt der Verfügung beziehen* muss.

Art. 7 ZGB erlaubt, für die Ausfüllung der Generalklausel der guten Sitten im Erbrecht auf die obligationenrechtlichen Ausführungen Bezug zu nehmen<sup>589</sup>. Auf Grund dieser Generalverweisung muss auch bei den Verfügungen von Todes wegen von einem *untechnisch-weiten Inhaltsbegriff* ausgegangen werden, welcher es erlaubt, gleichermassen den jeweiligen Zweck (und damit auch die Rahmenbedingungen der Errichtung) einer Verfügung von Todes wegen zu berücksichtigen. Die *Einbeziehung des Zwecks* einer Verfügung von Todes wegen in die Prüfung der inhaltlichen Sittenwidrigkeit entspricht denn auch der deutschen Rechtsprechung und Doktrin, wo betont wird, dass Inhalt und Zweck nicht antinomistisch gegenüberzustellen sind<sup>590</sup>. Infolge des grundsätzlich einseitigen Charakters der Verfügungen von Todes wegen kann es für die Erfassung des sittenwidrigen Zwecks einer Verfügung von Todes wegen durch Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht – wie bei den Rechtsgeschäften des OR – darauf ankommen, ob der Zweck „für beide Parteien einen Bestandteil des Vertragswillens bildete“<sup>591</sup>. Die Praxis des Bundesgerichts ist für die Anwendung des Sittenwidrigkeitskriteriums bei den Verfügungen von Todes wegen diesbezüglich zu modifizieren; ausgenommen bleibt indes der Fall eines entgeltlichen positiven Erbvertrages.

Nach der jüngsten Umschreibung des Bundesgerichts ist Sittenwidrigkeit *bei Verträgen* zu bejahen, welche gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen, wobei ein solcher Verstoss einerseits in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen kann, andererseits sich aber auch daraus ergeben kann, dass eine notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird<sup>592</sup>. Damit demgegenüber der Inhalt einer *Verfügung von*

---

<sup>587</sup> Ähnliches Beispiel wie in FN 586: A widerruft die Einsetzung des B, weil dieser angeblich einen polygamen Lebenswandel führt. B kann die Verfügung wegen Widerrechtlichkeit (kraft Ehrverletzung) anfechten.

<sup>588</sup> Vgl. auch die – teilweise sich überschneidenden – Beispiele bei RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 53 ff., und PIOTET, SPR IV/1, S. 90.

<sup>589</sup> Vgl. dazu oben S. 33 ff.

<sup>590</sup> Vgl. THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 93 f.; BGHZ 53, 369, 377.

<sup>591</sup> BK-KRAMER, Art. 19-20 N 176 m.w.H.

<sup>592</sup> Vgl. BGE 123 III 101, 102. – Zur Sittenwidrigkeit bei obligationenrechtlichen Rechtsgeschäften vgl. oben S. 112 ff.

*Todes wegen* als unsittlich qualifiziert werden kann, ist nach höchstrichterlicher Auffassung erforderlich, dass die darin vorgesehene Zuwendung als solche unsittlich ist, der Erblasser mit der Verfügung einen unsittlichen Erfolg bezweckte oder einen solchen Erfolg wenigstens voraussah und billigte. Indes kann bloss um ihres Beweggrundes willen der Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht als unsittlich gelten – womit aber nicht gesagt sein soll, dass die Beweggründe überhaupt ohne praktische Relevanz sind<sup>593</sup>. In einem jüngst ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht in Bezug auf die Sittenwidrigkeit eines Erbvertrages festgehalten, dass Sittenwidrigkeit zudem ausnahmsweise bei übermässiger Bindung in Betracht fallen kann; so etwa, wenn die Klägerin (als Gegenkontrahentin) sich der Willkür eines anderen ausliefert, ihre wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet wären<sup>594</sup>.

Die Beurteilung des Richters, ob eine erbrechtliche Verfügung gegen die guten Sitten verstösst, hat nach *Würdigung des Gesamtcharakters der Verfügung* zu erfolgen<sup>595</sup>. Denkbar ist, dass einzelne Verfügungsklauseln an sich nicht zu beanstanden sind, die Gesamtheit aller Anordnungen aber als sittenwidrig angesehen werden müssen. Umgekehrt ist es indessen auch möglich, dass nur eine bestimmte Anordnung sittenwidrig ist, währenddessen der Rest der Verfügung als zulässig angesehen werden kann. In Abweichung zum Obligationenrecht und in Anlehnung an die deutsche Praxis kommt die hiesige Rechtsprechung und herrschende Lehre bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen nicht ohne die *Berücksichtigung von subjektiven Begleitumständen* aus; dementsprechend erlangen regelmässig die mit der Verfügung verfolgten Zwecke oder die Motive (Beweggründe) des Erblassers praktische Relevanz. Für die Beurteilung, ob eine Verfügung von Todes wegen gegen die guten Sitten verstösst, müssen vom Richter folglich alle vorliegenden Umstände berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere beim Vorliegen bestimmter atypischer Sondertatbestände, zu denen hauptsächlich das sog. *Maîtressentestament* zu zählen ist<sup>596</sup>.

Da zwischen der Errichtung einer Verfügung, dem Erbgang und allenfalls auch dem Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung eine lange Zeitspanne vergehen kann, ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit entscheidend, von welchem *massgebenden Zeitpunkt* der Richter bei der Entscheidungsfindung auszugehen hat. In der fraglichen Periode können sich sowohl die tatsächlichen Verhältnisse als auch die herrschenden sittlichen Anschauungen dergestalt ändern, dass eine zunächst unproblematische Verfügung sittenwidrig oder eine zunächst sittenwidrige Verfügung später sittenkonform erscheint (sog. Relativität der guten Sitten). Von der schweizerischen Rechtsprechung wurde diese Frage bislang noch nicht explizite erörtert. Im Geltungsbereich des

---

<sup>593</sup> Vgl. BGE 93 II 161, 165; 85 II 378, 380 f.; 73 II 15, 17 f.; ZK-ESCHER, Art. 519 N 5.

<sup>594</sup> Vgl. BGE vom 25. Mai 2000, in: Pra 2000, S. 1040 ff. – Vgl. zu dieser Entscheid auch die Ausführungen oben S. 97.

<sup>595</sup> Vgl. etwa HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 16.

<sup>596</sup> Vgl. BGE 93 II 161, 165; 85 II 378, 382; 73 II 15, 18 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 90; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 5 ff.; zum deutschen Recht vgl. THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 90 ff., 126 f. und S. 165 ff.; MK-MAYER-MALY, § 138 N 111 ff. – Zum *Maîtressentestament* vgl. unten S. 120 ff.

Obligationenrechts ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend<sup>597</sup>. Für das Erbrecht will scheinen, dass diese Auffassung nicht unbesehen übernommen werden kann; einzig für den entgeltlichen positiven Erbvertrag mag diese Auffassung billig anmuten, ist sein Wesen dem eines obligationenrechtlichen Kontraktes doch sehr ähnlich<sup>598</sup>. Ansonsten kann m.E. ein naheliegender erbrechtsspezifischer Lösungsansatz im Grundsatz des „*favor testamenti*“ gefunden werden, mit der Folge, dass eine ursprünglich sittenkonforme, später aber sittenwidrige Verfügung als gültig betrachtet werden muss. Dieser Grundsatz soll auch im umgekehrten Fall Anwendung finden, zumal es stossend wäre, eine vom geltenden Recht gebilligte Verfügung wegen Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt ihrer Errichtung als ungültig zu betrachten. Hier mutet es m.E. als sinnvoll an, auf den Zeitpunkt des Erbgangs, bei einer nach dem Erbgang eintretenden Veränderung auf den Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung, abzustellen<sup>599</sup>.

## b) Fallgruppen

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass in der Schweiz die Anwendungsfälle, in denen die Sittenwidrigkeit des Inhalts einer Verfügung von Todes wegen erörtert wird, relativ selten sind. Die schweizerische Doktrin, namentlich vertreten durch HASENBÖHLER, differenziert zwischen Verfügungen, welche eine *Begünstigung familienfremder Personen* (nachfolgend *i.*) und solchen, welche eine *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung* (nachfolgend *ii.*) beinhalten<sup>600</sup>. In der vorliegenden Arbeit werden noch *weitere Anwendungsfälle* veranschaulicht (nachfolgend *iii.*).

### *i) Begünstigung familienfremder Personen*

Bei dieser ersten Gruppe kommt einem Sondertatbestand, dem sog. *Maîtressentestament*, besondere praktische Relevanz zu. Eine derartige Verfügung beinhaltet eine erbrechtliche Zuwendung eines verheirateten Erblassers an den Partner eines ehewidrigen Liebesverhältnisses. Es liegt nahe, in dieser Begünstigung eine Verletzung moralischer Pflichten gegenüber der Ehefrau zu erblicken und aus diesem Umstand die Sittenwidrigkeit herzuleiten. Die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung hat indes erkennen lassen, dass die alleinige Tatsache einer ausserehelichen Beziehung zwischen dem Erblasser und der bedachten Person das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht a priori rechtfertigt. Vielmehr gilt es, bei diesem Sondertatbestand den mit der Verfügung verfolgten *Zweck*, die *Motive* (Beweggründe) des Erblassers und die *Auswirkungen* der erbrechtlichen Verfügung zu untersuchen<sup>601</sup>.

<sup>597</sup> Vgl. diesbezüglich oben S. 113.

<sup>598</sup> Zum unentgeltlichen positiven Erbvertrag vgl. GRUNDLER, Willensmängel, S. 6 f.

<sup>599</sup> Vgl. zum Ganzen ZUFFEREY-WERRO, *Bonnes moeurs*, N 885; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 182; THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 154 ff.; LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, S. 783 f.; MK-MAYER-MALY, § 138 N 114; MEDICUS, *BGB AT*, N 692; BROX, *Erbrecht*, N 256; eingehend SCHMOKEL, *Massgeblicher Zeitpunkt*, S. 1 ff. – Zum Grundsatz des „*favor testamenti*“ vgl. auch BK-TUOR, *Vorbem. zu Art. 481 ff.* N 16.

<sup>600</sup> Vgl. HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 3 ff.

<sup>601</sup> Vgl. etwa BGE 117 II 239 ff.; BREITSCHMID, *Begünstigung*, S. 49 m.w.H.; HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 5. – Nach BGE 73 II 15, 17, kann allerdings bloss um ihres Beweggrundes willen der Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht als unsittlich gelten; vgl. dazu auch die

Die Prüfung einer angefochtenen Verfügung kann zur Ungültigkeit kraft sittenwidrigem Inhalt führen, wenn der Erblasser mit ihr den *Zweck* verfolgte, inskünftig auf die Entschlüsse des Bedachten Einfluss und Wirkung auszuüben. Dies ist nach der Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn der Erblasser bezweckte, den Bedachten zur Auflösung seiner Ehe oder zur Aufnahme oder Fortführung eines ehewidrigen Verhältnisses zu bestimmen oder wenn Ersterer auch nur damit rechnen musste und in Kauf nahm, dass die Verfügung diesen Erfolg haben oder zu diesem Erfolg beitragen wird. Die guten Sitten sind verletzt, wenn die Zuwendung das Verhalten des Zuwendungsempfängers zu beeinflussen vermag resp. wenn die Zuwendung dazu bestimmt ist, das ehebrecherische Verhalten zu fördern. Eine solche – kausale – Beeinflussung des Begünstigten kann indes nur dann vorliegen, wenn der Zuwendungsempfänger von der Verfügung und ihrem wesentlichen Inhalt vor oder auch erst nach ihrer Errichtung durch den Verfügenden Kenntnis erhalten hatte. Die Sittenwidrigkeit einer Zuwendung an die *Maîtresse* ist demzufolge nur dann zu bejahen, wenn der erbrechtlichen Begünstigung *pretium stupri*-Charakter zukommt<sup>602</sup>.

Erstrebt der Erblasser mit der Verfügung nicht die Beeinflussung des künftigen Verhaltens der *Maîtresse*, kann im Rahmen der Sittenkontrolle immerhin das *Motiv* für die Zuwendung relevant werden. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn für die erbrechtliche Berücksichtigung vergangene Ereignisse Anlass gewesen sind und der Begünstigung insofern Belohnungscharakter zukommt. Erfolgt die erbrechtliche Zuwendung als Belohnung für gewesene aussereheliche geschlechtliche Hingabe und liegt ihr insofern eine sexuelle Motivation zu Grunde, besteht eine weitgehende Parallele zu einer sittenwidrigen und damit nichtigen obligationenrechtlichen Vereinbarung auf sexuelle Hingabe gegen Entgelt (sog. *Dirnenvertrag*); eine solche Verfügung steht im Widerspruch zu den guten Sitten. Trotz gesellschaftlichem Wandel liegt nach der überwiegenden Meinung in diesem Fall auch heute immer noch ein Verstoß gegen die herrschende Sozialmoral und somit Sittenwidrigkeit vor<sup>603</sup>.

Findet sich das Motiv des Erblassers dagegen nicht in der Abgeltung sexueller Leistungen (liegt ihr somit keine sexuelle Motivation zu Grunde), sondern in erhaltener Pflege, Freundschaft, sorgsamem Betreuung, moralischer Unterstützung, Anerkennung mensch-

---

Erläuterungen oben S. 119.

<sup>602</sup> Vgl. BGE 109 II 15, 17; 93 II 161, 165; 85 II 378, 380 f.; 73 II 15, 17 f.; BREITSCHMID, *Begünstigung*, S. 50 f.; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 21; HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 5 f.; ZK-ESCHER, Art. 519 N 5; PIOTET, SPR IV/1, S. 90 f.; THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 218 f.

<sup>603</sup> Vgl. SCHWENZER, OR AT, N 32.28; OR-HUGUENIN, Art. 19/20 N 38; DRUEY, *Erbrecht*, § 12 N 35; PIOTET, SPR IV/1, S. 90; HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 6; THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 219 f.; BGE 111 II 295, 298, 301; 85 II 378, 381. – Ob der *Dirnenvertrag* zu Recht als unsittlich qualifiziert wird, mag hier offen bleiben; nach der hier vertretenen Auffassung mutet indes seltsam an, dass die *Dirne* unbekümmert darum, wie ihre Erwerbstätigkeit vom moralischen Standpunkt aus zu bewerten ist, nach ihrem Einkommen und Vermögen besteuert wird (vgl. etwa BGE 111 II 295, 300) – die Rechtsordnung setzt sich damit selbst in einen gewissen inneren Widerspruch. Diese Ungereimtheit ist allerdings für das *Maîtressentestament* nicht von Relevanz; verfügt der Erblasser etwa in einer letztwilligen Verfügung, dass die *Maîtresse* zur Abgeltung vergangener sexueller Dienstleistungen CHF 15'000.— erhält, untersteht dieser Betrag nicht der Einkommensteuer, sondern – wegen der Grundlage in der letztwilligen Verfügung – nur, aber immerhin, der Erbschaftssteuer.

lich-seelischer Verbundenheit oder dergleichen, so hält die Verfügung vor einer Sittenwidrigkeitsprüfung stand. Gleiches gilt grundsätzlich bei Begünstigungen auf Grund unentgeltlicher, beruflich erbrachter Dienste<sup>604</sup>, bei Kompensationsmotiven für erbrachte finanzielle oder ähnliche Opfer (wie etwa die Aufgabe eines anständigen Berufes), bei Motiven wie wirtschaftlicher Sicherstellung oder Versorgung einer nahestehenden Person etc.<sup>605</sup>.

BREITSCHMID vertritt diesbezüglich die Ansicht, dass entscheidend ist, „ob der Erblasser – ausgehend von seiner eigenen Lebensauffassung – ein nachvollziehbares Motiv zur Begünstigung hatte“<sup>606</sup> und stellt damit letztlich auf einen subjektiven Sittlichkeitsbegriff ab; nach dieser Auffassung hätte das Gericht vornehmlich auf Grund subjektiver Massstäbe zu entscheiden. Dieser Auffassung muss m.E. entgegengehalten werden, dass bei der Vornahme der Sittenwidrigkeitsprüfung die Anschauung und das Empfinden eines unbeteiligten Dritten nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden kann. Die guten Sitten stellen ein Kontrollkriterium dar, welches sich an objektiven, in der Bevölkerung vorherrschenden und somit landläufigen Wertvorstellungen orientiert. Zur Ausfüllung dieser Generalklausel wird u.a. abgestellt auf die herrschende Moral, das allgemeine Anstandsgefühl und die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe<sup>607</sup>. Subjektive Lebensauffassungen können demgemäss nicht für die Frage entscheidend sein, ob eine Verfügung von Todes wegen einen Verstoß gegen die guten Sitten beinhaltet oder nicht.

Erbrechtliche Verfügungen, denen ausschliesslich sexuelle Motive zu Grunde liegen, sind demnach auch dann als sittenwidrig zu betrachten, wenn nach der Lebensauffassung des Testators eine erbrechtliche Begünstigung auf Grund geleisteter sexueller Dienste durchaus nachvollziehbar und damit angebracht erscheint, etwa weil die Maitresse ihm auch noch in hohem Alter Lebensgenuss verschaffen konnte.

Sind in einer Verfügung von Todes wegen mehrere Motive verflochten (z.B. sowohl Belohnung der geschlechtlichen Hingabe als auch Entschädigung für die Haushaltsführung), gestaltet sich in der Praxis eine Entflechtung in sittenkonforme und sittenwidrige Motive als äusserst schwierig und wird in aller Regel nur selten durchführbar sein. Die Verfügung ist in diesem Falle grundsätzlich als gänzlich sittenwidrig und damit ungültig zu betrachten. Eine teilweise Aufrechterhaltung der Verfügung wäre freilich auf dem Wege der Konversion möglich, doch hat das Bundesgericht dieses Instrument im Erbrecht bisher nur sehr zurückhaltend angewendet<sup>608</sup>. Indes ist auch eine Entflechtung

---

<sup>604</sup> Zweifel sind m.E. aber dort angebracht, wo die erbrechtliche Zuwendung den Wert der erbrachten Dienstleistung (erheblich) übersteigt.

<sup>605</sup> Vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 90 f.; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 7; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 221 f.; BGE 85 II 378, 381 f.

<sup>606</sup> BREITSCHMID, Begünstigung, S. 50.

<sup>607</sup> Vgl. auch BGE 94 II 5, 16: „Pour juger si les dispositions pour cause de mort de Mgr V. sont contraires aux moeurs, le juge suisse doit donner une appréciation fondée sur les conceptions morales reçues au sein de la population du ressort où il siège“; für einen objektiven Sittlichkeitsbegriff auch HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 16 f.; VON TUHR/PETER, Obligationenrecht, S. 255 f. – Zum Begriff der Sittenwidrigkeit vgl. oben S. 111 ff.

<sup>608</sup> Vgl. in gleichem Sinne THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 221 m.w.H. – Zur Konversion im Erbrecht vgl. BGE 89 II 284 ff. (betr. einem gemeinschaftlichen [korrespektiven] Testament); BK-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 83 ff.

des Motivbündels nicht per se auszuschliessen<sup>609</sup>; sie mag beispielsweise – im wohl realitätsfernen Fall – Platz greifen, wenn der Erblasser ausdrücklich verfügt, dass er mit CHF 15'000.— die sexuellen Leistungen, mit CHF 5'000.— die anderen Dienstleistungen abgeltet. Nicht ausser Betracht zu lassen ist m.E., dass sowohl der Konversion als auch der Entflechtung der Motive durch den Richter die Gefahr nachträglicher Manipulation des Erblasserwillens inhärent ist, was zur Folge haben kann, dass letztlich Zuwendungen erfolgen, welche dem tatsächlichen ursprünglichen Erblasserwillen nicht oder nur teilweise entsprechen; die bundesgerichtliche Zurückhaltung bei der Anwendung der Konversion ist demnach grundsätzlich zu begrüssen.

Die Sittenwidrigkeit kann sich, wie einleitend aufgezeigt wurde, nicht nur auf Grund subjektiver Kriterien wie Zweck der Verfügung und Motiv des Erblassers, sondern auch auf Grund der objektiven *Auswirkungen* einer erbrechtlichen Verfügung ergeben. Die Doktrin übt bei Annahme dieses Kriteriums allerdings Zurückhaltung. So vermag der Umstand, dass infolge des Maîtressentestaments Familienangehörige in ihren ideellen Interessen herabgesetzt werden, nur dann Sittenwidrigkeit zu begründen, wenn die Beeinträchtigung derart intensiv ist, dass eine eigentliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte<sup>610</sup> vorliegt.

Darüber hinaus muss m.E. eine Verletzung der guten Sitten auch für den Fall bejaht werden, dass eine Verfügung des Erblassers die Familienangehörigen schikaniert, blossstellt oder in ihrer Würde erheblich verletzt. So bei einer ständigen (oder zumindest vermeidbaren) Konfrontation der Familienangehörigen mit der Maîtresse des Erblassers, z.B. bei einer Zuwendung eines Hauses sowohl an die Ehefrau als auch an die Maîtresse unter der Bedingung, dass beide darin zusammen wohnen müssen. Zu denken ist etwa auch an eine Verfügung, welche gebietet, dass ein Kind des Erblassers mit der Maîtresse in der hinterlassenen Zahnarztpraxis zusammenarbeiten sollte oder wenn die Maîtresse zugleich auch noch als Willensvollstreckerin des Erblassers fungiert. Gleiches hat zu gelten, wenn der Erblasser seiner Maîtresse Gegenstände, an welchen die Familienangehörigen emotionell gebunden sind (wie gegebenenfalls Familienschmuck, private Korrespondenz, Geschenke der Ehefrau zum Hochzeitstag etc.), zuwendet. In diesen Fällen muss m.E. grundsätzlich eine Verletzung der guten Sitten angenommen werden, wobei aber – je nach den Umständen des konkreten Falles – auch Ausnahmen denkbar sind – wie etwa dann, wenn für die Ehefrau der Familienschmuck gleichgültig ist und sie ihn ohnehin verkaufen wollte<sup>611</sup>.

Werden als Folge der Verfügung zu Gunsten der Maîtresse wirtschaftliche Interessen der Familienmitglieder beschnitten, ist die Doktrin m.E. zu Recht der Auffassung, dass keine Verletzung der guten Sitten vorliegen kann<sup>612</sup>. Zum einen gewährleistet – falls das

---

<sup>609</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Motiven die höchstrichterlichen Erwägungen in BGE 85 II 380, 381 f.; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 7.

<sup>610</sup> Wie bereits erörtert, geht die vorliegende Arbeit im Einklang mit der jüngeren Doktrin davon aus, dass die Sittenwidrigkeit auch den Verstoss gegen das Persönlichkeitsrecht beinhaltet; vgl. dazu oben S. 108 und S. 112 f.

<sup>611</sup> Vgl. diesbezüglich die zurückhaltendere Ansicht von HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 10 f., wonach in diesen Fällen – unter Vorbehalt besonderer Umstände – ein Sittenverstoss nur vorliegen *kann*; eingehend THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 231 ff.

<sup>612</sup> Vgl. THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 232 f. und S. 213 ff.; HASENBÖHLER, Sittenwidrige

Maîtressentestament eine Verletzung der Pflichtteile beinhaltet – die Herabsetzungsklage den erforderlichen Rechtsschutz. Bewegen sich zum anderen die Zuwendungen an die Maîtresse im Rahmen der verfügbaren Quote, muss dem Erblasser das Recht eingeräumt werden diesen Gestaltungsspielraum unabhängig davon auszuschöpfen, wer der Begünstigte sein soll; demnach kann nicht massgebend sein, ob eine gemeinnützige Institutionen oder die Maîtresse bedacht wird.

Letztlich ist der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass zur hier erörterten Gruppe der Begünstigung familienfremder Personen auch die *Zuwendungen an nichteheliche Kinder* gerechnet werden. Hintergrund dieser Begünstigungen ist in der Regel die Absicht des nichtehelichen Vaters, seine Kinder materiell zu versorgen. Unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit erscheinen solche Verfügungen grundsätzlich als bedenkenlos, es sei denn, es handle sich in Tat und Wahrheit um eine verschleierte Zuwendung, welche die Mutter, also die Maîtresse, für ihre sexuellen Dienste entlöhen soll<sup>613</sup>.

ii) *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung*

Die einschlägige Doktrin, namentlich vertreten durch HASENBÖHLER, rechnet dieser Kategorie ausschliesslich solche Tatbestände zu, bei denen der Erblasser durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen den Bedachten zu einem Verhalten bestimmen will, „das nach den guten Sitten der inneren Überzeugung des Einzelnen entspringen, nicht aber «kommerzialisiert» werden soll“<sup>614</sup>.

M.E. sollte aber die Kategorie der Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung in zwei Untergruppen aufgeteilt werden: Die erste besteht aus den soeben genannten Tatbeständen (der Erblasser beeinträchtigt den Bedachten durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen in der freien Willensentscheidung). Unter die zweite – und damit neue – Untergruppe werden solche Tatbestände subsumiert, in denen umgekehrt ein Dritter, namentlich eine Vertrauensperson, den Erblasser in seiner freien Willensentscheidung beeinträchtigt, damit dieser den Dritten mit erbrechtlichen Zuwendungen bedenkt.

Hinsichtlich der *ersten Untergruppe* ist charakteristisch, dass durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen der Erblasser den *Bedachten in seiner Willens- und Entscheidungsfreiheit einschränkt*, indem er ihn zu Verhaltensweisen verschiedenster Art verleitet. In der erbrechtlichen Praxis wird eine bestimmte Verhaltensweise des Begünstigten (ein bestimmtes Tun oder Unterlassen) in aller Regel durch die Stipulation von Auflagen erreicht. Da diese Arten von Anordnungen auf den Todesfall in der Systematik der vorliegenden Arbeit Gegenstand eines eigenen Abschnitts bilden („3. Rechtswidrige oder unsittliche Auflagen oder Bedingungen“), sei an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen<sup>615</sup> verwiesen.

---

Verfügungen, S. 213 ff.

<sup>613</sup> Vgl. HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 12; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 252 f.

<sup>614</sup> HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 12.

<sup>615</sup> Zu den rechtswidrigen oder unsittlichen Auflagen im Allgemeinen vgl. unten S. 127 ff. – Zur ersten Untergruppe (Beschränkung der Freiheitssphäre des Bedachten) im Besonderen vgl. unten S. 130 ff.



Unter die – neu geschaffene – *zweite Untergruppe* sind nach hier vertretener Auffassung demgegenüber solche Tatbestände zu subsumieren, denen eine *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch Handlungsweisen einer Vertrauensperson* zu Grunde liegen. Dies liegt namentlich dann vor, wenn eine *Vertrauensperson durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses* den Erblasser in seiner Willensfreiheit derart beeinträchtigt und beeinflusst, dass dieser die Person auf deren Veranlassung hin mit erbrechtlichen Zuwendungen begünstigt; ein solches Verhalten wird landläufig als „*Erbschleicherei*“ bezeichnet<sup>616</sup>. In der Konzeption der vorliegenden Arbeit bildet die Untersuchung, ob zum einen in der Schweiz Zuwendungen an Vertrauenspersonen, welche auf eine unlautere Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses zurückzuführen sind, de lege lata einen Klagegrund der Ungültigkeitsklage erfüllen und wie zum anderen de lege ferenda mit dem Phänomen der Erbschleicherei umgegangen werden soll, Gegenstand eines eigenen Abschnitts („Teil 3: Zuwendungen an Vertrauenspersonen im Lichte der Ungültigkeitsklage“); aus diesem Grunde sei an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen<sup>617</sup> verwiesen.

iii) *Weitere Anwendungsfälle*

Mit den nachfolgenden Ausführungen sollen weitere Tatbestände veranschaulicht werden, bei denen der Grenzbereich der guten Sitten zumindest tangiert wird. Im Einzelfall wird jedoch auf eine Untersuchung, ob eine Verfügung von Todes wegen tatsächlich einen Sittenverstoss beinhaltet, verzichtet. Diese möglichen Anwendungsfälle der Sittenwidrigkeit sind insbesondere in Deutschland von Rechtsprechung und Doktrin erörtert worden.

Wenn durch den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen *Grundrechte* von Begünstigten oder Dritten betroffen werden, stellt sich alsbald die Frage, ob sich die Wirkungen dieser Grundrechte auch auf die Beziehungen unter Privatpersonen erstrecken können; grundsätzlich besteht ihre Funktion ja darin, den Einzelnen in seiner Freiheitssphäre gegenüber Eingriffen des Staates zu schützen<sup>618</sup>. Angesprochen ist somit die Problematik der Horizontalwirkung der Grundrechte. In der schweizerischen Rechtsprechung und Doktrin wird heute beinahe durchwegs eine *indirekte Drittwirkung* der Grundrechte im Sinne des Gebots grundrechtskonformer Auslegung privatrechtlicher Normen anerkannt. Demnach strahlen die Grundrechte insbesondere über Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und andere Formen offener Normierung auf das Privatrecht aus<sup>619</sup>. Im Einklang damit bestimmt nun Art. 35 Abs. 3 BV<sup>620</sup>, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden, „soweit sie sich dazu eignen“.

---

– Zur Beeinträchtigung der Freiheit, resp. vormundschaftlicher Unterwerfung des Gegenkontrahenten durch erbvertragliche Absprachen über die künftige Verwendung des Erbes, vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2746.

<sup>616</sup> Vgl. diesbezüglich etwa KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 19; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 11 und Art. 469 N 13; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 52 f. FN 13; BGE 66 II 256 ff.; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 223; vgl. auch die „suspekten“ Sachverhalte in BGE 117 II 382 ff. (betreffend einem Rechtsanwalt, einem Vormund und einer Heimleiterin eines Pflegeheims) und ZR 1995, S. 282 f. (betreffend einem Vermögensberater).

<sup>617</sup> Vgl. unten S. 174 ff.

<sup>618</sup> Vgl. statt vieler HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 257.

<sup>619</sup> Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 281 ff.; MÜLLER, Elemente, S. 81 und

Auf Grund des Umstandes, dass die guten Sitten eine wertausfüllungsbedürftige Generalklausel darstellen, anerbietet sich nach der hier vertretenen Ansicht der Beizug der Grundrechte in nahezu idealer Weise zur Konkretisierung der guten Sitten-Klausel und somit auch zur Untersuchung der Frage, ob in gewissen Einzelfällen eine Verfügung von Todes wegen der Sittenwidrigkeitsprüfung standhält. Auf Grund dieser Überlegung sollte m.E. davon ausgegangen werden, dass eine Verletzung eines Grundrechts durch den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen den Klagegrund der Sittenwidrigkeit – und nicht den der Widerrechtlichkeit – erfüllt<sup>621</sup>.

Die jüngere bundesgerichtliche Praxis hat etwa gezeigt, dass eine Verfügung von Todes wegen die *Wissenschafts- und Forschungsfreiheit* tangieren kann; so, wenn der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung die Errichtung einer Stiftung zur Unterstützung negationistischer – Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnende, gröblich verharmlosende oder rechtfertigende – Bestrebungen anordnet<sup>622</sup>. Im Lichte der Sittenwidrigkeit – bzw. auch der Rechtswidrigkeit – ist demgegenüber die Errichtung einer Stiftung zur Förderung des Weltfriedens unbedenklich. Ein mutmasslicher Verstoß gegen die Grenzen der Rechtsordnung beurteilt sich richtigerweise nach der Frage, „ob der Stiftungszweck von der Forschungsfreiheit profitieren kann“<sup>623</sup>.

Sodann muss in Bezug auf *erbrechtliche Zuwendungen an gleichgeschlechtliche Partner* nach heutigem Verständnis unzweifelhaft gelten, dass der Umstand, dass eine Verfügung von Todes wegen auf eine homosexuelle Beziehung zurückzuführen ist, keine Sittenwidrigkeit zu begründen vermag; dies selbstverständlich unabhängig davon, ob es sich im konkreten Fall um eine männliche oder eine weibliche Homosexualität handelt. Die wachsende gesellschaftliche Toleranz gegenüber Homosexuellen ist keine spezifisch schweizerische Erscheinung, sondern kann auch im übrigen europäischen, aber auch im aussereuropäischen Ausland festgestellt werden. Dieser Umstand widerspiegelt sich denn auch in der aktuellen Tendenz des schweizerischen Gesetzgebers, der eine Verbesserung der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare anstrebt<sup>624</sup>. Will die

---

S. 84; grundlegend BGE 111 II 245 ff.; 120 V 312, 316.

<sup>620</sup> SR 101.

<sup>621</sup> Da indes beide Klagegründe in Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB normiert sind und die gleiche Rechtsfolge nach sich ziehen, erscheint letztlich die Frage, ob bei Verletzung eines Grundrechts tatsächlich Sittenwidrigkeit oder nicht doch Widerrechtlichkeit vorliegt, nur von dogmatischem Interesse. – Zur Charakterisierung der guten Sitten als wertausfüllungsbedürftige Generalklausel vgl. oben S. 111 ff. – Da in der deutschen Erbrechtsdoktrin überwiegend die Auffassung vertreten wird, dass die Grundrechte den Staatsbürger ausschliesslich vor hoheitlicher Gewalt schützen sollen, wird eine Berücksichtigung der verfassungsmässigen Ordnung im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung zumeist abgelehnt, vgl. etwa BROX, Erbrecht, N 257; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 773 f.; FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht, N 1.61. – Auf Grund der beinahe einhelligen Anerkennung der indirekten Drittwirkung der Grundrechte in der Schweiz erscheint dagegen nach der hier vertretenen Auffassung in der hiesigen Rechtsordnung eine abweichende Beurteilung angezeigt.

<sup>622</sup> Vgl. dazu BGE vom 28. Januar 1999, 5C.140/1998, referiert in: AJP 1999, S. 882 ff. mit Bemerkungen von BREITSCHMID. – Vgl. zu dieser Entscheidung auch oben S. 117.

<sup>623</sup> BREITSCHMID, Bemerkungen II, S. 885 m.w.H.

<sup>624</sup> Vgl. die fünf möglichen Lösungsansätze zur Verbesserung der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare in BERICHT BUNDESAMT, Gleichgeschlechtliche Paare, S. 54 ff.; zur parlamentarischen Initiative GROS über die Registrierung der zusammenlebenden Paare vom 30. November 1998 vgl. Aml. Bull. NR 1999, S. 1821 ff.

erbrechtliche Begünstigung des homosexuellen Partners aber ausschliesslich dessen geschlechtliche Hingabe remunerieren, muss m.E. – wie beim Mätressentestament – ein Verstoss gegen die herrschende Sozialmoral und somit Sittenwidrigkeit vorliegen<sup>625</sup>.

Die Sittenkonformität einer Verfügung von Todes wegen scheint überdies dann als fragwürdig, wenn in einem konkreten Fall eine *Ausnutzung der Todesnot des Erblassers* vorliegt. Auf solche Verfügungen bezog sich ausdrücklich – der inzwischen aufgehobene – § 48 Abs. 3 des deutschen Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938 (TestG). Rechtspolitischer Hintergrund dieser Norm war die Tatsache, „dass zuweilen Religionsdiener in Verkennung ihrer wahren Pflichten auf einen Erblasser eingewirkt hätten, um Zuwendungen zu Gunsten kirchlicher Einrichtungen zu erlangen“<sup>626</sup>. Denkbar ist aber auch, dass eine dem pflegebedürftigen und gebrechlichen Erblasser vermeintlich nahestehende Person eine Zuwendung erzwingen will mit der Drohung, ihn andernfalls zu verlassen oder sich selbst zu überlassen, sodass der Todeskampf ohne Beistand oder Hilfe durchgestanden werden muss.

### 3. *Rechtswidrige oder unsittliche Auflagen oder Bedingungen*

Im Sinne einer einleitenden *Abgrenzung* erscheint die Klarstellung angebracht, dass die *vexatorischen und unsinnigen Auflagen und Bedingungen* von den unsittlichen oder rechtswidrigen Auflagen oder Bedingungen zu differenzieren sind. Vexatorische (lästige) und unsinnige Auflagen und Bedingungen werden gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB als nicht vorhanden betrachtet, womit erhellt, dass in diesem Falle keine Erhebung der Ungültigkeitsklage notwendig ist. Solche Arten von Anordnungen auf den Todesfall gelten nach Ansicht der herrschenden Lehre als *nichtig*<sup>627</sup>.

Im übrigen tritt Nichtigkeit auch bei solchen Auflagen oder Bedingungen ein, welche nicht einen Erben oder Vermächtnisnehmer, sondern einen beliebigen *Dritten belasten*. Das Bundesgericht hat hierauf Bezug nehmend in BGE 81 II 22, 31, festgehalten, dass ein Willensvollstrecker nicht rechtsgültig mit einer Auflage belastet werden kann; dies ergibt sich aus dem Umstand, dass dem Willensvollstrecker am Nachlass keine eigenen Vermögensrechte, sondern nur gewisse Machtbefugnisse zustehen<sup>628</sup>.

#### a. *Allgemeines*

Wie aus Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erhellt, bezieht sich die Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit nicht nur auf den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen, sondern

---

<sup>625</sup> Vgl. THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 270 f. – Zum Mätressentestament vgl. oben S. 120 ff.

<sup>626</sup> THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 319; vgl. auch KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 111 f.

<sup>627</sup> Vgl. beispielsweise DRUEY, Erbrecht, § 12 N 67; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 42; UFFER-TOBLER, Auflage, S. 125; ohne rechtliche Qualifikation der Rechtsfolge BK-TUOR, Art. 482 N 32, ZK-ESCHER, Art. 482 N 36 und PIOTET, SPR IV/1, S. 99. – Entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 482 Abs. 2 und 3 ZGB vertritt MÜLLER, Auflage, S. 298 und S. 315, die m.E. abzulehnende Ansicht, dass auch bei vexatorischen oder unsinnigen Auflagen oder Bedingungen die Ungültigkeitsklage gem. Art. 519 ff. ZGB zu erheben sei.

<sup>628</sup> Vgl. dazu auch ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 47.

auch auf eine ihr angefügte Bedingung. Das Gesetz verweist damit auf Art. 482 ZGB, welcher allerdings nicht nur die *Bedingungen*, sondern auch die *Auflagen* umfasst. Wie schon klargestellt wurde, ist heute denn auch anerkannt, dass die Auflagen gleicherweise in den Anwendungsbereich von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB fallen<sup>629</sup>.

Art. 482 ZGB gestattet dem Erblasser, seinen Verfügungen von Todes wegen Auflagen oder Bedingungen anzufügen; deren Vollziehung kann jedermann verlangen, der an ihnen ein Interesse hat (Abs. 1). Sind die Auflagen oder Bedingungen indessen als unsittlich oder rechtswidrig zu qualifizieren, machen sie die Verfügung ungültig (Abs. 2). Als unbeachtlich gelten Auflagen oder Bedingungen, welche für andere Personen lästig oder unsinnig sind (Abs. 3).

Im erbrechtlichen Kontext wird durch die *Auflage* einem Erben oder Vermächtnisnehmer die Verpflichtung auferlegt, zu einem bestimmten Zwecke etwas zu tun oder zu unterlassen. Aus dieser Verpflichtung erwächst aber kein Forderungsrecht eines Berechtigten, sondern nur ein Klaganspruch auf Vollziehung. Unter *Bedingung* wird eine in einer Verfügung von Todes wegen enthaltene Bestimmung verstanden, dass die Rechtswirkung der Verfügung vom Eintritt eines künftigen, noch ungewissen Ereignisses abhängig sein soll. Welche Verfügungsart im Einzelfall vorliegt, ist durch *Auslegung* der Verfügung zu ermitteln. Eine Vermutung im einem oder andern Sinn ist nicht gegeben. Neben dem Gebrauch der Wendung „als“ spricht für eine Auflage auch der Umstand, dass eine Frist für die Erfüllung fehlt; die Verwendung der Formulierung „wenn“ wird in aller Regel als Bedingung interpretiert<sup>630</sup>.

Nach der Bestimmung von Art. 482 Abs. 2 ZGB machen unsittliche oder rechtswidrige Auflagen oder Bedingungen die Verfügung ungültig, sie infizieren mithin die ganze Verfügung. Diese Sanktion erscheint in Bezug auf die *Bedingungen* angebracht, ist für diese doch typisch, dass sie mit den Verfügungen von Todes wegen verschmelzen und dadurch eine untrennbare Einheit entsteht. Obendrein spricht auch der Wortlaut von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB für diese umfassende Rechtsfolge. Demgegenüber erhellt aus dem Begriff der *Auflage*, dass diese eine selbständige Verfügung darstellt, welche bei Rechts- oder Sittenwidrigkeit nicht notwendigerweise die ganze Verfügung, sondern nur sich selbst infiziert. Die in Art. 482 Abs. 2 ZGB statuierte Rechtsfolge der Ungültigkeit der ganzen Verfügung erscheint somit in Bezug auf die Auflage als wenig sachgerecht<sup>631</sup>. Die strikte Anwendung von Art. 482 Abs. 2 ZGB hätte beispielsweise die unverhältnismässige Folge, dass wegen einer in den Augen eines objektiven Dritten nebensächlichen, aber sittenwidrigen Auflage auch eine tiefgründige Anordnung deswegen wegfällt, weil sie mit einer Auflage gekoppelt ist („Bricht Herr A [Präsident des Stiftungsrates der Stiftung X] die Beziehung zu Frau B ab, gehen CHF 50 Mio. meines Vermögens an die Stiftung X zum Zwecke der Erforschung der Krebskrankheit“).

---

<sup>629</sup> Vgl. dazu oben S. 107.

<sup>630</sup> Vgl. statt vieler BGE 120 II 182, 184 f.; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 1; BK-TUOR, Art. 482 N 3 und N 6; ZK-ESCHER, Art. 482 N 1 und N 32; PIOTET, SPR IV/1, S. 98 und S. 147 ff.; DRUEY, Erbrecht, § 11 N 24 ff.

<sup>631</sup> So auch die Ansicht der herrschenden Lehre, vgl. nur BK-TUOR, Art. 482 N 25 und N 27; UFFERTOBLER, Auflage, S. 33 f.; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 19 f.

Um ein solch unbefriedigendes Resultat zu vermeiden, vertritt die heute herrschende Lehre im Anschluss an TUOR die Ansicht, dass die Ungültigkeit der Begünstigung nur dann Platz greifen soll, wenn sich aus der Auslegung der Verfügung von Todes wegen der Wille des Erblassers ergibt, dass er die Begünstigung ohne die *rechts- oder sittenwidrige Auflage* nicht belassen will. Art. 482 Abs. 2 ZGB ist demnach in Bezug auf die Auflagen als *blosse Vermutung* zu verstehen, welche eine *Umkehr der Beweislast* nach sich zieht<sup>632</sup>. In Bezug auf die Ermittlung des erblasserischen Willens fordert die jüngere Doktrin, dass dieser nicht notwendigerweise in der Verfügung von Todes wegen angedeutet sein muss; vielmehr soll es ausreichen, wenn er sich anhand externer Umstände ermitteln lässt<sup>633</sup>.

Zu erwägen ist in diesem Zusammenhang auch die Berufung des Ungültigkeitsklägers auf einen Willensmangel des Erblassers (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 ZGB). So kann ein Irrtum gegeben sein, wenn der Verfügende davon ausgegangen ist, dass die Auflage den Anforderungen von Recht und Sitten entspricht und er die Begünstigung bei Kenntnis der Ungültigkeit der Auflage aufrechterhalten hätte. Dem Ungültigkeitskläger, der eine unliebsame Auflage beseitigen möchte, steht ferner auch der Versuch offen, sich auf Art. 482 Abs. 3 ZGB zu berufen<sup>634</sup>.

Bestehen Anhaltspunkte für die Vermutung, dass der Erblasser bei Kenntnis der *Rechts- oder Sittenwidrigkeit einer Bedingung* die Aufrechterhaltung der Begünstigung gewollt hätte, sollten nach Ansicht der jüngeren Doktrin die obenstehenden Ausführungen entsprechend gelten, mit der Folge, dass nur die Bedingung, nicht aber die damit verknüpfte Begünstigung dahinfällt<sup>635</sup>.

Im Sinne einer *Stellungnahme* kann festgehalten werden, dass nach dem hier vertretenen Standpunkt der Auffassung der herrschenden Lehre – und auch der jüngeren Doktrin in Bezug auf Rechts- oder Sittenwidrigkeit einer Bedingung – vollumfänglich gefolgt werden kann; dies gilt auch in Bezug auf die Ermittlung des erblasserischen Willens anhand externer Umstände, befindet sich diese Ansicht doch im Einklang mit der grundsätzlichen Tendenz des Abbaus der Formstrenge im Erbrecht<sup>636</sup>. Demgegenüber ist die von RASCHEIN verfochtene starre, am Wortlaut des Gesetzes orientierte Lösung – wonach bei einer rechts- oder sittenwidrigen Auflage die ganze Verfügung ungültig werden soll – abzulehnen<sup>637</sup>. Sie erscheint als wenig sachgerecht und führt zu unverhältnismässigen Ergebnissen. Die unpraktikable Regelung des Gesetzes steht im Widerspruch zu den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs. Im Gegensatz dazu stellen sich die Lösungsansätze der herrschenden Lehre insbesondere deshalb als angebracht dar,

---

<sup>632</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 482 N 27-27b; ZK-ESCHER, Art. 482 N 30; PIOTET, SPR IV/1, S. 151; UFFER-TOBLER, Auflage, S. 119; MÜLLER, Auflage, S. 309; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 66.

<sup>633</sup> Vgl. insbesondere ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 34; in diesem Sinne wohl auch HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 20.

<sup>634</sup> Vgl. statt vieler UFFER-TOBLER, Auflage, S. 120 f. – Zu Art. 482 Abs. 3 ZGB vgl. oben S. 127.

<sup>635</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 12 N 66; PIOTET, SPR IV/1, S. 99; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 35.

<sup>636</sup> Positivrechtlich manifestiert hat sich diese Tendenz im neuen Art. 520a ZGB, der in Bezug auf die Datierung einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung den Beizug externer Elemente zulässt; vgl. DRUEY, Formerleichterung, S. 26; zur sog. Andeutungstheorie vgl. RASELLI, Wille des Erblassers, S. 1264 ff. – Zu Art. 520a ZGB vgl. unten S. 153 f.

<sup>637</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 57 f.

weil sie dem Grundanliegen entsprechen, den Erblasserwillen als originäres Gestaltungsprinzip erbrechtlicher Verfügungen möglichst zur Geltung gelangen zu lassen und damit auch dem Grundsatz des „favor testamenti“ gerecht werden.

#### *b. Anwendungsfälle in der Praxis*

Die anschliessende Darstellung einiger praxisrelevanter Anwendungsfälle kann selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, können doch im Rechtsalltag unendlich viele Erscheinungsformen von unsittlichen oder rechtswidrigen Auflagen oder Bedingungen zu Tage treten. Die anschliessende Betrachtung beschränkt sich demgemäss auf die Fälle der *Beschränkung der Freiheitssphäre des Bedachten* (nachfolgend 1.), die *privatorischen Klauseln* (nachfolgend 2.) und die *kaptatorischen Verfügungen* (nachfolgend 3.).

##### *1) Beschränkung der Freiheitssphäre des Bedachten*

Wie bereits erörtert wurde, kann die Rechts- oder Sittenwidrigkeit einer Verfügung von Todes wegen dann vorliegen, wenn der Inhalt der Verfügung zu einer Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung führt; in der vorliegenden Arbeit wurde diesbezüglich zwischen zwei Untergruppen differenziert<sup>638</sup>. Der hier zu erörternden ersten Untergruppe werden von der Doktrin solche Tatbestände zugerechnet, bei denen der Erblasser durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen den Bedachten zu einem Verhalten bestimmen will, „das nach den guten Sitten der inneren Überzeugung des Einzelnen entspringen, nicht aber «kommerzialisiert» werden soll“<sup>639</sup>.

Hinsichtlich dieser Tatbestände anerkennt die herrschende Doktrin, dass nicht per se jede Anordnung des Erblassers, mit welcher eine *Beschränkung der Freiheitssphäre des Bedachten* verknüpft ist, als unsittlich betrachtet werden kann. Das Kontrollkriterium der Sittenwidrigkeit will nur, aber immerhin, verhindern, dass Handlungen oder Entscheidungen, welche der inneren Überzeugung entspringen sollen, nicht durch erbrechtliche Verfügungen beeinflusst werden, welche – und das ist wegweisend – *auf den Begünstigten einen die guten Sitten verletzenden Druck ausüben*.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf „höchstpersönliche, der Freiheitssphäre des Einzelnen zugehörige und stark von ideellen Wertgesichtspunkten getragene Entscheidungen“<sup>640</sup>, welche in aller Regel die von der Rechtsordnung garantierten Freiheitsrechte betreffen. Zu nennen sind etwa die verschiedenen Schutzobjekte der Handels- und Gewerbefreiheit, die Religionsfreiheit, die verschiedenen Aspekte der persönlichen Freiheit, die Meinungsäusserungsfreiheit, die Ehefreiheit, die Vereins- und Versammlungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit. Obwohl die primäre und zentrale Aufgabe der Freiheitsrechte in ihrer Abwehrfunktion gegenüber dem Staat liegt, können diese auf Grund ihrer anerkannten indirekten Drittwirkung auch auf die Regelung privater

---

<sup>638</sup> Vgl. dazu oben S. 124 f.

<sup>639</sup> HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 12.

<sup>640</sup> HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 13. – Vgl. BK-TUOR, Art. 482 N 28 und N 28a; ZK-ESCHER, Art. 482 N 32a; PIOTET, SPR IV/1, S. 91; zum deutschen Recht eingehend THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 273 ff., mit weiteren Exempeln.

Rechtsverhältnisse ausstrahlen, insbesondere im Sinne einer Auslegungshilfe für den Richter<sup>641</sup>.

Zu denken ist beispielsweise an Verfügungen von Todes wegen, welche dem Begünstigten die erfolgreiche Weiterführung eines zur Nachlassmasse gehörenden Unternehmens verunmöglichen (sog. Knebelungstestamente); an die Verpflichtung, einem bestimmten Beruf nicht nachzugehen; an die Verpflichtung, die Konfessionszugehörigkeit zu ändern; an die Verpflichtung, wissenschaftliche Forschung zu unterlassen; an die Verpflichtung, sich nicht aus bestimmten Quellen zu informieren; an die Verpflichtung, eine bestimmte Person zu ehelichen; an die Verpflichtung, einer bestimmten politischen Partei beizutreten oder an die Verpflichtung, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen.

Die in den genannten Beispielen enthaltenen Beeinträchtigungen in der Ausübung der Freiheitsrechte vermögen aber nicht ohne weiteres die Rechts- oder Sittenwidrigkeit zu begründen. *Einschränkungen* gelten in zweifacher Hinsicht.

Zum einen liegt dann kein Sittenverstoss vor, wenn von der Zuwendung kein derart *verwerflicher Druck* auf die Willensfreiheit des Bedachten ausgegangen ist, dass dieser sich in eine eigentliche Zwangslage versetzt sah. Erforderlich ist vielmehr, dass ein durchschnittlich standhafter Bedachter in seiner Entschlussfreiheit dermassen massiv beeinträchtigt ist, dass es diesem praktisch unmöglich war, einen seiner eigentlichen inneren Überzeugung entsprechenden Willensentschluss zu treffen. Eine solch rigorose Beeinträchtigung liegt etwa dann vor, wenn der unbemittelte Begünstigte wirtschaftlich auf die Zuwendung angewiesen ist, nicht aber, wenn sie für den äusserst wohlhabenden Begünstigten bloss ein „Trinkgeld“ darstellt. Nicht von einer Zwangslage des Bedachten kann die Rede sein, wenn der Begünstigte ohnehin gewillt ist, den Wünschen des Erblassers nachzukommen, oder wenn er gänzlich indifferent ist; hier fehlt es an der erforderlichen Kausalität zwischen dem Inaussichtstellen der Vermögensvorteile und dem Verhalten des Bedachten<sup>642</sup>.

Zum anderen kann die Sittenwidrigkeit dann nicht bejaht werden, wenn im Einzelfall – trotz ausgeübtem Druck – die hinter der Anordnung stehende *subjektive Motivation* oder die damit *verfolgten Zwecke nicht anstössig* anmuten, sondern die Beeinträchtigung der Freiheitssphäre aus objektiv zu billigen Beweggründen oder Interessen erfolgt und insofern eine Art Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Doktrin nennt als Beispiel die nachvollziehbare Anordnung, dass der unheilbar kranke oder schwer belastete Bedachte keine Ehe eingeht. Gleiches hat für vom Erblasser aufgestellte Verbote zu gelten,

---

<sup>641</sup> Zur Drittwirkungsproblematik vgl. oben S. 125.

<sup>642</sup> Für den Fall der Indifferenz des Bedachten muss einschränkend beigefügt werden, dass ein Verstoss gegen die guten Sitten aber dann vorliegen kann, wenn die Verknüpfung zwischen Leistung des Erblassers und Gegenleistung des Bedachten von den herrschenden Wertvorstellungen nicht gebilligt werden kann; dabei ist in concreto jeweils nach dem tangierten Freiheitsrecht zu differenzieren. So wird etwa die Bestimmung des Willens durch erbrechtliche Zuwendungen eines in wirtschaftlichen Belangen Indifferenten als sittenkonform betrachtet, da die wirtschaftliche Betätigung ja gerade dem Gelderwerb dienen soll, währenddessen die Beeinflussung des Willens durch Gewährung ökonomischer Vorteile bei Indifferenz in religiösen Angelegenheiten einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellt, da Glaubensfragen nicht kommerzialisiert werden dürfen; vgl. zum Ganzen einlässlich THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 274 ff. – Vgl. auch HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 13 ff.; ZK-ESCHER, Art. 482 N 32a; BK-TUOR, Art. 482 N 28.

welche aus objektiv berechtigter Sorge um den Bedachten aufgestellt wurden, wie beispielsweise das Verbot jeglichen Alkohol- oder Tabakgenusses bei einem gesundheitlich besonders Gefährdeten oder bei einem nunmehr „trockenen“ Bedachten, wo schon beim Genuss kleinster Mengen Alkohol ein Rückfall droht. Unstatthaft wäre demgegenüber das mittels Auflage oder Bedingung generell stipulierte Verbot, Theater, Kinos, Sportveranstaltungen etc. zu besuchen. Illustrativ ist die Bedeutung der subjektiven Motive bei der Vidualitätsbedingung, also die dem Ehegatten gesetzte Bedingung, sich nicht wieder zu verhehelichen oder im Witwenstand zu verbleiben. Eine solche kann zulässig sein, wenn sie etwa aus Rücksicht auf das Wohl der Nachkommen erfolgt, nicht aber, wenn sie aus Eifersucht des Erblassers beigefügt wurde<sup>643</sup>.

Die freie Willensentscheidung kann auch dann tangiert sein, wenn Gegenstand einer erbrechtlichen Auflage der *Zwang zum Abschluss eines Vertrages* mit einem bestimmten Inhalt bildet. In der Literatur ist unbestritten, dass ein Erblasser beispielsweise anordnen darf, die Erben hätten in bestimmt umschriebener Weise für den Unterhalt seines Grabes zu sorgen oder seinen Diener zu übernehmen und ihn zu den bisherigen Anstellungs- und Lohnbedingungen weiter zu beschäftigen. Tangiert eine solche Auflage nur die wirtschaftliche Freiheit des Adressaten, ist zu eruieren, ob dies in einem Masse geschehe, dass dadurch das Recht der Persönlichkeit verletzt wird. Dies kann der Fall sein bei einem Verbot, eine vermachte Liegenschaft zu veräussern, weil durch eine solche Anordnung die wirtschaftliche Existenz des Bedachten bedroht werden könnte und der Bedachte keinerlei Vorteile aus der Verfügung genießt<sup>644</sup>. Das Bundesgericht hat in BGE 99 II 375 ff. festgehalten, dass keine Verletzung der Persönlichkeitsrechte und der individuellen Freiheit vorliegt bei einer Auflage, welche die gesetzlichen Erben lediglich verpflichtet, mit einem Dritten einen bestimmten Teilungsvertrag über einen im Nachlass befindlichen Anteil an einer ungeteilten Erbschaft abzuschliessen. Gleichermassen wurde die Auflage, die den Beschwerzten verpflichtet, eine nicht im Nachlass befindliche Sache einem Dritten zu übereignen, m.E. zu Recht als zulässig erachtet (sog. Verschaffungsaufgabe), zumal es dem belasteten Erben trotz der Auflage immer noch offen steht, das Erbe auszuschlagen oder die Herabsetzung zu verlangen. Die Auflage muss somit keinen Bezug zu Nachlassobjekten haben, wohl aber eine subjektive Beziehung zu den Erben oder Vermächtnisnehmern<sup>645</sup>.

## 2) *Privatorische Klauseln*

Solche Verwirkungsklauseln sind Bedingungen, mit welchen der Erblasser anordnet, dass bei Nichtbeachtung seines letzten Willens durch einen Begünstigten (beispielsweise bei Testamentsanfechtung) dieser keine Zuwendung oder – wenn es sich um einen gesetzlichen Erben handelt – nur den Pflichtteil erhalten soll. Der Erblasser perpetuiert

---

<sup>643</sup> Vgl. ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 38; HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 13 f.; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 298; in Bezug auf die Eheschliessung BK-TUOR, Art. 482 N 28a und RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 56 f.

<sup>644</sup> Vgl. BGE 99 II 375, 381; 87 II 355, 362 f.; BK-TUOR, Art. 482 N 6 und N 28a; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 39; UFFER-TOBLER, Auflage, S. 107 f. – Zu Veräusserungsbeschränkungen im Lichte des Pflichtteilsrechts vgl. DRUEY, Pflichtteil und Planung, S. 163 und S. 165 ff.

<sup>645</sup> Vgl. BGE 101 II 25, 29 f.; DRUEY, Erbrecht, § 11 N 29.



damit seine Anordnungen oder versucht, den Nachlass betreffende Rechtsstreitigkeiten im voraus zu verhindern<sup>646</sup>.

Eine privatorische Klausel ist rechtlich als *resolutive Potestativbedingung* zu qualifizieren, welche jedoch nicht unbeschränkt gültig ist. Die Verwirkungsklausel ist nur dann statthaft, wenn sie den Begünstigten nicht dafür sanktioniert, dass er ihm *gesetzlich zustehende Rechte wahrnimmt*. So hat das Bundesgericht in BGE 117 II 239, 245 f., ausgeführt, dass die privatorische Klausel dann keine Wirkung zu entfalten vermag, wenn die eine Verwirkungsklausel enthaltende Verfügung von Todes wegen auf Grund eines Formmangels mit Erfolg durch Ungültigkeitsklage angefochten worden ist resp. wenn der Erblasser die vom zwingenden Recht gesetzten Grenzen der Verfügungsfreiheit überschreitet. Gleiches gilt, wenn der Erblasser die Anfechtung einer Verfügung wegen *Rechts- oder Sittenwidrigkeit* ihres Inhaltes sanktionieren würde (vgl. Art. 482 Abs. 2 ZGB) und wohl auch dann, wenn der Begünstigte gegenüber einem Dritten (z.B. einer Bank) eine Klage auf Auskunftserteilung über lebzeitige Vorgänge und Verhältnisse rechtshängig machen würde<sup>647</sup>.

Einer privatorischen Klausel kommt damit dann keine Wirkung zu, wenn die Verfügung an sich oder die Klausel selbst erfolgreich angefochten wurde. Da indes der Begriff der guten Sitten als wertausfüllungsbedürftige Generalklausel<sup>648</sup> nicht einfach zu konkretisieren ist und sich somit für den Kläger, der sich auf diesen Ungültigkeitsgrund beruft, eine Prognose über den Ausgang des Prozesses äusserst schwierig gestaltet, erscheint es m.E. angebracht, dass es nicht nur auf den positiven Erfolg des Prozesses ankommen kann. Macht der Kläger ein Recht in *guten Treuen* gerichtlich geltend, mutet es als notwendig an, dass auch die berechtigte, aber letztlich erfolglose Anfechtung die Unwirksamkeit der Klausel nach sich zieht mit der Folge, dass in diesem Fall die vom Erblasser vorgesehene Sanktion nicht ausgelöst wird. Das erforderliche Anfechtungsinteresse ist dagegen dann zu verneinen, wenn der Prozess mutwillig angehoben und damit gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB) verstossen wird; diesfalls tritt die vom Erblasser stipulierte Sanktion ein<sup>649</sup>.

### 3) *Kaptatorische Verfügungen*

Kaptatorische Verfügungen sind bedingte Anordnungen von Todes wegen, welche bezwecken, dass der Bedachte seinerseits *den Verfügenden oder einen vom ihm bezeichnenden Dritten* bedenkt. Diese bedingte Verfügung ist in einem formell selbst-

---

<sup>646</sup> Vgl. beispielsweise NÜTZI, Privatorische Klausel, S. 195; BREITSCHMID, Zulässigkeit und Wirksamkeit, S. 109; BK-TUOR, Art. 482 N 29; ZK-ESCHER, Art. 482 N 33; PIOTET, SPR IV/1, S. 91.

<sup>647</sup> Vgl. auch BGE 89 II 437, 444; 85 II 378, 380; NÜTZI, Privatorische Klausel, S. 197; DRUEY, Pflichtteil und Planung, S. 167. – In Bezug auf die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen betont ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 40, dass nicht schon der Einspruch gem. Art. 559 ZGB, sondern erst die Erhebung der Ungültigkeitsklage gem. Art. 519 ff. ZGB ausreicht. – Zur Klage auf Auskunftserteilung vgl. BRÜCKNER, Klagen, N 90 ff.

<sup>648</sup> Vgl. dazu oben S. 111 ff.

<sup>649</sup> Hier – nicht aber beim Mätressentestament – erscheint m.E. ausnahmsweise ein subjektiver Sittlichkeitsbegriff (vgl. dazu S. 122) als angebracht; vgl. auch in diesem Sinne BREITSCHMID, Zulässigkeit und Wirksamkeit, S. 115 ff., insbesondere S. 123 f. mit FN 44, und jüngst auch DRUEY, Pflichtteil und Planung, S. 167.

ständigen Schriftstück enthalten, welches ausschliesslich den Willen des Verfügenden enthält. Verfügungen von Todes wegen, welche eine solche Bedingung beinhalten, sind nach Ansicht der herrschenden Lehre als rechtswirksam zu betrachten<sup>650</sup>.

Dieser Auffassung ist m.E. nicht widerspruchlos zu folgen. Nach hier vertretener Ansicht sind insbesondere die der Verfügung zu Grunde liegenden *wirtschaftlichen Faktoren zu beachten*, wie etwa der wertmässige Umfang der in Aussicht gestellten Begünstigung einerseits und die finanzielle Situation des Begünstigten andererseits. Bei einer genügend grossen Diskrepanz kann von der bedingten Verfügung faktisch ein derart intensiver und deshalb verwerflicher Druck auf die Willensfreiheit eines durchschnittlich standhaften Bedachten ausgehen, dass dieser sich in eine eigentliche Zwangslage versetzt sieht und es ihm dadurch unmöglich ist, unbeeinflusst zu verfügen. Befindet sich beispielsweise der Begünstigte in desolaten finanziellen Verhältnissen und erscheint er auf die in Aussicht gestellte generöse Begünstigung in existentieller Weise angewiesen, wird es ihm in einem solchen Falle regelmässig verwehrt sein, unbedrängt und frei von Einflüssen über seine – wenn auch nur bescheidenen – Vermögenswerte nach dem Ableben zu disponieren. Eine solche Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung stellt – wie schon ausgeführt wurde<sup>651</sup> – eine Kategorie erbrechtlicher Verfügungen dar, bei welcher Sittenwidrigkeit gegeben sein kann.

Von den kaptatorischen Verfügungen sind die *korrespektiven (gemeinschaftlichen) letztwilligen Verfügungen* abzugrenzen, bei denen zwei Verfügungen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Sind sie in einem einzigen Schriftstück, also formell in der gleichen Urkunde enthalten (*uno actu*), besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre Ungültigkeit wegen formellen oder inhaltlichen Mängeln, wobei bei Ersteren allerdings die Möglichkeit der Konversion in Betracht zu ziehen ist<sup>652</sup>.

### c. *Prozessuales*

In der jüngeren Lehre – namentlich vertreten durch STAEHELIN – wird die Auffassung vertreten, dass hinsichtlich der *Klagefrist* der Ungültigkeitsklage eine prozessuale Besonderheit bestehe; demnach soll bei rechts- oder sittenwidrigen Bedingungen, welche erst nach dem Erbgang eintreten, die Frist erst mit dem Eintritt der Bedingung beginnen<sup>653</sup>. Für diese Sonderbehandlung des mit der Bedingung belasteten Erben spricht m.E. kein sachlicher Grund. Es ist nicht einzusehen, weshalb es dem Belasteten nicht zuzumuten ist, wie andere Aktivlegitimierte (welche die Verfügung beispielsweise wegen mutmasslichem Willensmangel anfechten) das Rechtsmittel innert der gesetzlich vorgesehenen Frist (beginnend ab Kenntnis resp. Eröffnung der Verfügung) zu ergreifen, zumal schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht erwünscht sein kann, dass der

<sup>650</sup> Vgl. ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 41; BK-TUOR, Art. 482 N 29 i.V.m. Vorbem. zum Erbvertrag (vor Art. 494) N 15 f.; ZK-ESCHER, Einl. zum 14. Titel N 9; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 319.

<sup>651</sup> Vgl. oben S. 130 ff.

<sup>652</sup> Vgl. etwa BGE 89 II 284, 285 f.; 76 II 273, 278 f.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 63 ff.; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 5 ff.; PIOTET, SPR IV/1, S. 190 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 485 FN 9. – Zur Konversion vgl. oben S. 122 f.

<sup>653</sup> Vgl. ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 45 f. – Zur Klagefrist im Allgemeinen vgl. oben S. 45 ff.

zeitliche Rahmen der Anhebung der Ungültigkeitsklage von einer subjektiv-individuellen Anordnung des Erblassers resp. vom geltend gemachten Klagegrund abhängt. Verfügt der Erblasser, dass der Sohn das Picasso-Gemälde nur erhalten sollte, wenn er bis zum Ablauf des Jahres 2050 zehn Kinder gezeugt hat, ist nicht ersichtlich, weshalb der Kläger die Ungültigkeitsklage nicht schon anheben sollte, wenn er nach dem Ableben des Erblassers im Jahr 2000 anlässlich der Eröffnung der Verfügung von deren Inhalt Kenntnis erhält<sup>654</sup>; ein Zuwarten mit der Klage bis zum Eintritt der Bedingung erscheint m.E. nicht angebracht.

Im Falle einer Klage auf Vollziehung einer Auflage oder Bedingung (vgl. Art. 482 Abs. 1 ZGB) kann der Beklagte mittels der *Einrede* nach Art. 521 Abs. 3 ZGB die Rechts- oder Sittenwidrigkeit der Anordnung geltend machen. Ist die Klagefrist der Ungültigkeitsklage abgelaufen, darf der die Einrede erhebende Beklagte darauf vertrauen, dass Art. 482 Abs. 2 ZGB nicht mehr anwendbar ist, zumal diese Bestimmung nur mittels fristgerecht erhobener Ungültigkeitsklage geltend gemacht werden kann. Dies hat zur Folge, dass bei Ungültigkeit der Auflage oder Bedingung diese zwar wegfällt, nicht aber die (nunmehr unbelastete) Begünstigung an sich<sup>655</sup>. Die gegenteilige Ansicht zu vertreten hiesse, es dem Belasteten faktisch zu verunmöglichen, den rechtlichen Mangel der Anordnung geltend zu machen, da er wohl kaum in Kauf nehmen würde, auch der Begünstigung verlustig zu gehen. Zudem würde die Rechtsordnung widersprüchlicherweise dazu beitragen, einer von ihr selbst missbilligten Anordnung Geltung zu verschaffen, indem einem Interessierten – aus dem Grunde des Zeitablaufs – die Klage auf Vollziehung einer (rechtswidrigen oder unsittlichen) Auflage oder Bedingung offenstehen würde<sup>656</sup>.

Auch hinsichtlich der *Passivlegitimation* können sich Besonderheiten ergeben; so kann gegebenenfalls unklar sein, wer genau aus der ungültigen Verfügung zum Nachteil des Klägers Vorteile erbrechtlicher Art zieht. Geht aus der Anordnung die Bezeichnung des Destinatärs der Auflage oder Bedingung hervor, wird bei diesem die Passivlegitimation zu bejahen sein. Fehlt indes eine genaue Nennung des Begünstigten, gelten diejenigen als passivlegitimiert, welche nach Art. 481 Abs. 1 ZGB auf Grund eines vorhandenen tatsächlichen Interesses zur Klage auf Vollziehung der Auflage oder Bedingung aktivlegitimiert sind<sup>657</sup>.

#### **4. Beweisfragen**

Bezüglich der Frage der *Beweislast* gilt, dass – ausgehend von Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB – grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer rechtshindernden Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Im Falle der Ungültigkeitsklage obliegt somit dem Kläger der Nachweis, dass der Inhalt der Verfügung von Todes wegen oder eine ihr

---

<sup>654</sup> Kenntnis vom Inhalt der Verfügung erhält der Belastete in der Regel entweder durch Eröffnung (wenn er Erbe ist, vgl. Art. 557 ZGB) oder durch Mitteilung (wenn er Vermächtnisnehmer ist, vgl. Art. 558 ZGB). – Zur Bedeutung der Eröffnung und der Mitteilung für den Fristenlauf vgl. oben S. 47 und S. 49 f.

<sup>655</sup> So auch BK-TUOR, Art. 519 N 4; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 59 m.w.H.; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 46.

<sup>656</sup> In diesem Sinne aber MÜLLER, Auflage, S. 339, und UFFER-TOBLER, Auflage, S. 111.

<sup>657</sup> Vgl. UFFER-TOBLER, Auflage, S. 114; ZGB-STAEHELIN, Art. 482 N 45.

angefügte Auflage oder Bedingung die Kontrollkriterien der Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit verletzen und die Anordnung deshalb als ungültig zu betrachten ist. Demgegenüber hat der Beklagte die zu seinen Gunsten getroffenen Dispositionen des Erblassers zu beweisen<sup>658</sup>.

In der Doktrin wird – im Sinne einer Beweislasteichterung – anerkannt, dass auf Grund tatsächlicher (in der allgemeinen Lebenserfahrung liegenden) *Vermutungen* von gewissen Umständen, die selbst noch keine Sittenwidrigkeit ergeben, auf andere, die Sittenwidrigkeit indizierende Tatsachen geschlossen werden kann. Allerdings besteht gerade beim Mätressentestament keine dahingehende Vermutung, dass die Zuwendungen an die Geliebte auf Grund eines ehebrecherischen Verhältnisses hauptsächlich sexuell motiviert sind<sup>659</sup>. Das Bundesgericht hatte sich in BGE 94 II 5 ff. mit dieser Problematik zu befassen; der Entscheid betraf die Einsetzung einer Haushälterin als Alleinerbin durch einen 81-jährigen griechisch-orthodoxen Geistlichen, da sie ihm während 50 Jahren den Haushalt geführt und ihn in seinem Amt unterstützt hat. Die Klägerin – eine Nichte des Erblassers – verfocht die Auffassung, dass die Alleinerbin die Konkubine des Erblassers gewesen sei. Bezüglich der hier interessierenden Beweisproblematik machte die Anfechtende geltend, die Vorinstanz habe die bundesrechtliche Beweislastregel verletzt, wonach im Scheidungs- oder Vaterschaftsprozess der Ehebruch oder die Beiwohnung nicht unmittelbar nachgewiesen werden muss, sondern der Beweis von Tatsachen genügt, die nach der Lebenserfahrung die dringende Vermutung (*violenta praesumptio*), eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Geschlechtsverkehrs begründen<sup>660</sup>. Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht den Einwand der Klägerin – welcher im Ergebnis bedeutete, dass im vorliegenden Ungültigkeitsprozess eine Beweislastregel aus dem Familienrecht (entsprechend) anzuwenden sei – nicht glattweg verworfen hat. Nach einer eingehenden Prüfung der angerufenen Tatsachen im Lichte dieser Beweislastregel kam das Bundesgericht dennoch zum Ergebnis, dass sich aus den von der Klägerin präsentierten Tatsachen keine dringende Vermutung des Konkubinats ergebe.

Wie bereits skizziert wurde, soll gegebenenfalls für die *unsittlichen oder rechtswidrigen Auflagen und Bedingungen* eine *Umkehr der Beweislast* Platz greifen, da Art. 482 Abs. 2 ZGB in Bezug auf die Auflagen nach hier vertretener Auffassung und auch nach Ansicht der herrschenden Lehre als blosser Vermutung zu verstehen ist; die Ungültigkeit der Begünstigung soll demnach nur dann Platz greifen, wenn sich aus der Auslegung der Verfügung von Todes wegen der Wille des Erblassers ergibt, dass er die Begünstigung ohne die rechts- oder sittenwidrige Auflage oder Bedingung nicht belassen will<sup>661</sup>.

Auf Grund vorstehender Ausführungen will scheinen, dass es infolge des in schweizerischen Praxis und Doktrin geltenden strengen Massstabes an den Beweis der Sittenwidrigkeit<sup>662</sup> für den Kläger ein schwieriges Unterfangen ist, einen Ungültigkeitsprozess

---

<sup>658</sup> Vgl. etwa HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 19.

<sup>659</sup> Vgl. HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 19 i.V.m. S. 7 f.; THIELMANN, Sittenwidrige Verfügungen, S. 152 f. und S. 168 ff.

<sup>660</sup> Vgl. BGE 94 II 5, 12 f.

<sup>661</sup> Zur Beweislastumkehr bei Vorliegen einer rechtswidrigen oder unsittlichen Auflage vgl. oben S. 129 f.

<sup>662</sup> Teilweise wird gar ein „klarer Nachweis“ gefordert, vgl. HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen,

gestützt auf den Klagegrund der Sittenwidrigkeit erfolgreich zu Ende zu führen. Die *Messlatte an die Erbringung des Beweises* darf m.E. aber nicht allzu hoch angesetzt werden. Vielmehr muss auch der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Nachweis der Sittenwidrigkeit regelmässig schwierig zu erbringen ist. Dies gilt insbesondere dort, wo zum einen Gegebenheiten thematisiert werden, welche in aller Regel der Kenntnisnahme durch einen Dritten oder der Öffentlichkeit entzogen sind (was regelmässig bei der sittenwidrigen Beeinflussung des Willens des Erblassers durch einen Dritten der Fall sein wird<sup>663</sup>), oder wo zum anderen subjektive Begleitumstände, wie die mit der Verfügung verfolgten Zwecke oder Motive des Erblassers, entscheidungsrelevant sind. Gleiches hat etwa zu gelten, wenn die Darlegung der im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung vorherrschenden Moralvorstellungen erforderlich ist.

## D. Formmängel

### 1. Allgemeines

Auf Grund des Faktums, dass zum einen die in der vorliegenden Arbeit besonders zu berücksichtigenden „Zuwendungen an Vertrauenspersonen“ vorrangig Fragen hinsichtlich des erblasserischen Willens sowie der Rechts- und Sittenwidrigkeit aufwerfen und dass zum anderen die Formmängel bei Verfügungen von Todes wegen schon eingehend wissenschaftlich bearbeitet wurden, wird im Rahmen dieser Arbeit auf eine erneute und vertiefte Abhandlung dieses Klagegrundes verzichtet. Demgemäss würde an dieser Stelle eine ausführliche Erörterung der bei den Verfügungen von Todes wegen geltenden Formvorschriften zu weit führen und zudem den Umfang der vorliegenden Arbeit zweifellos sprengen. Der Vollständigkeit halber kann dennoch nicht auf eine gänzliche Erörterung der Formmängel verzichtet werden, jedoch beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die grundlegenden Erfordernisse und die damit verbundenen Rechtsfragen. Hinsichtlich der Formvorschriften sei an dieser Stelle insbesondere auf die einschlägige Dissertation von BREITSCHMID verwiesen<sup>664</sup>.

Im Sinne einer Gegenüberstellung werden einleitend die Prinzipien und Rechtsfolgen der Formmängel *im Obligationenrecht* dargestellt (nachfolgend 2.), im Anschluss daran findet sich die Erörterung der *erbrechtlichen* Anforderungen an Formen der Verfügungen von Todes wegen (nachfolgend 3.), wobei diese – getrennt nach Verfügungsart – in Anlehnung an den Gesetzesaufbau behandelt werden. Hiernach folgen Überlegungen zu *Beweisfragen* (nachfolgend 4.).

---

S. 8 und S. 12.

<sup>663</sup> Zu den Beweisproblemen des Klägers bei der Erbschleicherei vgl. auch unten S. 193. – In Bezug auf den Klagegrund der Verfügungsunfähigkeit (kraft Suggestion) und die entsprechende begrüssenswerte Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. oben S. 75.

<sup>664</sup> Vgl. BREITSCHMID PETER, Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata – rechtsvergleichend – de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments, Diss. Zürich 1982; vgl. auch COTTIER JEAN-PIERRE HENRI, Le testament olographe en droit suisse, Diss. Lausanne 1960.

## 2. *Im Obligationenrecht*

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich vorschreibt. Den Parteien steht es gemäss Art. 16 OR allerdings offen, die Anwendung einer bestimmten Form zu vereinbaren. Im Obligationenrecht gilt somit das *Prinzip der Formfreiheit*, mit der Folge, dass Verträge grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre Form gültig sind, sofern die Parteien gegenseitig übereinstimmende Willenserklärungen ausgetauscht haben. Um den Grundsatz der Formfreiheit weitestmöglichst zu gewährleisten, sind nach höchstrichterlicher Auffassung Formvorschriften grundsätzlich eng auszulegen<sup>665</sup>.

In Bezug auf die *Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung gesetzlicher Formvorschriften* bestimmt Art. 11 Abs. 2 OR, dass das mit einem Formmangel behaftete Rechtsgeschäft ungültig ist, es sei denn, das Gesetz ordne im Einzelfall etwas anderes an. Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts qualifiziert die Formungültigkeit als absolute *Nichtigkeit*, welche vom Gericht von Amtes wegen zu beachten ist, und auf welche sich auch am Vertrag nicht beteiligte Dritte berufen können.

Diese Rechtsfolge gilt indes nicht absolut, vielmehr lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Abschwächung durch das *Rechtsmissbrauchsverbot* zu. Formnichtigkeit greift demnach nur dann Platz, wenn die Berücksichtigung des Formmangels nicht gegen Treu und Glauben verstösst und die Berufung darauf nicht rechtsmissbräuchlich ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Rechtsmissbrauch liegt etwa bei einer beiderseitigen, freiwilligen und irrtumsfreien Erfüllung des Vertrages vor, wo eine Rückabwicklung regelmässig als stossend betrachtet werden muss<sup>666</sup>. Die jüngere Doktrin steht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überwiegend ablehnend gegenüber; die Formungültigkeit wird von ihr mehrheitlich als relative Nichtigkeit oder als ein unvollkommenes Schuldverhältnis verstanden<sup>667</sup>.

## 3. *Im Erbrecht*

### a. *Allgemeines*

Im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften des Obligationenrechts dominiert bei den Verfügungen von Todes wegen das *Prinzip der Formgebundenheit*. Verfügungen von Todes wegen sind keine alltäglichen Geschäfte, sondern es wird ihnen eine besondere Bedeutung beigemessen.

Die Beachtung gesetzlicher Formvorschriften drängt sich insbesondere deshalb auf, weil im Zeitpunkt, in welchem sie in Kraft erwachsen, der Errichtende naturgemäss nicht mehr zu seinen Auffassungen und Absichten angehört werden kann. Vielmehr können seit dem Datum der Errichtung und dem Zeitpunkt, in welchem sich die Verfügung aktualisiert, mehrere Jahre oder gar Jahrzehnte vergehen. Ferner gilt es nach hier

---

<sup>665</sup> Vgl. statt vieler BGE 113 II 402, 404 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 490 ff.; SCHWENZER, OR AT, N 31.01 ff.

<sup>666</sup> Vgl. BGE 116 II 700, 702; 112 II 330, 334, 336; 112 II 107, 111; 106 II 146, 151; OR-SCHWENZER, Art. 11 N 16 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 547 ff.

<sup>667</sup> Vgl. die Übersicht bei SCHWENZER, OR AT, N 31.35 ff. m.w.H.

vertreter Auffassung zu beachten, dass mit Verfügungen von Todes wegen teilweise über Vermögenswerte von ansehnlicher Grössenordnung disponiert wird<sup>668</sup>. Der Erblasser soll durch die Beachtung der Formvorschriften überdies gezwungen werden, seinen Entschluss überlegt zu fassen (sog. Übereilungsschutz) und klar zu formulieren. Nicht zuletzt dienen Formvorschriften auch der Unterscheidung von Verfügungen von Todes wegen gegenüber blossen Entwürfen oder Notizen und erleichtern den Beweis in Bezug auf die Kundgebung und den Inhalt des genauen erblasserischen Willens<sup>669</sup>. Aus diesen Gründen erscheint es unerlässlich, dass die authentische und ernstliche Willensäusserung des Erblassers in gesetzlicher Form gesichert und übermittelt wird.

Indessen ist nach Auffassung von Rechtsprechung und Lehre der Grundsatz des „*favor testamenti*“ nicht nur auf den materiellen Verfügungsgehalt, sondern – soweit die Rechts- und Verkehrssicherheit dies gestattet – auch auf die Verfügungsformen anzuwenden; es ist demnach davon auszugehen, dass *Formvorschriften* gemäss Art. 11 OR aufgrund von Art. 7 ZGB auch im Bereich erbrechtlicher Verfügungen *restriktiv zu interpretieren* sind<sup>670</sup>.

Das Erbrecht widmet sich in den Art. 520 und 520a ZGB in formeller Hinsicht den mit einem Formmangel behafteten Verfügungen von Todes wegen. In materieller Hinsicht sind bezüglich der *letztwilligen Verfügungen* (nachfolgend *b.*) die Art. 498-508 ZGB, bezüglich dem *Erbvertrag* (nachfolgend *c.*) der Art. 512 ZGB massgebend.

In Bezug auf die *Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung gesetzlicher Formvorschriften* bestimmt Art. 520 Abs. 1 ZGB, dass die an einem Formmangel leidende Verfügung auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt wird. Das Gesetz geht folglich von der Vermutung aus, dass die Verfügungen von Todes grundsätzlich gültig sind. Unterbleibt die Ergreifung des Rechtsmittels, erlangt auch eine formell mangelhafte Verfügung von Todes wegen volle Gültigkeit (Grundsatz des „*favor testamenti*“). Neu geschaffen und in Kraft seit dem 1. Januar 1996 ist Art. 520a ZGB, der eine Milderung der Formstrenge hinsichtlich des Datums beim eigenhändigen Testament enthält; diese Revision beinhaltete auch eine Anpassung des Art. 505 Abs. 1 ZGB<sup>671</sup>.

#### *b. Letztwillige Verfügung*

Wie aus Art. 498 ZGB ersichtlich, besteht im Testamentsrecht hinsichtlich der möglichen Verfügungsformen ein *numerus clausus*. Das Gesetz statuiert, dass der Erblasser seine letztwillige Verfügung alternativ in der Form der *öffentlichen Verfügung* (nachfolgend 1.), der *eigenhändigen Verfügung* (nachfolgend 2.) oder – bei Vorliegen gewisser ausserordentlicher Umstände – der *mündlichen Verfügung* (nachfolgend 3.) verfassen kann.

---

<sup>668</sup> Vgl. in diesem Sinne auch ZGB-BREITSCHMID, Art. 498 N 5.

<sup>669</sup> Vgl. etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 482 f.; BREITSCHMID, Formprobleme, S. 57; PIOTET, SPR IV/1, S. 222 f.; BGE 63 II 359, 361.

<sup>670</sup> Vgl. BGE 118 II 273, 276; 116 II 117, 127; 112 II 23, 25; 101 II 31, 34 f.; 98 II 73, 84 f.; 89 II 185, 191; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 186 ff.; HASENBÖHLER, Formelemente, S. 171; DRUEY, Formerleichterung, S. 22 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 34 f. – Vgl. dazu auch oben S. 35.

<sup>671</sup> Vgl. dazu unten S. 146 f. und S. 151 ff.

## 1) Öffentliche Verfügung

### a) Allgemeines

Die öffentliche Verfügung charakterisiert sich dadurch, dass der Erblasser einer Person mit öffentlicher Funktion (freiberuflicher Notar oder Anwalt resp. Beamter) seinen letzten Willen mitteilt und durch diese seine letztwillige Verfügung errichten lässt. Diese Verfügung von Todes wegen stellt eine *öffentliche Urkunde* i.S.v. Art. 9 ZGB dar.

Das Beurkundungsverfahren wird grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt (vgl. Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). Im Bereich der öffentlichen Verfügungen von Todes wegen enthält allerdings das Bundesrecht ausführliche Bestimmungen über die Beurkundung. Diese sind zwingender Natur, womit es den Kantonen verwehrt ist, das Beurkundungsverfahren abweichend zu regeln. In konstanter Rechtsprechung hat das Bundesgericht die *bundesrechtlichen Formbestimmungen* (unter Einbezug des ungeschriebenen Bundesrechts) als abschliessende *Gültigkeitsvorschriften* und nicht nur als solche, welche der blossen Ordnung dienen, angesehen. Enthält die bundesrechtliche Regelung allerdings Lücken, sind diese durch das kantonale Beurkundungsrecht zu füllen. Die kantonalen Normen werden hingegen lediglich als Ordnungsvorschriften qualifiziert, mit der Folge, dass Verstösse gegen solche Bestimmungen keinen Klagegrund i.S.v. Art. 520 ZGB darstellen<sup>672</sup>.

Hinsichtlich der Frage von *Formerleichterungen bei der öffentlichen Verfügung* gilt namentlich BREITSCHMID als Verfechter einer gewissen Lockerung; er postuliert, dass sämtliche bei der eigenhändigen Verfügung diskutierten Formerleichterungen mutatis mutandis auch bei der öffentlichen Verfügung anwendbar sein sollten, insbesondere die Anforderungen an Vollständigkeit und Richtigkeit des Datums und der Stellung der Unterschrift<sup>673</sup>. Aus den bei der eigenhändigen Verfügung dargelegten Überlegungen verdient die Forderung BREITSCHMIDS – insbesondere in Bezug auf das Erfordernis des Datums – nach hier vertretener Ansicht weitgehend Unterstützung<sup>674</sup>.

Das Gesetz trifft in Bezug auf die Errichtungsform einer öffentlichen letztwilligen Verfügung eine Differenzierung danach, ob der Erblasser unterzeichnungsfähig ist (*Hauptform*, Art. 500 und 501 ZGB [nachfolgend *b.*]) oder nicht (*Nebenform*, Art. 502 ZGB [nachfolgend *c.*]). Je nach anzuwendender Form variiert die Tätigkeit der Urkundsperson, die Zeugenpräsenz in zeitlicher Hinsicht und damit auch die Kenntnis derselben vom Inhalt der Urkunde. Art. 503 ZGB enthält eine Regelung über die *mitwirkenden Personen* (nachfolgend *d.*).

---

<sup>672</sup> Vgl. BGE 118 II 273, 276; 112 II 23, 23 f.; 76 II 273, 277; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2396; BK-TUOR, Art. 499 N 8 ff.; vgl. auch Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB, welcher auf den ordnenden Charakter der kantonalen Vorschriften (in Bezug auf die Errichtung in fremder Sprache) hinweist.

<sup>673</sup> Vgl. in diesem Sinne BREITSCHMID, Formprobleme, S. 59. – Zu den Formerfordernissen der eigenhändigen letztwilligen Verfügung vgl. unten S. 146 ff.

<sup>674</sup> Vgl. die Ausführungen oben S. 151 f.



## b) Hauptform

Die Hauptform zeichnet sich im Gegensatz zur Nebenform durch das *Selbstlesungsverfahren* aus, welches voraussetzt, dass der Erblasser fähig ist, die Urkunde zu lesen und zu unterzeichnen<sup>675</sup>.

In einem sog. *Vorverfahren* hat der Erblasser nach Art. 500 Abs. 1 ZGB der Urkundsperson seinen *Willen mitzuteilen*, worauf dieser die Urkunde aufsetzt oder aufsetzen lässt. Auf Grund des Umstandes, dass sich das Bundesrecht diesbezüglich über die Einhaltung einer bestimmten Form ausschweigt, bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts weder einer mündlichen noch einer persönlichen Willensmitteilung. Nicht nur die Willenskundgabe selbst, auch die Formulierung des Mitteilungstextes kann einem Dritten übertragen werden. Desgleichen ist eine schriftliche Benachrichtigung der Urkundsperson durch den Erblasser zulässig. Eine Rechtsbelehrung oder -beratung durch die Urkundsperson stellt keine bundesrechtliche Pflicht dar und gehört demnach nicht zu den Gültigkeitsvoraussetzungen<sup>676</sup>.

Die *Aufsetzung des Urkundstextes* ist Sache der Urkundsperson oder einer von ihr mandatierten Person. Nicht zu beanstanden ist auch die Verwendung eines der Urkundsperson vorgelegten Textes, den der Erblasser selbst oder ein Vertrauensmann erstellt hat und der nach Ansicht der Urkundsperson weder abgeändert noch umformuliert werden muss. Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Urkundsperson mit der ihr obliegenden Sorgfalt den Text mit dem Willen des Erblassers überprüft. Der Urkundstext ist grundsätzlich mit Schreibmaschine oder Textautomat zu schreiben, zulässig ist aber die handschriftliche Herstellung des ganzen Textes, sei es durch die Urkundsperson, den Erblasser oder durch einen Dritten<sup>677</sup>.

Der auf die Errichtung der Urkunde folgende *Leseakt* durch den Erblasser (sog. Rekognition) leitet das sog. *Hauptverfahren* ein. Die Rekognition hat auch dann stattzufinden, wenn der Erblasser vor der Beurkundung im Besitze des Urkundstextes war und somit Gelegenheit hatte, von ihm Kenntnis zu nehmen. Die Urkundsperson hat während dem Durchlesen dem Erblasser insbesondere für Erläuterungen zur Verfügung zu stehen. Diese Anerkennungs- und Identifizierungsphase gestattet dem Erblasser, den Inhalt der Verfügung nochmals zu überdenken und den Entschluss zur Beurkundung erst nach reiflicher Überlegung zu fassen<sup>678</sup>. Bei Fremdsprachigkeit des Testators sind zwei Verfahren denkbar. Zum einen kann die Lesung des Erblassers anhand einer angefertigten schriftlichen Übersetzung erfolgen, zum anderen kann auch die Errichtung in Nebenform (Art. 502 ZGB) Platz greifen, welche aber an die besonderen Umstände – insbesondere den Beizug eines Dolmetschers – anzupassen ist<sup>679</sup>.

---

<sup>675</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 500 N 1.

<sup>676</sup> Vgl. in diesem Sinne BGE 63 II 359, 361 f., 362 f. – Die Überprüfung des von einem Dritten geäußerten Willens durch den Erblasser persönlich erfolgt erst im Rahmen des sog. Hauptverfahrens (vgl. dazu unten S. 141 ff.), vgl. in diesem Sinne ZGB-RUF, Art. 500 N 4 f.

<sup>677</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2454 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 227 f.; BK-TUOR, Art. 500 N 5 ff.; ZK-ESCHER, Art. 500 N 6; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 40; BGE 63 II 359, 361 f.; 55 II 235, 236.

<sup>678</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 500 N 9; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2406; PIOTET, SPR IV/1, S. 228; BGE 65 II 214, 218.

<sup>679</sup> Vgl. eingehend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2448; ZGB-RUF, Art. 499 N 12 f. i.V.m. Art. 500

Die *Unterzeichnung der Urkunde* durch den Erblasser folgt unmittelbar auf die Lesung (vgl. Art. 500 Abs. 2 ZGB). Die einschlägige notariatsrechtliche Doktrin empfiehlt, dass die Zeugen schon bei diesem Akt zugegen sind<sup>680</sup>. Da von Gesetzes wegen dies allerdings nicht vorgeschrieben ist (vgl. Art. 501 ZGB), stellt ein Abweichen von der empfohlenen Verfahrensweise keinen Verstoss gegen eine Gültigkeitsvorschrift dar. Nachfolgend unterzeichnet die Urkundsperson die letztwillige Verfügung und setzt, sofern die Urkunde nicht bereits datiert ist, das Datum handschriftlich ein. Obwohl es der Wortlaut des Gesetzes nahelegt (vgl. Art. 500 Abs. 3 ZGB), bildet die eigenhändige Datierung nicht Gültigkeitsvoraussetzung<sup>681</sup>.

Wurden die *Zeugen* nicht schon im Anschluss an den Leseakt des Erblassers zugezogen, sind sie von Gesetzes wegen – es handelt sich somit um eine Gültigkeitsvorschrift – unmittelbar nach der Datierung und Unterzeichnung in den Beurkundungsvorgang einzubeziehen. Der Testator hat ausdrücklich oder konkludent (etwa durch Kopfnicken auf entsprechende Frage der Urkundsperson hin) die zur Gültigkeit erforderliche Rekognitionserklärung abzugeben; er verkündet damit gegenüber beiden Zeugen, dass er den Text der Urkunde gelesen hat und diese seinen letzten Willen richtig wiedergibt (Art. 501 Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung verlangt in jedem Falle eine förmliche, d. h. ausdrückliche Erklärung gegenüber den Zeugen, insbesondere auch dann, wenn die Zeugen schon bei der Unterzeichnung der Urkunde zugegen waren. Im Anschluss an die Erklärung des Erblassers bestätigen die beiden Zeugen mittels Unterschrift auf einer von der Urkundsperson vorbereiteten, zur Gültigkeit der letztwilligen Verfügung erforderlichen Zeugenerklärung, dass der Testator die Rekognitionserklärung abgegeben hat und dass er zudem nach ihrer Wahrnehmung im Zeitpunkt der Errichtung verfügungsfähig erschien (vgl. Art. 501 Abs. 2 ZGB)<sup>682</sup>. In der Zeugenbestätigung braucht weder ein Attest enthalten zu sein, wonach der Testator die Urkunde vor den Zeugen und der Urkundsperson unterschrieben habe, noch bezeugt zu werden, dass der Testator die in Art. 501 Abs. 1 ZGB vorgeschriebene Erklärung in Gegenwart der Urkundsperson abgegeben habe<sup>683</sup>.

Das Bundesgericht hatte erst kürzlich Gelegenheit festzuhalten, dass die Zeugenerklärung lediglich ein Indiz zu Gunsten der Urteilsfähigkeit bildet und der Richter insofern weder an die Bestätigung der Testierfähigkeit durch die Zeugen noch an die Erklärungen der Urkundsperson gebunden ist<sup>684</sup>. Dieser Ansicht ist m.E. vollumfänglich beizupflichten; sie erscheint insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil die Zeugen in Bezug

---

N 9. – Zur Nebenform vgl. unten S. 143 ff.

<sup>680</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2408 und N 2410. – Im Gegensatz zur Nebenform erlangen die Zeugen bei der Hauptform somit keine Kenntnis vom Inhalt der letztwilligen Verfügung (vgl. Art. 501 Abs. 3 ZGB).

<sup>681</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 118 II 273, 277; 55 II 235, 237; 53 II 442, 443; PIOTET, SPR IV/1, S. 228 f.; ZGB-RUF, Art. 500 N 12 ff.; SCHMID, Spezialfragen, S. 53. – Zu den Anforderungen an eine rechtsgenügende Unterschrift vgl. die Ausführungen zum eigenhändigen Testament unten S. 154 ff.

<sup>682</sup> Vgl. BGE 60 II 269, 275 f.; ZK-ESCHER, Art. 501 N 1 f.; BK-TUOR, Art. 501 N 5 f.; ZGB-RUF, Art. 501 N 6 und N 11; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2411; PIOTET, SPR IV/1, S. 229 f.; kritisch zur Mitwirkung der Zeugen BREITSCHMID, Formprobleme, S. 58 m.w.H. – Zu den gesetzlich geforderten Eigenschaften der Zeugen vgl. unten S. 145 f.

<sup>683</sup> Vgl. BGE 103 II 84, 86 f.

<sup>684</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 9; 117 II 231, 234.

auf die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit regelmässig unerfahrene Laien und nicht Sachverständige sind und sich zudem die Präsenz der Zeugen, in der sie sich ein Urteil über die Verfügungsfähigkeit zu bilden haben, auf wenige Minuten erstreckt.

Damit die öffentliche letztwillige Verfügung indes auch rechtsgültig entsteht, ist erforderlich, dass der Beurkundungsvorgang von Anfang bis Ende als eine verfahrensmässige Einheit durchgeführt wird (*unitas actus*). Erforderlich ist, dass sich in zeitlicher Hinsicht die nach dem Lesen durch den Testator vorzunehmenden Handlungen unmittelbar daran anschliessen. Der *Grundsatz der Einheit des Aktes* erstreckt sich somit nur auf das eigentliche Hauptverfahren, welches den Leseakt, die Unterzeichnung und Datierung durch die Urkundsperson, die Erklärung des Erblassers gegenüber den Zeugen sowie deren Zeugenerklärung umfasst<sup>685</sup>.

### c) Nebenform

Charakteristisch für die Nebenform ist das *Vorlesungsverfahren*, welches – als ausserordentliches Verfahren – grundsätzlich dann Platz greift, wenn der Erblasser die Urkunde nicht selber liest und unterschreibt; es findet mithin dann Anwendung, wenn der Testator blind, Analphabet oder aus einem dauernden oder vorübergehenden Grunde schreibunfähig ist. Nach der Ansicht von Praxis und herrschender Lehre stellt die Nebenform jedoch eine Parallelförmigkeit zur Hauptform dar, sodass jeder Erblasser frei wählen kann, welche Form ihm gerade genehm ist<sup>686</sup>. Ein verfahrensmässiger Unterschied zur Hauptform besteht nur im *Hauptverfahren*. Das *Vorverfahren* ist mit dem der Hauptform identisch, womit diesbezüglich auf die entsprechenden Erörterungen verwiesen werden kann<sup>687</sup>.

Die (mittelbare) *Rekognition* der letztwilligen Verfügung seitens des Erblassers erfolgt durch den ein Gültigkeitserfordernis darstellenden Vorlesungsakt, bei welchem die Urkundsperson dem Verfügenden die ganze Urkunde vorliest. Würden einzelne (wesentliche) Abschnitte nicht vorgelesen, wäre die Verfügung auf Klage hin für ungültig zu erklären. Während dem ganzen Vorlesungsakt müssen von Gesetzes wegen (vgl. Art. 502 Abs. 1 ZGB) zwei Zeugen anwesend sein. Im Gegensatz zur Hauptform erlangen dementsprechend die beiden Zeugen bei der Nebenform volle Kenntnis vom Inhalt der letztwilligen Verfügung; sie unterstehen indessen der gleichen Geheimhaltung wie die Urkundsperson selbst (vgl. Art. 321 StGB)<sup>688</sup>. Das Bundesgericht hat in BGE 118 II 273, 277, Zweifel daran geäussert, ob es tatsächlich – wie es eigentlich der Wortlaut des Gesetzes vorsieht – für die Formgültigkeit erforderlich ist, dass die Urkundsperson die Urkunde selber vorliest oder ob es nicht zulässig sein kann, dass

---

<sup>685</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 499 N 24 f.; zur Einheit des Beurkundungsvorganges eingehend BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2047 ff.; unpräzise PIOTET, SPR IV/1, S. 226 f.; BGE 56 II 159 ff.

<sup>686</sup> Vgl. BGE 66 II 99, 102; vgl. beispielsweise TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 486; PIOTET, SPR IV/1, S. 226; ZGB-RUF, Art. 502 N 3. – Demgegenüber postuliert BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2436 ff., mit beachtenswerten Argumenten, dass der Unterzeichnungsdispens nur Platz greifen soll, wenn ein wichtiger, objektiver Grund vorhanden ist.

<sup>687</sup> Vgl. oben S. 141 ff.

<sup>688</sup> Zu Art. 321 StGB vgl. auch die Ausführungen oben S. 19 ff.

diese Tätigkeit von einem Angestellten oder sonstigen Dritten ausgeübt wird; ein diese Frage klärendes Urteil ist bisher noch nicht ergangen<sup>689</sup>.

Im Anschluss an die Vorlesung hat der Erblasser den anwesenden Zeugen und der Urkundsperson zu erklären, dass die Verfügung seinen letzten Willen enthalte (sog. *Rekognitionserklärung*, Art. 502 Abs. 1 in fine ZGB). Es handelt sich dabei um einen Bestätigungsakt, der nur durch eine ausdrückliche Erklärung vollzogen werden kann<sup>690</sup>.

Nachfolgend der *Unterzeichnung* der Urkunde durch Zeugen und Urkundsperson haben Erstere durch ihre Unterschrift die *Zeugenerklärung* zu bestätigen (vgl. Art. 502 Abs. 2 ZGB). Damit attestieren sie, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers durch die Urkundsperson in ihrer Anwesenheit vorgelesen wurde, dass der Erblasser die Rekognitionserklärung abgegeben hat und dass sich der Erblasser nach subjektiver Wahrnehmung der Zeugen im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden hat. Wie bei der Hauptform hat auch hier zu gelten, dass die Erklärung der beiden Zeugen, der Erblasser habe sich nach ihrer Wahrnehmung im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden, lediglich ein Indiz zu Gunsten der Urteilsfähigkeit bildet und der Richter insofern weder an die Bestätigung der Testierfähigkeit durch die Zeugen noch an die Erklärungen der Urkundsperson gebunden ist<sup>691</sup>.

Für die rechtsgültige Entstehung ist auch bei der Nebenform der öffentlichen Verfügung *conditio sine qua non*, dass der Beurkundungsvorgang den Anforderungen an den *Grundsatz der Einheit des Aktes* gerecht wird<sup>692</sup>.

Von praktischer Relevanz ist die Problematik der sog. *Zwischenformen*, bei welchen die Verfügungsformen von Art. 500 und 502 ZGB miteinander kombiniert werden. So ist erdenklich, dass der Erblasser einerseits die Urkunde liest, aber nicht unterschreibt, oder dass er andererseits die Urkunde unterzeichnet, aber nicht liest. Sofern beim Vorliegen einer Zwischenform geringstenfalls alle Erfordernisse einer der beiden gesetzlichen Formen eingehalten worden sind, ist – entsprechend dem Grundsatz „*superflua non nocet*“ – unbestritten, dass eine Kombination der beiden Formen rechtlich nicht zu beanstanden ist<sup>693</sup>.

So ist nach Ansicht des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre nichts dagegen einzuwenden, wenn die verfügende Person die Urkunde – ohne sie gelesen zu haben – „auch noch selber unterschreibt, obgleich ihr die Urkunde vor den Zeugen vorgelesen worden ist und sie den Inhalt diesen gegenüber als ihrem Willen entsprechend bezeichnet hat“<sup>694</sup>. Demgegenüber betont die wohl überwiegende Doktrin beinahe einhellig und m.E. zu Recht, dass dieses Formerfordernis wenig Sinn macht, sofern den Zeugen nicht die Textkontrollfunktion zukommt; dies wäre nur dann der Fall, wenn sie die Urkunde

---

<sup>689</sup> Vgl. dazu auch BK-TUOR, Art. 502 N 4 m.w.H.; ZGB-RUF, Art. 502 N 6.

<sup>690</sup> Vgl. BGE 118 II 273, 276; 60 II 269, 275 f.; ZGB-RUF, Art. 502 N 9 f.; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2426.

<sup>691</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 9; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2427 f.

<sup>692</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 502 N 2; vgl. dazu auch oben S. 143.

<sup>693</sup> Vgl. beispielsweise BREITSCHMID, Formvorschriften, N 640.

<sup>694</sup> BGE 118 II 273, 275; vgl. auch BGE 89 II 363, 365; 56 II 160 ff.; PIOTET, SPR IV/1, S. 230 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 39; SCHMID, Spezialfragen, S. 52.

gleichzeitig mit der notariellen Vorlesung mit eigenen Augen mitlesen, was aber weder von Gesetzes wegen vorgesehen noch vom Bundesgericht gefordert wird<sup>695</sup>.

Liest demgegenüber der Erblasser die Urkunde, unterschreibt er sie aber nicht (etwa aus Gründen körperlicher Behinderung), ist der Auffassung namhafter Autoren beizupflichten, wonach für die Rechtsgültigkeit nicht erforderlich sei, dass die Urkundsperson die letztwillige Verfügung auch noch vorlese – dies aber nur, wenn die Lesung durch den Erblasser in Gegenwart der beiden Zeugen erfolge. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und PIOTET erachten eine solche Kombination der beiden Verfahren indes als ungültig<sup>696</sup>.

#### d) Mitwirkende Personen

Die Errichtung einer öffentlichen Verfügung erfolgt nach Art. 499 ZGB durch Mitwirkung von zwei Zeugen vor dem Beamten, Notar oder einer anderen nach kantonalem Recht mit diesen Geschäften betrauten Urkundsperson.

Die *Urkundsperson* muss – kraft ungeschriebenem Bundesrecht – in sachlicher und örtlicher Hinsicht zuständig sein, andernfalls der Klagegrund des Formmangels gegeben ist<sup>697</sup>. Je nach kantonalem Recht können öffentliche Urkunden von Beamten oder von (nichtbeamteten) Notaren oder Anwälten erstellt werden.

Den *Zeugen* müssen die nach Art. 503 ZGB geforderten Eigenschaften zukommen. Damit eine öffentliche letztwillige Verfügung vor einer Ungültigkeitsklage wegen Formmangels standhält, ist diesbezüglich erforderlich, dass keiner der in dieser Bestimmung enthaltenen Ausstands- oder Ausschliessungsgründe vorliegt. Auf Grund des Umstandes, dass von ihrer Mitwirkung die Gültigkeit der Verfügung abhängt, werden die Zeugen mit Recht als sog. Solennitäts-, und nicht als blosse Beweiszeugen qualifiziert. Sieht das kantonale Recht zudem weitergehende Ausstandsgründe vor, kommen ihnen lediglich den Charakter von Ordnungsvorschriften zu, deren Verletzung nicht zur Ungültigkeit wegen Formmangels führt. Der für die Beurteilung des Vorliegens eines Ausstandsgrundes massgebliche Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> Vgl. zum Ganzen BGE 118 II 273, 281; BK-TUOR, Art. 502 N 8b; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2432 ff.; ZGB-RUF, Art. 502 N 7; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 632; vgl. auch GEISER, Formerfordernisse, S. 62. – Mit Recht betont BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2408 FN 72, dass es nur Aufgabe der Zeugen sei, zu beweisen, dass in ihrer Gegenwart vorgelesen wurde, nicht aber, dass tatsächlich der ganze Text der Urkunde korrekt vorgelesen wurde.

<sup>696</sup> Vgl. BGE 118 II 273, 274 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 231; SCHMID, Spezialfragen, S. 52 f.; ZGB-RUF, Art. 499 N 9; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2425 f.; ZK-ESCHER, Art. 502 N 8; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 38 f.

<sup>697</sup> Vgl. MARTI, Notariatsprozess, S. 139 f.; ZGB-RUF, Art. 499 N 16; BJM 1995, S. 305 ff. (in Bezug auf die öffentliche Beurkundung einer Bürgschaftserklärung gemäss Art. 493 Abs. 2 OR).

<sup>698</sup> RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 37; ZK-ESCHER, Art. 503 N 1 f.; BK-TUOR, Art. 503 N 1 f.; BGE 60 II 269, 277. – Einen weitergehenden Ausschlussgrund findet sich etwa in § 235 Abs. 1 Ziff. 3 des baselstädtischen EG ZGB, wonach Angestellte oder Gesellschafter der Urkundsperson nicht als Zeugen amtieren dürfen; in Abs. 2 der genannten Bestimmung wird zudem darauf hingewiesen, dass die Missachtung des Abs. 1 die Gültigkeit der Beurkundung nicht berührt.

Abs. 1 von Art. 503 ZGB enthält für die mitwirkenden Personen sog. *absolut wirkende Ausstandsgründe*. Ist ein solcher Ausstandsgrund erfüllt, wird nach durchlaufenem Ungültigkeitsprozess die gesamte Verfügung für ungültig erklärt. Die aufgezählten Ausstandsgründe – namentlich mangelnde Handlungsfähigkeit, mangelnde Kenntnis in Lesen und Schreiben sowie die Verwandtschaft in einer gesetzlich definierten Nähe zum Erblasser<sup>699</sup> – dürfen weder bei der Urkundsperson noch bei den Zeugen vorliegen. Der Ausstandsgrund der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ist nach Aufhebung der entsprechenden Bestimmungen des StGB obsolet<sup>700</sup>. In BGE 61 II 318, 322, hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Handlungsfähigkeit eines Ausländers nach schweizerischen Recht beurteilt; heute ist diesbezüglich Art. 35 Abs. 1 IPRG zu beachten, der bestimmt, dass sich die Handlungsfähigkeit nach dem Recht am Wohnsitz bestimmt.

Art. 503 Abs. 2 (i.V.m. Art. 520 Abs. 2) ZGB beinhaltet demgegenüber die sog. *relativ wirkenden Ausstandsgründe*. Bei Vorliegen eines solchen Ausstandsgrundes wird nach durchlaufenem Ungültigkeitsprozess nicht die gesamte Verfügung für ungültig erklärt, vielmehr greift eine blosse Teilungültigkeit Platz; ein Formmangel nach Art. 503 Abs. 2 ZGB ist einer der wenigen Anwendungsfälle, bei welchen ein Verstoß gegen ein Formerfordernis eine partielle Ungültigkeit der Verfügung herbeiführt. Diese Rechtsfolge tritt dann ein, wenn die Urkundsperson, die Zeugen oder deren gesetzlich bestimmte Verwandte in der öffentlichen letztwilligen Verfügung bedacht werden. Bedacht ist, wer auf Grund der Verfügung einen Vermögensvorteil erhält oder aus einer Auflage berechtigt ist. Hinter der Bestimmung steht der Gedanke, dass eine unzulässige Beeinflussung des Erblassers von vornherein ausgeschlossen werden soll<sup>701</sup>.

## 2) *Eigenhändige Verfügung*

### a) Allgemeines

In Bezug auf die eigenhändige Verfügung bestimmt Art. 505 Abs. 1 ZGB, dass sie vom Erblasser von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben sowie mit seiner Unterschrift zu versehen ist. Abs. 2 von Art. 505 ZGB weist die Kantone an, dass für die eigenhändigen letztwilligen Verfügungen die Möglichkeit der fakultativen Deposition bei einer Amtsstelle bestehen muss.

Stillschweigende Voraussetzung dieser Errichtungsform ist, dass der Erblasser überhaupt die Fähigkeit besitzt, lesen und schreiben zu können; Analphabeten ist diese Errichtungsform somit per se verschlossen.

Anlässlich der Revision des Art. 505 Abs. 1 ZGB im Jahre 1995 hat der Gesetzgeber das Gültigkeitserfordernis der *Angabe des Errichtungsortes* für die eigenhändige letztwillige Verfügung gestrichen. Nach herrschender Auffassung von Doktrin und

<sup>699</sup> Art. 503 Abs. 1 ZGB erwähnt diesbezüglich namentlich „die Verwandten in gerader Linie und Geschwister des Erblassers und deren Ehegatten und der Ehegatte des Erblassers selbst“.

<sup>700</sup> Vgl. eingehend ZK-ESCHER, Art. 503 N 3 ff.

<sup>701</sup> Vgl. zum Ganzen ZK-ESCHER, Art. 503 N 10 i.V.m. Art. 520 N 3; BK-TUOR, Art. 503 N 10 f. i.V.m. Art. 520 N 4; ZGB-RUF, Art. 503 N 18; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 37.

Praxis erfüllte das Ortsdatum keinerlei Schutzfunktion und entbehrte überdies einer inneren Rechtfertigung. Dies erhellt aus dem Umstand, dass zum einen in der Praxis die Angabe des Errichtungsortes nicht dazu beitragen konnte, die Echtheit der letztwilligen Verfügung festzustellen. Zum anderen wurde die Ortsangabe für die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei internationalen Sachverhalten obsolet, weil diesbezüglich das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961<sup>702</sup> eine alternative Anknüpfung vorsieht (vgl. auch den Verweis in Art. 93 IPRG)<sup>703</sup>.

Zunächst kann hinsichtlich der *Urkunde als Ganzes* festgehalten werden, dass von Gesetzes wegen keine Einschränkungen gelten, solange die – nachfolgend erläuterten – gesetzlichen Formvorschriften erfüllt sind. Als zulässig gelten etwa letztwillige Verfügungen, welche an eine Wand oder an eine Türe gepinselt wurden, oder auch solche, welche in ein Stück Holz geschnitzt oder auf die Haut tätowiert wurden. Rechtlich nicht zu beanstanden ist demnach auch eine eigenhändige letztwillige Verfügung, welche auf der vermachten Sachen selbst niedergeschrieben wurde. Gleiches gilt auch für letztwillige Anordnungen, welche mit (ausradierbarem) Bleistift verfasst wurden oder solche, welche in (z.B. Tage-, Koch- oder Notiz-) Bücher geschrieben wurden. Gleichermassen ist ohne Belang, in welcher Sprache, welcher Schrift oder welchem Sprachstil die Verfügung verfasst wurde<sup>704</sup>.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat verschiedentlich auch letztwillige Verfügungen, welche in Briefen oder Postkarten enthalten waren, für zulässig erklärt – unabhängig der Tatsache, ob die Dokumente abgesandt wurden oder nicht. Ohne Bedeutung ist, an wen die Schreiben gerichtet waren, ob neben den letztwilligen Bestimmungen auch noch andere Anordnungen enthalten sind oder ob etwa das fragliche Schriftstück mit „letztwillige Verfügung“, „Testament“ oder „mein letzter Wille“ betitelt wurde. Vorausgesetzt ist allerdings der Wille des Testators, seinen letzten Willen zu verfassen (*animus testandi*) und nicht bloss die Absicht, im fraglichen Schriftstück auf andere Dokumente zu verweisen, in denen seine letztwillige Verfügung enthalten ist (*animus narrandi*)<sup>705</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann auch ein *Textbruchstück* als Testament anerkannt werden, wenn das Schriftstück alle für die formelle Gültigkeit eines Testamentes erforderlichen Faktoren enthält und eine testamentarische Anordnung zum Ausdruck bringt, die für sich allein bestehen kann. Vorausgesetzt ist aber, „dass der Erblasser den dieses Bruchstück tragenden Teil der Urkunde vom andern, nicht mehr vorliegenden und auch nicht mehr rekonstruierbaren Teil selbst abgetrennt hat (oder allenfalls durch eine Hilfsperson hat abtrennen lassen) in der Absicht, das noch vorhandene Bruchstück und nur dieses als Testament weiterbestehen zu lassen, den übrigen

---

<sup>702</sup> SR 0.211.312.1. – Zum Haager Übereinkommen vgl. auch oben S. 41 f.

<sup>703</sup> Vgl. statt vieler HASENBÖHLER, Formelemente, S. 172; LINIGER, Ortsdatum, S. 162 f.; BREITSCHMID, Revision, S. 180; DRUEY, Formerleichterung, S. 21; eingehend BGE 117 II 145 ff. – Zur Gesetzesrevision vgl. unten S. 151 f.

<sup>704</sup> Vgl. auch die phantasievollen Beispiele bei ZK-ESCHER, Art. 505 N 7; BK-TUOR, Art. 505 N 4; COTTIER, Testament olographe, S. 44 f.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 40 ff.

<sup>705</sup> Vgl. etwa BGE 117 II 142, 143; 88 II 67, 70 f.; vgl. auch BREITSCHMID, Formprobleme, S. 56 FN 80; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 43.

Inhalt der Verfügung dagegen durch Vernichtung des betreffenden Teils der Urkunde aufzuheben<sup>706</sup>.

Sofern sich die *Einheitlichkeit der Urkunde* in inhaltlichen oder äusserlichen Umständen manifestiert, kann die eigenhändige letztwillige Verfügung auch eine Mehrheit von Seiten umfassen. Auch eine bloss einmalige Anbringung von Datum und Unterschrift vermag die Formgültigkeit nicht zu beeinträchtigen. Solche Umstände bestehen (auch bei losen Blättern) im inhaltlichen Zusammenhang des über die verschiedenen Seiten fortgesetzten Textes oder etwa fortlaufender Nummerierung resp. aus einheitsbegründenden äusserlichen Vorkehren wie Büro- oder Bostichklammern, Zusammenbinden oder Vernähen der Seiten<sup>707</sup>; gleiches hat m.E. auch bei Aufbewahrung in einem Mäppchen oder Couvert zu gelten.

#### b) Eigenhändige Niederschrift

Als individuelles Kennzeichen jedes Menschen erlaubt die eigenhändige, also handschriftliche Niederschrift in besonderem Masse, die *Authentizität* und Zurechenbarkeit der Urkunde sicherzustellen. Überdies wird durch das Erfordernis der Eigenhändigkeit sichergestellt, dass dem Erblasser nicht schon von Dritten vorgefertigte Schriftstücke zur Unterzeichnung vorgehalten werden. Der Erblasser wird gezwungen, während dem Errichtungsakt den Inhalt nochmals zu *reflektieren* – vorausgesetzt ist indes, dass der Testator dieser intellektuellen Voraussetzung überhaupt noch gerecht werden kann<sup>708</sup>.

Beim Vorliegen besonderer Umstände darf das Kriterium der *Eigenhändigkeit* nicht in einem allzu engen – wörtlichen – Sinne verstanden werden. Bei körperlichen Behinderungen muss auch das Schreiben mit dem Mund, den Füßen oder dem Armstummel zulässig sein; gleiches hat m.E. zu gelten, wenn sich der Erblasser erwiesenermassen trotz fehlender Behinderung regelmässig solcher Schreibformen bedient. Solange sich der individuelle Charakter der Schrift feststellen lässt, ist hinsichtlich der Rechtsgültigkeit nicht von Relevanz, welche *Schreibinstrumente* der Erblasser verwendet. Als zulässig sind neben den üblichen Schreibwaren beispielsweise auch das Ritzen mit einem Diamant oder Messer oder das Schreiben mit dem (blutenden) Finger zu erachten. Für die Formgültigkeit nicht erforderlich ist, dass sich der Erblasser für die Verfassung nur eines der möglichen Schreibinstrumente bedient<sup>709</sup>.

Im Lichte dieser Ausführungen sollten auch *Spezial- oder Geheimschriften* als zulässig erklärt werden, wenn sie – wenn auch nur von Fachleuten – mit Sicherheit entziffert

---

<sup>706</sup> BGE 84 II 505, 511. – Dass der Erblasser selber das noch vorhandene Bruchstück vom übrigen Teil der Verfügung abtrennt und die Absicht gehabt hat, es allein als Testament weiterbestehen zu lassen, kann sich nach Ansicht des Bundesgerichts etwa daraus ergeben, dass er die Resturkunde als sein Testament in einem versiegelten Umschlag versorgte oder jemandem zur Aufbewahrung übergab. Im genannten Entscheid wurde auf Grund der Umstände (verdächtiges und widersprüchliches Verhalten des im Bruchstück Begünstigten) das Textbruchstück nicht als letztwillige Verfügung anerkannt, da nicht als erwiesen galt, dass das Textbruchstück tatsächlich dem letzten Willen entspricht.

<sup>707</sup> Vgl. statt vieler DRUEY, Erbrecht, § 9 N 35 f.

<sup>708</sup> Vgl. beispielsweise HASENBÖHLER, Formelemente, S. 175; DRUEY, Formerleichterung, S. 22; BGE 116 II 117, 129.

<sup>709</sup> Vgl. COTTIER, Testament olographe, S. 39 f.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 42 f.



werden können. Entsprechendes hat m.E. auch für die Stenographie zu gelten, weil auch bei ihr die Individualität erkennbar ist<sup>710</sup>.

Die letztwillige Verfügung hat nach dem Wortlaut des Gesetzes von Anfang bis zu Ende (vgl. Art. 505 Abs. 1 ZGB) eigenhändig niedergeschrieben worden zu sein, ebenso das Datum und die Unterschrift. Nicht erforderlich ist, dass die letztwillige Verfügung in einem Errichtungsakt abgefasst wird, sodass auch eine Entstehung, welche sich über Tage oder Monate hinwegzieht, zulässig ist. Vom Erblasser vorgenommene *Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen* oder dgl. gelten – ex tunc betrachtet – zumindest solange als integrierender Bestandteil der Urkunde, als die Errichtung des Testaments noch nicht abgeschlossen ist; entscheidend ist damit der Zeitpunkt, in welchem der Erblasser Datum und Unterschrift auf die Urkunde setzt. Wird ein bereits errichtetes Testament vom Erblasser mit zusätzlichen oder korrigierenden Anordnungen versehen, ist nach Auffassung des Bundesgerichts ein derartiger Zusatz – abgesehen von blossen Erläuterungen – von den schon bestehenden Formelementen nicht gedeckt und ist somit seinerseits zu datieren und zu unterzeichnen<sup>711</sup>. Von einem erläuternden Zusatz kann m.E. dann gesprochen werden, wenn der Erblasser eine schon verfasste Anordnung („X soll nach meinem Ableben meine Segelyacht erhalten“) nachträglich näher substantiiert (indem der Erblasser etwa nach der Errichtung eine fakultative Begründung anfügt [„weil er mein langjähriger Partner auf Segeltörns war“]). Trifft er demgegenüber eine neue Disposition („X soll nach meinem Ableben auch noch mein Anwesen in Basel erhalten“ oder etwa zusätzlich verfügt „Y soll meine goldene Uhr erhalten“) unterliegt diese den gesetzlichen Formerfordernissen.

Völlig zu Recht weist die jüngere Doktrin<sup>712</sup> nun darauf hin, dass mit der Revision von 1995 bei der eigenhändigen Verfügung das Ortsdatum gestrichen wurde und das Zeitdatum nunmehr kein zwingendes Gültigkeitserfordernis mehr darstellt und somit regelmässig darauf verzichtet werden kann. Dementsprechend ist nach geltendem Recht die höchstrichterliche Rechtsprechung dahingehend zu modifizieren, dass nach Testamentserrichtung eingefügte Zusätze grundsätzlich vom Erblasser zu unterzeichnen, nicht aber notwendigerweise zu datieren sind.

Da eine nachträgliche Änderung eine neue erbrechtliche Verfügung darstellt, ist nach hier vertretener Ansicht der Auffassung zu widersprechen, wonach oberhalb der Unterschrift liegende Zusätze, Einschübe oder Korrekturen zulässig sein sollen. Ein unterhalb der Unterschrift angebrachter Zusatz müsste indes auch nach Ansicht dieser Autoren mit neuen Formerfordernissen versehen sein<sup>713</sup>. Es will scheinen, dass dieser Auffassung etwas Zufälliges anhaftet; m.E. kann wohl nicht entscheidend sein, ob ein (in aller Regel rechtsunkundiger) Erblasser den Zusatz ober- oder unterhalb der Unterschrift anbringt. Und was sollte beispielsweise gelten, wenn der Testator den Zusatz unterhalb der Unterschrift anbringt, mit einem Pfeil, einem Kreuz oder einer

<sup>710</sup> Vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 233 f.; a.M. in Bezug auf die Stenographie BK-TUOR, Art. 505 N 10.

<sup>711</sup> Vgl. BGE 117 II 239, 241; 80 II 302, 305 f.; 75 II 343, 345; vgl. etwa auch DRUEY, Erbrecht, § 9 N 56 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 45 f.; WEIGOLD, Aufhebung und Änderung, S. 141 ff. – Die Streichung einer Anordnung stellt nach BGE 116 II 411 ff. eine Vernichtung i.S.v. Art. 510 Abs. 1 ZGB dar, welche nicht der Form der letztwilligen Verfügung bedarf.

<sup>712</sup> Vgl. namentlich ZGB-BREITSCHMID, Art. 505 N 13 f.

<sup>713</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 505 N 13.

Fussnote aber an die zu ersetzende Textpassage oberhalb der Signatur verweist? Was gilt, wenn der Zusatz auf der gleichen Zeile oder Höhe wie die Unterschrift steht?

Von selbst versteht sich, dass *von einem Dritten* ohne Zustimmung des Erblassers *vorgenommene Änderungen, Ergänzungen, Streichungen, Korrekturen* oder dgl. keine Gültigkeit beanspruchen können. Die Verfügung besteht diesfalls rechtsgültig nur aus den Teilen, welche *eigenhändig vom Erblasser* stammen. Erfolgte die Eingriffe von dritter Seite indessen mit Wissen und Willen des Erblassers, ist richtiger Ansicht zufolge die ganze Verfügung nur dann als ungültig zu betrachten, wenn wesentliche Bestandteile (wie etwa Unterschrift, Namen des Bedachten oder Umfang einer Zuwendung, nicht aber das Datum) betroffen sind oder das vom Erblasser Geschriebene keinen Sinn hat oder anzunehmen ist, dass er diese Verfügung ohne das von dritter Seite eingefügte nicht getroffen hätte<sup>714</sup>.

Aus praktischen Gründen duldet die Rechtsprechung und Lehre in engen Grenzen die *Mitwirkung eines Dritten während dem Errichtungsakt*. Eine physische Unterstützung eines schreibkundigen, aber beispielsweise wegen Altersleiden (wie beispielsweise Zittern) oder mangelnder Übung in seiner Schreibfähigkeit beeinträchtigten Erblassers schadet „der Gültigkeit der Verfügung nicht, sofern die Individualität der Schriftzüge des Testators erhalten und dem Testator die Möglichkeit gewahrt bleibt, seinen Willen zur Geltung zu bringen“<sup>715</sup>. Formungültigkeit liegt indessen dann vor, wenn das Schriftbild nicht mehr vom Verfügenden, sondern vom mitwirkenden Dritten bestimmt wird; dies ist etwa dann gegeben, wenn sich der Erblasser nicht mehr aktiv beteiligt, sondern dessen Hand von einem Dritten – wenn auch mit Einwilligung des Testators – als Instrument oder Werkzeug missbraucht wird, damit er die Verfügung selbst schreiben kann<sup>716</sup>.

c) Datum

i) Allgemeines

Nach Auffassung der Rechtsprechung und Doktrin liegen der *Datierung* einer Verfügung von Todes wegen *verschiedene Schutzzwecke* zu Grunde: Zum einen erlangt das Zeitdatum für die Beurteilung der Frage der Verfügungsfähigkeit des Erblassers Bedeutung; zum anderen erhält es besondere Relevanz hinsichtlich der Problematik, unter mehreren vorliegenden Verfügungen die zeitlich letzte und somit – im Kollisionsfalle – massgebende zu determinieren. Endlich kann das Datum auch der Unterscheidung einer vollendeten Verfügung vom blossen Entwurf dienen<sup>717</sup>.

Unter Berücksichtigung dieser Schutzfunktionen hat sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolge der unrichtigen Datierung beim eigenhändigen Testament in den letzten

---

<sup>714</sup> Vgl. in diesem Sinne auch COTTIER, Testament olographe, S. 51 ff.; WEIGOLD, Aufhebung und Änderung, S. 157 ff.; BK-TUOR, Art. 505 N 8 und ZK-ESCHER, Art. 505 N 12, jeweils mit Hinweisen auf die deutsche und französische Doktrin; eingehend auch BGE 98 II 73, 81 ff.

<sup>715</sup> BGE 98 II 73, 79 f.

<sup>716</sup> Vgl. etwa ZK-ESCHER, Art. 505 N 10; BK-TUOR, Art. 505 N 11; eingehend BREITSCHMID, Formvorschriften, N 403 ff.; BGE 98 II 73, 80.

<sup>717</sup> Vgl. etwa LINIGER, Ortsdatum, S. 160 f.; BGE 116 II 117, 129.

Jahren eine *erhebliche Relativierung* erfahren. Diese äusserte sich zunächst in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>718</sup> und führte anschliessend auch zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers mit der Folge der Einfügung einer Gesetzesnovelle (Art. 520a ZGB) und einer Änderung des Art. 505 Abs. 1 ZGB. Die Gesetzesrevision, zu welcher Nationalrat GUINAND mit seiner parlamentarischen Initiative vom 1. Juni 1992 den Anstoss gab, trat auf den 1. Januar 1996 in Kraft. Seit der Revision gilt grundsätzlich, dass auf das Ortsdatum überhaupt verzichtet werden kann und dass auch die eigenhändige Angabe des Zeitdatums nicht mehr eine absolut notwendige Voraussetzung für die Formgültigkeit des Testaments darstellt. Das Zeitdatum ist nunmehr dann unerlässlich, wenn es in rechtlicher Hinsicht erforderlich ist und sich die relevanten zeitlichen Angaben nicht auf andere Weise feststellen lassen.

Anlass für diese Umgestaltung war die unbefriedigende und wenig sachgerechte Rechtsfolge der Ungültigkeit, wenn der Erblasser bei der Errichtung einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung – in aller Regel versehentlich – gar kein oder ein falsches Datum eingesetzt hat. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sollte die Lockerung indes nur Platz greifen, wenn sich der Erblasser in einem Irrtum über die gesetzliche Vorschrift von Art. 505 Abs. 1 ZGB befand<sup>719</sup>. Die vom Bundesgericht vorgenommene Einschränkung hat aber in der neuen Fassung des Gesetzes keinen Niederschlag gefunden. Muss demnach in einem konkreten Fall davon ausgegangen werden, dass der Testator (eventuell auch absichtlich) kein oder ein falsches Datum verwendet hat und ist dieses zu einem späteren Zeitpunkt nicht von Relevanz, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Verfügung unter formellen Gesichtspunkten dennoch gültig; allerdings weist BREITSCHMID zutreffend darauf hin, dass in einem solchen Falle der Testierwillen des Erblassers wohl besonders zu hinterfragen ist<sup>720</sup>.

Aus den Marginalien der Art. 505 ZGB und 520a ZGB erhellt, dass sich die *Tragweite der Gesetzesrevision* auf die eigenhändigen letztwilligen Verfügungen beschränkt; dies entspricht denn auch der ursprünglichen Intention von Parlament, Bundesrat sowie dem Ansinnen des Initianten GUINAND<sup>721</sup>.

Es will m.E. scheinen, dass die diskutierte Formerleichterung auch bezüglich der mündlichen oder der öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung durchaus sinnvoll ist, sei es – *de lege lata* – auf dem Wege der *analogen Anwendung* oder – *de lege ferenda* – auf dem Wege der Gesetzesrevision. Es ist m.E. kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die fehlerhafte Datierung bei einer öffentlichen oder einer mündlichen Verfügung, nicht aber bei einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung, zur Formungültigkeit führen soll.

Wie bereits ausgeführt wurde, ist sowohl nach höchstrichterlicher Auffassung als auch nach Ansicht der Doktrin der Grundsatz des „favor testamenti“ auch auf die Verfü-

---

<sup>718</sup> Vgl. insbesondere BGE 116 II 117 ff. und 117 II 145 ff.

<sup>719</sup> Vgl. BGE 117 II 145, 149; 116 II 117, 128 f.; *de lege lata* zustimmend DRUEY, Formerleichterung, S. 23 f., der diesbezüglich von „Gnade für den Irrenden“ spricht.

<sup>720</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere ZGB-BREITSCHMID, Art. 520a N 2 f. m.w.H.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 44 f.

<sup>721</sup> Vgl. Amtl. Bull. NR 1995, S. 1389 f.; BBl 1994 V 608; BBl 1994 III 527 f.

gungsformen auszudehnen<sup>722</sup>; wieso dies allerdings nur hinsichtlich der eigenhändigen Verfügung gelten sollte, erscheint rätselhaft. Die Aufrechterhaltung des Datumserfordernisses bei der öffentlichen und bei der mündlichen Verfügung mutet nach hier vertretener Auffassung vergleichsweise formalistisch an und würde zur wenig wünschenswerten Folge haben, dass eine in dieser Verfügungsform errichtete letztwillige Verfügung wegen einem geringfügigen Formmangel für ungültig erklärt werden könnte, selbst wenn die Anordnungen dem wirklichen Willen des Testators entsprechen.

In Bezug auf die eigenhändige Verfügung gilt es sodann die Erkenntnis der altrechtlichen Praxis und Doktrin in Erinnerung zu rufen, dass das Ortsdatum keinerlei Schutzfunktion erfüllt und einer inneren Rechtfertigung entbehrt<sup>723</sup>. Nach hier vertretener Auffassung ist unerfindlich, wieso es bei den anderen Verfügungsformen anders sein sollte. So können etwa die ausserordentlichen Umstände, welche bei der mündlichen Verfügung vorliegen müssen, gar noch eher als beim eigenhändigen Testament dazu führen, dass die Zeugen irrtümlicherweise oder aus Unkenntnis eine Verfügung mit falscher Orts- oder Zeitangabe verfassen; zu denken ist gegebenenfalls an eine Bergtour, wo unklar sein kann, auf welchem Gemeindeterritorium man sich im Moment der Errichtung befindet.

Vor diesem Hintergrund sollte demgemäss die Opportunität der Form nicht nur bei der eigenhändigen Verfügung, sondern auch bei der öffentlichen und bei der mündlichen Verfügung von Todes wegen Platz greifen<sup>724</sup>.

In praktischer Hinsicht ist von besonderer Relevanz, dass sich der *zeitliche Anwendungsbereich* dieser Bestimmungen nach Art. 16 Abs. 2 SchlT ZGB nur auf solche Erbfälle erstreckt, in denen der Erblasser nach dem 1. Januar 1996 verstorben ist<sup>725</sup>. Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung kann auch aus Gründen des „favor testamenti“ selbstverständlich nichts anderes gelten. Art. 520a ZGB findet keine Anwendung, wenn der Erbgang vor dem 1. Januar 1996 eingetreten ist.

## ii) *Tatbestand*

Wie bereits dargelegt wurde<sup>726</sup>, hat der Gesetzgeber den Tatbestand des Datums (Art. 505 Abs. 1 ZGB) anlässlich der Revision von 1995 dergestalt verändert, dass nach nunmehr geltendem Recht die eigenhändige Angabe des *Ortsdatums* nicht mehr Gültigkeitserfordernis ist. Dies erscheint durchaus gerechtfertigt, kann es doch für den Erblassers oftmals unklar sein, in welcher politischen Gemeinde er sich im Moment der

---

<sup>722</sup> Vgl. dazu oben S. 139.

<sup>723</sup> Vgl. insbesondere BGE 116 II 117 ff. und 117 II 145 ff. – Vgl. dazu auch die Ausführungen oben S. 146 f.

<sup>724</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Nationalrätin SANDOZ in Amtl. Bull. NR 1995, S. 1390; DRUEY, Formerleichterung, S. 26; BREITSCHMID, Revision, S. 183 mit FN 19; vgl. diesbezüglich auch die ausführlichen Revisionsvorschläge bei BREITSCHMID, Formvorschriften, N 761 ff. – Zur mündlichen Verfügung vgl. unten S. 156 ff.

<sup>725</sup> Vgl. in diesem Sinne auch DRUEY, Formerleichterung, S. 26; ZGB-BREITSCHMID, Art. 15/16 SchlT N 4; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 22. – Zur parlamentarischen Initiative Guinand vgl. BERICHT KOMMISSION, Initiative Guinand, S. 516 ff., und die diesbezügliche Stellungnahme des Bundesrates in BBl 1994 V 607 ff.

<sup>726</sup> Vgl. oben S. 146 f. und S. 151 f.

Errichtung befindet; dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn er sich in einem Krankenhaus<sup>727</sup> oder in Berggebieten befindet.

Hinsichtlich des *Zeitdatums* hält Art. 505 Abs. 1 ZGB fest, dass die letztwillige Verfügung mit der eigenhändigen Angabe von Jahr, Monat und Tag zu versehen ist. Aus der Bestimmung über die Rechtsfolge (vgl. Art. 520a ZGB) erhellt jedoch, dass diese Angaben keine Gültigkeitserfordernisse darstellen und damit – je nach den Umständen des Einzelfalles – auch eine fehlende Datierung oder eine Angabe, welche einen grossen Zeitraum abdeckt (beispielsweise „Im Jahre 2001“, wenn eine erste Verfügung besteht, welche am „2. Dezember 2000“ errichtet wurde), nicht zu beanstanden ist. Angesichts des unzweideutigen Wortlauts von Art. 505 Abs. 1 ZGB und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Erblasser nicht voraussehen kann, ob das Errichtungsdatum zu einem späteren Zeitpunkt Bedeutung erlangen kann (etwa für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit) ist nach geltendem Recht einem Erblasser die eigenhändige Datierung aber zweifellos nachdrücklich zu empfehlen. Zulässig ist auch, das Errichtungsdatum durch eine illustrative Bezeichnung (beispielsweise „mein 50. Geburtstag“ oder „Weihnachten 2000“) zu umschreiben. Als rechtsgenügend gilt auch die Datierung durch Stempel oder Schreibmaschine, ebenso die Beisetzung des Datums durch einen Dritten<sup>728</sup>.

Keine Einschränkungen gelten auch hinsichtlich der Stelle, an welcher das Datum auf dem Schriftstück anzubringen ist; es kann somit am Anfang oder am Ende der Verfügung stehen, sich aus dem Verfügungstext ergeben oder – insbesondere seit Geltung der neuen Bestimmungen – auf dem die Verfügung enthaltenden Briefumschlag enthalten sein<sup>729</sup>. Auch wenn sich die Errichtung der letztwilligen Verfügung über mehrere Tage erstreckt, braucht das Schriftstück nur einmal datiert zu werden. Auf Grund der Tatsache, dass ein rechtsgültig errichtetes Testament erst dann vorliegt, wenn alle Formerfordernisse erfüllt sind, verlangen sowohl die bundesgerichtliche Rechtsprechung als auch die herrschende Lehre die Angabe des Tages, an welchem das Testament vollendet worden ist<sup>730</sup>.

### iii) *Rechtsfolge*

Der neu geschaffene Art. 520a ZGB enthält das Ansinnen, dass die Rechtsfolge der Ungültigkeit wegen fehlender oder unrichtiger Datumsangabe bei einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung nur dann Platz greifen soll, wenn an dieser zeitlichen Angabe ein rechtliches oder tatsächliches Interesse besteht, ihr also eine Notwendigkeit zukommt (Opportunitätsprinzip<sup>731</sup>).

---

<sup>727</sup> Vgl. beispielsweise BGE 50 II 6 ff.

<sup>728</sup> Vgl. RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 44; ZGB-BREITSCHMID, Art. 505 N 9 f. i.V.m. Art. 520a N 4.

<sup>729</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 505 N 18; einlässlich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 425 ff.; COTTIER, Testament olographe, S. 92 ff.; a.M. zur Datierung des Briefumschlages unter dem Regime des alten Rechts BGE 51 II 370, 372.

<sup>730</sup> Vgl. BGE 75 II 343, 345 f.; 56 II 245, 248; BK-TUOR, Art. 505 N 21; ZK-ESCHER, Art. 505 N 25 f.; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 2; für einen Überblick über abweichende Meinungen vgl. PIOTET, SPR IV/1, S. 236.

<sup>731</sup> Zum Ursprung des Opportunitätsprinzip vgl. eingehend BREITSCHMID, Formvorschriften, N 63 ff.

Eine solche *Relevanz des Datums* ist nach dem Wortlaut von Art. 520a ZGB dann zu bejahen, wenn die folgenden zwei Elemente vorliegen.

Nach dem *ersten Element* ist erforderlich, dass die erforderlichen zeitlichen Angaben nicht auf andere Weise feststellbar sind. Für die Darlegung der fehlenden Angabe ist jeder irgendwie taugliche Nachweis statthaft; zu denken ist etwa an eine zeitlich relevante Aussage im Kontext der Verfügung selbst oder auch die Berücksichtigung urkundsexterner Elemente, wie Zeugenaussagen oder der Beizug des Tagebuches des Erblassers, in welchem er festgehalten hat, dass er an einem bestimmten Tag das Testament mit einem bestimmten Inhalt oder mit bestimmten Merkmalen (Flecken, Beschaffenheit der Urkunde etc.) errichtet hat. Die Genauigkeit des Nachweises der zeitlichen Angaben variiert nach den konkreten Umständen. Nicht erforderlich ist der exakte Nachweis, an welchem Tag die Verfügung tatsächlich errichtet wurde; vielmehr sind nur die für die Klärung einer konkreten Problematik – diese stellt das zweite Element dar – relevanten Angaben erforderlich<sup>732</sup>.

Das *zweite Element* beinhaltet die Umschreibung der zu lösenden Problematik. Diese kann darin bestehen, dass das Errichtungsdatum in einem Rechtsstreit für die Beurteilung der Testierfähigkeit des Erblassers, der Hierarchie mehrerer Verfügungen oder einer anderen Frage, welche die Gültigkeit der Verfügung betrifft, notwendig sein muss. Solch andere Fragen treten etwa dann auf, wenn der tatsächliche Wille des Erblassers durch Auslegung der Verfügung eruiert werden muss und insofern Kenntnis der damaligen tatsächlichen Umstände unerlässlich ist<sup>733</sup>.

#### d) Unterschrift

Die individuelle, handschriftliche Signatur des Testators bezweckt in gleichem Masse wie das Erfordernis der Eigenhändigkeit die Sicherstellung der Authentizität und Zurechenbarkeit der letztwilligen Verfügung. Der Erblasser drückt auf diese Weise die *Rekognition* der Anordnungen aus und identifiziert sich durch sie gegenüber Dritten. Mit Recht betont ein Teil der Doktrin, dass das Formerfordernis der Unterschrift zusätzlich darauf abzielt, die Unterscheidung zwischen blossen Entwurf und rechtsgenügend errichteter letztwilliger Verfügung zu gewährleisten. Die Unterschrift bekundet insofern nicht nur die Echtheit, sondern auch die *Endgültigkeit* der Anordnungen<sup>734</sup>.

Aus Art. 505 ZGB erhellt nicht, aus welchen *Elementen* die Unterschrift des Erblassers notwendigerweise zu bestehen hat. Auch aus dem Begriff „Unterschrift“ lassen sich keine inhaltlichen Erfordernisse ableiten. Die Signatur enthält in aller Regel die selbstbezeichnerische Angabe des Namens. Der Identifikationszweck erheischt indes nicht die vollständige Angabe von Vor- und Geschlechtsnamen. Vielmehr ist anerkannt, dass der Vorname allein, ein Pseudonym oder eine Wendung wie „Dein Vater“, „Dein Bruder“ etc. ausreicht. Solange die Möglichkeit der Identifikation des Verfügenden

---

<sup>732</sup> Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 757 f.; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 26 f.

<sup>733</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 520a N 2 m.w.H.

<sup>734</sup> Vgl. beispielsweise BREITSCHMID, Formvorschriften, N 516; HASENBÖHLER, Formelemente, S. 175; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 55.

besteht, ist unter formellen Gesichtspunkten auch die Anbringung blosser Initialen oder einer unleserlichen Unterschrift nicht zu beanstanden<sup>735</sup>.

Die *Positionierung* der Unterschrift hat grundsätzlich im Anschluss an den Verfügungstext zu geschehen – dies ergibt sich dem Begriff selbst sowie den Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs. Wohl verwenden sowohl der französische als auch der italienische Gesetzestext anderslautende Ausdrücke („signer“ und „firmare“), doch lässt sich die Stellung der Unterschrift am Schluss der Verfügung auch damit rechtfertigen, dass einer ihrer Zwecke auch darin besteht, das Ende der eigenhändigen letztwilligen Verfügung und damit auch den Abschluss des Errichtungsaktes zu manifestieren. Die Unterschrift hat demzufolge auf Grund ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde zu decken<sup>736</sup>. Ergibt sich die Endgültigkeit der Verfügung aus besonderen faktischen Umständen – wie beispielsweise bei Platzmangel und der Unmöglichkeit, die Rückseite oder ein zweites Blatt zu beschreiben – sollte es m.E. ausnahmsweise zulässig sein, die Unterschrift anders zu positionieren; zu denken ist an eine Signatur zwischen den Zeilen, quer über den Text oder (senkrecht) an Rand.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind letztwillige Verfügungen, welche nur über eine *einleitende Selbstbenennung* des Erblassers ohne abschliessende Unterschrift verfügen, als formungültig zu qualifizieren. Eine solche letztwillige Verfügung vermag zum einen der Endgültigkeitsfunktion der Unterschrift nicht gerecht zu werden; zum anderen will zudem scheinen, dass mangels Bekräftigung der Anerkennung und Identifikation mit dem Inhalt einer Erklärung die blosser Angabe des Namens im Urkundstext nicht mit einer Unterschrift gleichgesetzt werden kann<sup>737</sup>.

Wegen mangelnder Bekundung der Endgültigkeit des Verfügungstextes vermag m.E. auch eine Verfügung, welche auf dem Schriftstück keine Unterschrift enthält, sich aber in einem vom Testator *unterzeichneten Briefumschlag* befindet, die gesetzlich geforderten Formelemente grundsätzlich nicht zu erfüllen. Formgültigkeit kann demgegenüber dann vorliegen, wenn sich der Text der Verfügung über das enthaltene Blatt hinaus auf dem Briefumschlag fortsetzt und insofern ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Blatt und Umschlag besteht<sup>738</sup>.

---

<sup>735</sup> Vgl. BGE 57 II 15, 16 f.; 80 II 302, 306 (zulässige Initialenunterschrift bei einem Zusatz); 104 II 341 ff. (zulässige Initialenunterschrift bei einer Aufhebungsvereinbarung über einen Erbverzichtsvertrag). – Die Doktrin ist noch weitherziger und lässt unter Umständen auch die Unterzeichnung mit Kosenamen und Funktionsbezeichnungen (wie etwa „Der Präsident“) zu, vgl. BK-TUOR, Art. 505 N 24; ZK-ESCHER, Art. 505 N 15; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 522 ff., insb. N 529 f. und N 557 f. – DRUEY, Erbrecht, § 9 N 33, betont, dass die Unterschrift mit „animus signandi“ erfolgen musste.

<sup>736</sup> Vgl. dazu abwägend-kritisch BREITSCHMID, Formvorschriften, N 565 ff.; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Erl. zu Art. 12-15 N 20 ff.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 44; PIOTET, SPR IV/1, S. 238; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 30; BK-TUOR, Art. 505 N 25.

<sup>737</sup> Gl.M. auch die herrschende Lehre, namentlich HASENBÖHLER, Formelemente, S. 175 mit FN 11; SCHMID, Bemerkung, S. 165; DRUEY, Formerleichterung, S. 26; a.M. Landgericht Uri, in: SJZ 1993, S. 139 f., im Anschluss an BREITSCHMID, Formprobleme, S. 55.

<sup>738</sup> Vgl. BGE 40 II 190 ff.; 54 II 357, 357 f.; ZK-ESCHER, Art. 505 N 14; BK-TUOR, Art. 505 N 25 i.V.m. N 5; COTTIER, Testament olographe, S. 117; demgegenüber für Gültigkeit, wenn die Unterschrift mit animus signandi erfolgte, BREITSCHMID, Formvorschriften, N 573 ff. – Die Unterschrift auf dem Briefumschlag ist damit anders zu beurteilen als die Datumsangabe auf dem Briefumschlag, was sich aber nach hier vertretener Auffassung dadurch rechtfertigt, dass die Datierung kein Gültig-

### 3) *Mündliche Verfügung*

Das ZGB regelt in den Art. 506-508 die mündliche Verfügung, welche einem Testator als ausserordentliche Errichtungsform beim Vorliegen von Notfällen (ausserordentlichen Umständen) offensteht; diese Verfügungsform wird gelegentlich auch als Nottestament bezeichnet.

Für diese Errichtungsform ist bezeichnend, dass sie nur unter engen *Voraussetzungen* Anwendung finden kann (nachfolgend *a.*), dass die *Errichtung* durch ein Zusammenwirken von Testator und Zeugen erfolgt (nachfolgend *b.*) und dass die *Gültigkeitsdauer* der mündlichen Verfügung beschränkt ist (nachfolgend *c.*).

#### a) Voraussetzungen

Art. 506 Abs. 1 ZGB enthält die Regel, dass eine mündliche Verfügung nur dann rechtsgültig errichtet werden kann, wenn seitens des Erblassers eine *subjektive Unmöglichkeit* vorliegt, sich der Form der eigenhändigen oder der öffentlichen Verfügung von Todes wegen zu bedienen; die mündliche Verfügung stellt somit eine Subsidiärform dar.

Die subjektive Unmöglichkeit besteht infolge Vorliegens *ausserordentlicher Umstände*. Als solche nennt das Gesetz im Sinne einer exemplikativen Aufzählung nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegereignisse. Praktische Relevanz kommt einzig der nahen Todesgefahr zu; die anderen Errichtungsgründe mussten bisher von der Gerichtspraxis nicht thematisiert werden, womit an dieser Stelle – zumal die mündliche Verfügung überhaupt nahezu ohne praktische Bedeutung ist<sup>739</sup> – auf die Erörterung der anderen Errichtungsgründe verzichtet wird.

Der Errichtungsgrund der *Todesgefahr* kann sich nicht nur durch ein unerwartetes Ereignis (wie etwa einen Unfall) aktualisieren, sondern auch dann vorliegen, wenn sie schleichend näher rückt (wie etwa bei einer todbringenden Krankheit); demzufolge ist der Grund des Eintritts der Todesgefahr völlig irrelevant. Die Todesgefahr muss bloss im Augenblick der Errichtung bestehen – nicht erforderlich ist, dass sie sich über eine bestimmte Zeitspanne erstreckt. Ohne Belang ist, ob der Erblasser schon in einem früheren Zeitpunkt, in welchem die Benutzung einer andern Form noch möglich gewesen wäre, zur Errichtung des Testaments Anlass gehabt hätte. Die Doktrin betont, dass eine Verletzung der körperlichen Integrität keine Voraussetzung darstellt, sodass die Todesgefahr auch bei einer noch unversehrten Person, welche sich beispielsweise auf einem sinkenden Schiff oder in einem brennenden Haus befindet, vorliegen kann. Die Gefahr des Todes muss nicht objektiv bestanden haben; sie ist schon dann anzunehmen, „wenn die beteiligten Personen auf Grund der Umstände, die ihnen zur Zeit der Testamentserrichtung bekannt waren, nach der Lebenserfahrung guten Grund zur Annahme hatten, dass eine solche Gefahr bestehe und dem Erblasser die Errichtung

---

keitserfordernis mehr darstellt, vgl. dazu oben S. 153 f.

<sup>739</sup> Vgl. RIEMER, Nottestament, S. 336 f.; zu den anderen Errichtungsgründen sei an dieser Stelle verwiesen auf BK-TUOR, Art. 506-508 N 12 ff.



eines ordentlichen Testamentes verunmögliche<sup>740</sup>, wobei nach Ansicht des Bundesgerichts bei der Prüfung dieser Frage ein strenger Massstab zu verwenden ist<sup>741</sup>.

Hinsichtlich der erforderlichen *Nähe* der Todesgefahr ist entscheidend, ob die beteiligten Personen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung mit gutem Grunde annehmen durften, dass es dem Testator unmöglich sein wird, die Erbfolge nach seinem Gutdünken in einer anderen Errichtungsform zu regeln; die Beurteilung erfolgt demnach nach einem relativen Massstab. Zu denken ist an einen Fall, in welchem der Erblasser vor der Beschaffung von Papier und Schreibstift zu versterben droht<sup>742</sup>.

Damit im Lichte der skizzierten strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt hinreichende Gewissheit darüber besteht, eine rechtsbeständige letztwillige Verfügung verfasst zu haben, ist es für den mit einer mündlichen Verfügung testierenden Erblasser durchaus empfehlenswert, sobald als möglich seinen Willen überdies in einer ordentlichen Errichtungsform niederzulegen. Demnach tut regelmässig auch eine vorausschauende Urkundsperson, welche zur Errichtung einer öffentlichen Verfügung zu einem versterbenden Erblasser gerufen wird, gut daran, zunächst eine mündliche Verfügung zu erstellen und diesbezüglich in der Rolle eines Zeugen zu agieren. Im Anschluss an die Errichtung der mündlichen Verfügung kann immer noch die Erstellung der öffentlichen Verfügung erfolgen<sup>743</sup>.

## b) Errichtung

Die Errichtung der mündlichen letztwilligen Verfügung erfolgt durch ein Zusammenwirken von Handlungen des Erblasser und der Zeugen.

Zur Formgültigkeit der mündlichen Verfügung ist *seitens des Erblassers* erforderlich, dass er seinen letzten Willen vor zwei Zeugen erklärt und diese beauftragt, diesen letzten Willen zu beurkunden (vgl. Art. 506 Abs. 2 ZGB). Die Erklärung des letzten Willens erfolgt regelmässig durch mündliche Kundgabe, zulässig muss aber auch die Zustimmung (wenn auch nur durch Kopfnicken) auf von Zeugen gestellten Fragen sowie der Gebrauch von Taubstummen- und Zeichensprache sein. Verwendet der Erblasser zur Erklärung seines Willens handschriftliche und von ihm verfasste Notizen, so ist m.E. grundsätzlich zu vermuten, dass er sich der eigenhändigen Verfügung bedienen könnte. Denkbar ist indes, dass die Zeugen gestützt auf diese Notizen mit Fragen an den Erblasser den genauen letzten Willen eruieren und Letzterer durch Kopfnicken oder Zeichensprache seinen Willen konkretisiert<sup>744</sup>. In präzisierender Auslegung von Art. 506 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht – unter anderem in Anlehnung an die öffentliche Verfügung und den Erbvertrag<sup>745</sup> – festgehalten, dass zur

---

<sup>740</sup> BGE 77 II 216, 221.

<sup>741</sup> Vgl. etwa ZK-ESCHER, Art. 506 N 5; BK-TUOR, Art. 506-508 N 10 f.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 56; RIEMER, Nottestament, S. 336 m.w.H.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 1; BGE 77 II 216, 221 f.

<sup>742</sup> Vgl. BGE 44 II 348, 350; 45 II 367, 370; 48 II 31, 34; 50 II 46, 48 f.; 77 II 216, 221 f.; vgl. RIEMER, Nottestament, S. 337.

<sup>743</sup> Vgl. ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 2; RIEMER, Nottestament, S. 337 mit FN 15.

<sup>744</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 506 N 9; BK-TUOR, Art. 506-508 N 10; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 57.

<sup>745</sup> Zur öffentlichen Verfügung vgl. oben S. 140 ff., zum Erbvertrag vgl. unten S. 161 ff.

Formgültigkeit zudem erforderlich ist, dass der Erblasser seinen letzten Willen beiden Zeugen gleichzeitig erklärt hat<sup>746</sup>.

Gleichermassen bedeutend ist die Mandatierung der Zeugen, der Verfügung die nötige Beurkundung zu verschaffen. Dafür ist keine ausdrückliche Willenserklärung erforderlich, vielmehr genügt eine bloss konkludente Handlung. Durch Annahme des Auftrages seitens der Zeugen entsteht nach Ansicht der herrschenden Lehre ein Vertragsverhältnis, aus welchem die Zeugen analog dem obligationenrechtlichen Mandatsvertrag haften<sup>747</sup>. Indes steht m.E. der Annahme eines direkten Mandatsverhältnisses nichts entgegen, womit dem Erblasser resp. der Erbengemeinschaft (vgl. Art. 602 ZGB) unmittelbar Ansprüche aus Art. 97 i.V.m. Art. 398 OR zustehen.

Damit *seitens der Zeugen* kein Klagegrund gesetzt wird, ist vorab erforderlich, dass die für die öffentliche Verfügung geltenden Ausschliessungsvorschriften beachtet werden (vgl. Art. 506 Abs. 3 i.V.m. Art. 503 ZGB); es sei an dieser Stelle erlaubt, auf die dortigen Ausführungen zu verweisen<sup>748</sup>. Die erforderlichen Handlungen der Zeugen erschöpfen sich in der Beurkundung der erblasserischen Willenserklärung, wobei den Zeugen diesbezüglich ein alternatives Vorgehen (entweder nach Art. 507 Abs. 1 ZGB oder nach Art. 507 Abs. 2 ZGB) offensteht.

Nach Art. 507 Abs. 1 ZGB steht es den Zeugen offen, die mündliche Verfügung des Erblassers niederzuschreiben. Zu diesem Behuf ist erforderlich, dass die Erklärung von einem der beiden Zeugen unverzüglich – „sofort“ – zu Papier gebracht, mit Orts- und Zeitdatum versehen und von beiden Zeugen unterzeichnet wird<sup>749</sup>. Aus dem Wortlaut des Gesetzes und der ratio legis erhellt nicht, ob die Niederschrift durch einen der Zeugen eigenhändig zu erfolgen habe; somit sollte m.E. – indes nur bei eigenhändiger Unterzeichnung – auch die maschinenschriftliche Niederschrift als zulässig erachtet werden<sup>750</sup>. Demgegenüber liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Verletzung der Formerfordernisse vor, wenn die Zeugen eine von einem Dritten aufgesetzte Urkunde unterzeichnen<sup>751</sup>.

Die niedergeschriebene Verfügung ist von beiden Zeugen zusammen bei einer Gerichtsbehörde zu deponieren (Art. 507 Abs. 1 i.f. ZGB). Formungültig ist eine postalische

---

<sup>746</sup> Vgl. BGE 104 II 68, 71; vgl. dazu auch BREITSCHMID, Formvorschriften, N 647 mit FN 8; vgl. zum „principe de l'unité du testament oral“ BGE 45 II 527, 529.

<sup>747</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 506 N 10; ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 4; zu den Anforderungen an einen konkludenten Auftrag vgl. BGE 44 II 348, 350 f.

<sup>748</sup> Vgl. dazu oben S. 145 f. – Mit Recht weist ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 5, darauf hin, dass es keinen Formmangel sein kann, wenn einer der Zeugen Analphabet oder blind ist.

<sup>749</sup> Wie bereits an anderer Stelle erörtert, wird in der vorliegenden Arbeit postuliert, dass eine Milderung der Formstrenge bei der Datierung nicht nur in Bezug auf die eigenhändige, sondern auch auf die öffentliche und die mündliche Verfügung Anwendung finden sollte (Art. 520a ZGB analog); dies gilt nicht nur für das – bei der mündlichen Verfügung immer noch erforderliche – Ortsdatum, hinsichtlich welchem die altrechtliche Praxis und Doktrin festgestellt haben, dass es keinerlei Schutzfunktion erfülle und einer inneren Rechtfertigung entbehre; vgl. in diesem Sinne auch Nationalrätin SANDOZ in Amtl. Bull. NR 1995, S. 1390; DRUEY, Formerleichterung, S. 26; BREITSCHMID, Revision, S. 183 mit FN 19. – Vgl. zum Ganzen die Ausführungen oben S. 151 f.

<sup>750</sup> Gl.M. ZK-ESCHER, Art. 507 N 3; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 47; PIOTET, SPR IV/1, S. 242; a.M. BK-TUOR, Art. 506-508 N 24; unentschlossen HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 57 f.

<sup>751</sup> Vgl. BGE 44 II 348, 351.

Zustellung oder eine Übermittlung durch eine Drittperson (etwa einen Boten); dies ergibt sich nach Auffassung des Bundesgerichts aus den beiden Erfordernissen, dass die Deposition einerseits „ohne Verzug“ zu erfolgen habe und dass andererseits die Verfügung „von beiden Zeugen“ zu hinterlegen sei<sup>752</sup>. Unstatthaft ist überdies die zeitweilige Aushändigung der Niederschrift an Dritte, sofern diese den Zeugen nicht in beratender Weise zur Seite stehen<sup>753</sup>. Um zu Gewährleisten, dass der erblasserische Willen möglichst unverfälscht übermittelt wird<sup>754</sup>, hat die Einreichung bei der Gerichtsbehörde unverzüglich nach der Niederschrift zu erfolgen. Die Frist für die Niederlegung der mündlichen Verfügung bei der Gerichtsbehörde ist grundsätzlich gewahrt, wenn „die Zeugen die Beurkundung des mündlichen Testamentes veranlassen, sobald dies von ihnen unter den obwaltenden Umständen vernünftigerweise erwartet werden darf“<sup>755</sup>. Nicht zu beanstanden ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wenn die Übergabe innert 24 Stunden nach der Errichtung erfolgt. Dagegen besteht ein Formmangel, wenn die Einreichung der Verfügung erst drei Tage nach mündlicher Erklärung erfolgte – dies gilt selbst dann, wenn ein Wochenende in die Frist fällt<sup>756</sup>. In BGE 45 II 527, 529, hat das Bundesgericht indes anerkannt, dass eine objektive Unmöglichkeit einen Verzug in der Deposition zu rechtfertigen vermag; demgegenüber begründet der Verzug wegen mangelnder Gesetzeskenntnis einen Formmangel.

Mit der Deposition bei der Gerichtsbehörde haben die Zeugen die sog. Zeugenerklärung abzugeben. Diese enthält eine Beschreibung der Notsituation, eine Bestätigung, dass das von den Zeugen Niedergeschriebene den letzten Willen des Erblassers darstellt und eine Bestätigung, dass sich der Erblasser – nach subjektivem Empfinden der Zeugen – im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden hat<sup>757</sup>.

Damit die Formungültigkeit der mündlichen Verfügung möglichst vermieden werden kann, wird in der Doktrin – namentlich vertreten durch RIEMER<sup>758</sup> – m.E. zu Recht postuliert, dass sich die Tätigkeit der Behörde nicht auf ein passives Entgegennehmen der beurkundeten letztwilligen Verfügung und der Zeugenerklärung beschränken kann. Vielmehr ist die zuständige Behörde gehalten, die Zeugenbestätigung zu verlangen oder einen abwesenden Zeugen unverzüglich zu laden.

Neben dem Vorgehen nach Art. 507 Abs. 1 ZGB steht es den Zeugen indes auch frei, im Anschluss an die Entgegennahme der erblasserischen Erklärung nach Massgabe von Art. 507 Abs. 2 ZGB vorzugehen. Danach sind die beiden Zeugen gehalten, die letztwil-

---

<sup>752</sup> Vgl. BGE 48 II 31, 35; vgl. zu diesem Entscheid HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 60 f.

<sup>753</sup> Vgl. BGE 45 II 527, 530; 50 II 46, 49.

<sup>754</sup> Vgl. in diesem Sinne BGE 65 II 48, 50.

<sup>755</sup> BGE 65 II 49, 51.

<sup>756</sup> Vgl. BGE 44 II 348, 352; 45 II 527, 529 f.; 65 II 48, 50 f.; vgl. zum Ganzen ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 6 f.; RIEMER, Nottestament, S. 343 f. – Zu Recht betonen BK-TUOR, Art. 506-508 N 28, dass auch eine mündliche Verfügung, welche verspätet beurkundet oder eingereicht wurde, von der Behörde entgegenezunehmen und zu eröffnen ist; diese Auffassung ergibt sich aus dem Umstand, dass mangels Anhebung einer Ungültigkeitsklage eine mangelhafte Verfügung von Todes wegen als rechtsgültig angesehen werden muss.

<sup>757</sup> Vgl. beispielsweise RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 47; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 54; RIEMER, Nottestament, S. 338 f.; BGE 44 II 348, 352 f.; 45 II 367, 369 f.

<sup>758</sup> Vgl. RIEMER, Nottestament, S. 340 f.

lige Verfügung bei einer Gerichtsbehörde zu Protokoll zu geben; erforderlich ist die gleichzeitige Anwesenheit beider Zeugen, wobei die Aussage des einen vom anderen bestätigt werden muss. Im Anschluss an die Protokollierung haben die Zeugen die in Abs. 1 von Art. 507 ZGB umschriebene Zeugenerklärung abzugeben<sup>759</sup>. Die Einzelheiten der Protokollierung werden durch Normen des kantonalen Rechts – welche bloss Ordnungsvorschriften darstellen – geregelt.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass bei Errichtung der mündlichen Verfügung im *Militärdienst* die Gerichtsbehörde durch einen Offizier mit Hauptmanns- oder höherem Rang ersetzt werden kann (vgl. Art. 507 Abs. 3 ZGB).

### c) Gültigkeitsdauer

Wird es dem Erblasser nach der Errichtung einer mündlichen Verfügung möglich, sich einer anderen Verfügungsform zu bedienen, tritt nach Ablauf einer Frist von 14 Tagen ein *Wegfall der Gültigkeit* ein. Der Fristenlauf berechnet sich ab dem Tage, an welchem die Errichtung in einer ordentlichen Form wieder möglich ist (Art. 508 ZGB). Das Nottestament erlangt demnach nur dann volle Gültigkeit, wenn der Erblasser nach Kundgabe seines letzten Willens während dem Andauern der ausserordentlichen Umstände oder wenigstens vor Ablauf der vierzehntägigen Frist stirbt oder dauernd testierunfähig wird.

Der *Beginn des Fristenlaufs* setzt grundsätzlich dann ein, wenn die ausserordentlichen Umstände weggefallen sind. Erdenklich ist aber auch, dass der Erblasser noch während einem Kriegsereignis zu Papier und Schreibstift kommt und damit eine eigenhändige Verfügung errichten könnte; in diesem Falle tritt der Fristenlauf ab diesem früheren Zeitpunkt ein. Tritt vor Ablauf der Frist ein neuer ausserordentlicher Umstand ein, verzögert sich indes der Beginn des Fristenlaufs bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der zweite Umstand wegfällt<sup>760</sup>.

Im Gegensatz zu Art. 519 Abs. 1 und Art. 520 Abs. 1 ZGB greift nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes der Verlust der Gültigkeit nicht erst auf eine erhobene Klage hin Platz. Vielmehr tritt die Ungültigkeit nach Ablauf der vierzehntägigen Frist *ex lege* ein. Aus dieser Konzeption – Verlust der Gültigkeit nach Fristablauf ohne weiteres Zutun – erhellt, dass die Rechtsfolge als *Nichtigkeit* zu qualifizieren ist<sup>761</sup>. Die abweichende Meinung<sup>762</sup>, es handle sich um blosser Anfechtbarkeit, lässt sich m.E. angesichts der bereits erörterten begriffstypischen Merkmale der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit nicht halten<sup>763</sup>.

---

<sup>759</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 507 N 6 f.; BK-TUOR, Art. 506-508 N 26; RIEMER, Nottestament, S. 342 f.

<sup>760</sup> Vgl. die erläuternden Beispiele bei BK-TUOR, Art. 506-508 N 32; ZK-ESCHER, Art. 508 N 2.

<sup>761</sup> Vgl. in diesem Sinne auch RIEMER, Nottestament, S. 337 f. mit FN 19; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 58 f.; ZK-ESCHER, Art. 506 N 3; BK-TUOR, Art. 506-508 N 33.

<sup>762</sup> Vgl. namentlich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 652; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 87 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 240 f.

<sup>763</sup> Zu den begriffstypischen Merkmalen der nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäfte vgl. oben S. 5 f. und S. 8 ff.

Ist das Nottestament an die Stelle einer früher errichteten Verfügung getreten, lebt dieses nach Ablauf der Frist eo ipso wieder auf<sup>764</sup>.

### c. *Erbvertrag*

#### 1) *Allgemeines*

Hinsichtlich der Formerfordernisse des Erbvertrages verweist Abs. 1 von Art. 512 ZGB auf die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung (vgl. Art. 499-504 ZGB). Art. 512 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass – in Ergänzung von Art. 500 Abs. 1 und 2 und Art. 501 Abs. 1 ZGB – die Vertragsparteien der Urkundsperson gleichzeitig ihren Willen mitzuteilen und die Urkunde vor ihm und in Anwesenheit der beiden Zeugen zu unterzeichnen haben. Eine besondere Errichtungsform, welche beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände Anwendung finden könnte, hat der Gesetzgeber für den Erbvertrag nicht vorgesehen; desgleichen ist eine eigenhändige Errichtung ausgeschlossen.

Schliessen Eheleute – wie in der Praxis häufig – einen kombinierten *Ehe- und Erbvertrag* ab, ist nach Ansicht der herrschenden Lehre zur Formgültigkeit die Wahrung der – strengeren – erbvertraglichen Vorschriften erforderlich. Bedingt durch die erbvertraglichen Elemente ist demnach der Beizug von zwei Beurkundungszeugen gemäss Art. 501 und 502 ZGB unerlässlich<sup>765</sup>.

Infolge der weitgehend identischen Formerfordernisse zwischen Erbvertrag und öffentlicher letztwilliger Verfügung sei an dieser Stelle erlaubt, im Wesentlichen auf die Ausführungen zu letzterwähnter Verfügungsform zu verweisen<sup>766</sup>. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich folglich auf die Erörterung von Besonderheiten und Abweichungen.

Auf Grund der Gegebenheit, dass der Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB ausdrücklich verlangt, dass die Kontrahenten den Erbvertrag zu „unterschreiben“ haben, liegt der Schluss nahe, dass die Errichtung des Erbvertrages nur in der Hauptform, nicht aber in der Nebenform statthaft ist. BGE 66 II 99 ff. hat diesbezüglich eine Klärung gebracht; demnach steht dem Erblasser wahlweise die Errichtung in der *Haupt-* (nachfolgend 2.) *oder Nebenform* (nachfolgend 3.) offen.

#### 2) *Hauptform*

Wie bereits bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung skizziert wurde, zeichnet sich die Hauptform durch die Anwendung des *Selbstlesungsverfahrens* aus<sup>767</sup>. Um einen Erbvertrag gültig abzuschliessen zu können, muss vorab beiden Parteien die Fähigkeit zukommen, die Urkunde zu lesen und zu unterschreiben.

---

<sup>764</sup> Vgl. HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 58 f.; BK-TUOR, Art. 506-508 N 33.

<sup>765</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N 2358; DRUEY, Erbrecht, § 10 N 17; ZK-ESCHER, Art. 512 N 12; ZGB-RUF, Art. 512 N 3.

<sup>766</sup> Vgl. oben S. 140 ff.

<sup>767</sup> Vgl. oben S. 141 ff.

Beim Erbvertrag erfolgt die *Willensmitteilung* notwendigerweise durch sämtliche Vertragsparteien. Zentrale Bedeutung kommt dem gesetzlichen Erfordernis der Gleichzeitigkeit zu, welches bei der erbvertraglichen Errichtungsform in besonderem Masse auf den Grundsatz der Einheit des Aktes (*unitas actus*) hinweist. Die Kautel der Gleichzeitigkeit erfordert, dass im Moment der Willenserklärung alle Kontrahenten anwesend sind und simultan, d.h. unmittelbar nacheinander, bei derselben Gelegenheit, ihren Willen der Urkundsperson mitteilen. Nicht ausgeschlossen ist indes, dass – allenfalls auch nur eine Partei – die Urkundsperson über den gewünschten Inhalt des zu verurkundenden Vertrages unterrichtet oder ihr gar ein Vertragsentwurf als Vorlage unterbreitet wird<sup>768</sup>. Trifft der Gegenkontrahent keine erbrechtlichen Verfügungen, ist eine Vertretung seinerseits zulässig, da er in diesem Falle nur die Zustimmung zur Verfügung des Erblassers abgibt<sup>769</sup>.

Als selbstverständlich erachtet das Bundesgericht, dass die *Aufsetzung des Urkundstextes* durch die Urkundsperson bereits vor dem Verurkundungsverfahren erfolgen kann<sup>770</sup>.

Die Rekognition des Erbvertrages erfolgt durch den anschliessenden *Leseakt*. Art. 512 ZGB enthält diesbezüglich keine von der öffentlichen letztwilligen Verfügung abweichenden Erfordernisse, womit es entsprechend Art. 500 Abs.1 ZGB formgültig sein muss, wenn nur der Erblasser den Erbvertrag eigens liest und dem Gegenkontrahenten – sofern er nicht selbst erbrechtlich verfügt – der Text der Urkunde vorgelesen wird<sup>771</sup>.

Entsprechend der vertraglichen Natur des Rechtsgeschäfts findet sich in Art. 512 Abs. 2 ZGB hinsichtlich der *Unterzeichnung der Urkunde* eine Differenz zur öffentlichen Verfügung. Für die Formgültigkeit ist erforderlich, dass der Erbvertrag von allen Kontrahenten unterzeichnet wird. Für den Gegenkontrahenten, der keine erbrechtliche Verfügung trifft, sind nach Ansicht der herrschenden Lehre hinsichtlich seiner Unterschrift die Art. 14 und 15 OR anwendbar<sup>772</sup>, doch ist m.E. darauf hinzuweisen, dass eine Faksimileunterschrift i.S.v. Art. 14 Abs. 2 OR bei einem Erbvertrag einen Formmangel darstellen muss, da deren Gebrauch nicht als verkehrüblich bezeichnet werden kann. Relevant werden die Bestimmungen des Obligationenrechts vornehmlich im Hinblick auf die Unterschrift eines Blinden (Art. 14 Abs. 3 OR) oder eines Schreibunfähigen (Art. 15 OR); da Art. 512 Abs. 2 ZGB ausdrücklich die Unterschrift aller Vertragsschliessenden verlangt, kann Art. 13 OR nicht zur Anwendung gelangen.

Abweichend zur öffentlichen letztwilligen Verfügung ist für die Formgültigkeit des Erbvertrages obendrein essentiell, dass die Unterzeichnung des Erbvertrages durch die Parteien in Gegenwart der Urkundsperson und der *Zeugen* erfolgt (vgl. Art. 512 Abs. 2 ZGB). Nicht erforderlich ist allerdings, dass die Zeugen diese Tatsache bescheinigen<sup>773</sup>.

---

<sup>768</sup> Vgl. etwa BGE 66 II 99, 102 f.; 60 II 269, 272 f. – Zum Grundsatz der Einheit des Aktes vgl. oben S. 143.

<sup>769</sup> Vgl. DRUEY, Erbrecht, § 10 N 15; BK-TUOR, Art. 512 N 4 i.V.m. Art. 468 N 12; ZGB-RUF, Art. 512 N 5; ZK-ESCHER, Art. 512 N 3.

<sup>770</sup> Vgl. BGE 55 II 235 ff.; 60 II 269, 274.

<sup>771</sup> Vgl. in diesem Sinne BK-TUOR, Art. 512 N 6.

<sup>772</sup> Vgl. namentlich DRUEY, Erbrecht, § 10 N 14; BK-TUOR, Art. 512 N 6; ZGB-RUF, Art. 512 N 12; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 42; vgl. auch BGE 66 II 99, 103 f.

<sup>773</sup> Vgl. BGE 118 II 273, 276; 105 II 43, 46; 76 II 273, 276 f.; 60 II 269, 273 f., wo – letztlich ohne Erfolg – vom Kläger geltend gemacht wurde, dass die Unterzeichnung nicht auch vor der Ur-

Wie bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung ist die *Rekognitionserklärung* des Erblassers nach Art. 512 Abs. 1 i.V.m. Art. 501 Abs. 1 ZGB auch bei einem Erbvertrag als Gültigkeitserfordernis zu qualifizieren. Nach Auffassung der Kommentatoren kann seitens des Gegenkontrahenten auf diese förmliche Erklärung gegenüber den zwei Zeugen jedoch dann verzichtet werden, wenn seine Mitwirkung nur in der Annahme der Verfügung des andern Teils besteht (er also seinerseits keine erbrechtlichen Verfügungen trifft oder sonstige Verpflichtungen eingeht). Andernfalls stellt auch die Rekognitionserklärung des Gegenkontrahenten ein Formerfordernis dar<sup>774</sup>. Das Bundesgericht hat nun in BGE 93 II 223, 227 f. und 105 II 43, 47 f. genau diese Frage offengelassen. In Bezug auf den Verpfändungsvertrag – der nach Art. 522 Abs. 1 OR derselben Form wie der Erbvertrag bedarf – hat es indessen festgehalten, dass bei diesem Kontrakt zur Formgültigkeit die Rekognitionserklärung beider Vertragsparteien erforderlich ist<sup>775</sup>.

Einigkeit besteht darin, dass die *Zeugenbestätigung* nach Art. 512 Abs. 1 i.V.m. Art. 501 Abs. 2 ZGB in Bezug auf den Erblasser ein Formerfordernis darstellt, dessen Fehlen die Ungültigkeit des Erbvertrages nach sich ziehen kann. BGE 89 II 185, 189 f., hat klargestellt, dass die Beurkundungszeugen auf keinen Fall zu bescheinigen haben, dass der Erblasser die Urkunde vor ihnen unterzeichnet hat; die Bescheinigung dieser Tatsache durch die Urkundsperson genügt. Ob sich die Bestätigung der Zeugen indessen ebenfalls auf den Gegenkontrahenten beziehen muss, entscheidet sich nach ESCHER und PIOTET – entsprechend der Rekognitionserklärung – letztlich nach dem Inhalt des Erbvertrages. Zumindest dann, wenn der Erbvertrag keine erbrechtlichen Verfügungen des Gegenkontrahenten enthält, stellt die Zeugenbestätigung in Bezug auf diesen kein Gültigkeitserfordernis dar. Eine Bestätigung dessen Verfügungs- oder Handlungsfähigkeit oder – bei Stellvertretung – der Handlungsfähigkeit des Vertreters und des Ausweises für die Vertretungsbefugnis muss demnach nicht erfolgen<sup>776</sup>. Das Bundesgericht hat diesbezüglich nicht schlüssig Position bezogen, aber immerhin zu erkennen gegeben, dass sich jedenfalls beim Verpfändungsvertrag die Zeugenbestätigung auf beide Parteien zu beziehen hat<sup>777</sup>.

Nach hier vertretener Auffassung gilt es bezüglich dieser Streitfragen zu beachten, dass Art. 512 Abs. 1 ZGB ausdrücklich auf die Bestimmungen über die Formerfordernisse der öffentlichen letztwilligen Verfügung und damit auch auf Art. 501 Abs. 1 und 2 ZGB verweist. Diese enthalten den Grundsatz, dass der Erblasser eine Rekognitionserklärung und die Zeugen eine diesbezügliche Bestätigung abzugeben haben. Neben der Urkundsperson und den beiden Zeugen sind bei dieser Errichtungsform nur der Erblasser, nicht aber andere Parteien, in das Rechtsgeschäft involviert. Beim Erbvertrag hingegen

---

kundsperson stattgefunden habe, da sich diese andern Geschäften zugewendet habe; vgl. auch ZGB-RUF, Art. 512 N 9.

<sup>774</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 512 N 9; BK-TUOR, Art. 512 N 9; unpräzise ZGB-RUF, Art. 512 N 6, der von der Zeugenbestätigung spricht, aber Werke zitiert, die sich auf die Rekognitionserklärung beziehen.

<sup>775</sup> Vgl. BGE 105 II 43, 47; eingehend auch BGE 60 II 269, 275 f. (in Bezug auf einen Erbvertrag).

<sup>776</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 512 N 2 und N 10; PIOTET, SPR IV/1, S. 232; enger BK-TUOR, Art. 512 N 10, der eine Bestätigung der Handlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten oder dessen allfälligen Stellvertreters sowie des Ausweises für die Vertretungsbefugnis in Betracht zieht; desgleichen ist DRUEY, Erbrecht, § 10 N 15, der Ansicht, dass sich die Zeugenbestätigung nur auf die Verfügungsfähigkeit des Erblassers zu beziehen hat.

<sup>777</sup> Vgl. BGE 105 II 43, 47 f.

treten ein oder mehrere Gegenkontrahenten hinzu. Für die Beantwortung der Frage, ob der Vertragspartner eine Rekognitionserklärung notwendigerweise abgeben muss resp. ob sich die Zeugenbestätigung auch auf den Gegenkontrahenten beziehen muss, ist es demnach essentiell, ob er in der Rolle eines „Erblassers“ in Erscheinung tritt; dies kann indessen nur dann der Fall sein, wenn er seinerseits eine Verfügung von Todes wegen erlässt, d.h. im Erbvertrag Anordnungen bezüglich seines eigenen Nachlasses trifft<sup>778</sup>.

Der Auffassung der Kommentatoren ist insoweit zuzustimmen, als sie die Meinung vertreten, dass die Rekognitionserklärung und die Zeugenbestätigung nicht in Bezug auf jeden beliebigen Gegenkontrahenten ein Formerfordernis darstellen. Doch scheint m.E. der von ihnen postulierte Vorbehalt von Fällen, bei denen die Mitwirkung des Gegenkontrahenten „nur in der Annahme der Verfügung des anderen Teils“<sup>779</sup> besteht, zu kurz zu greifen. Vielmehr muss es – wie aus Art. 501 Abs. 1 und 2 ZGB erhellt – darauf ankommen, ob der Gegenkontrahent gleichzeitig „Erblasser“ ist; dies ist er etwa dann nicht, wenn er dem Erblasser eine Gegenleistung erbringt, welche nicht als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren ist. Besteht seine Gegenleistung beispielsweise in der künftigen Pflege des Ziergartens des Erblassers, liegt seitens des Begünstigten keine Verfügung von Todes wegen vor, womit er in der Folge auch nicht als Erblasser betrachtet werden kann. Eine Anwendung von Art. 501 Abs. 1 und 2 ZGB (i.V.m. Art. 512 Abs. 1 ZGB) ist m.E. diesfalls nicht erforderlich, wäre es aber wohl nach Auffassung der Kommentatoren, da sich die Mitwirkung des Gegenkontrahenten nicht nur auf die Annahme der Verfügung beschränkt<sup>780</sup>.

Im Lichte dieser Erwägungen ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung abzulehnen, und zwar sowohl in Bezug auf den Verpfändungsvertrag (BGE 105 II 43, 47 f.) als auch auf den Erbvertrag (BGE 60 II 269, 275 f.). Hinsichtlich des Verpfändungsvertrages ist entsprechend der hier vertretenen Ansicht festzuhalten, dass der Pfandgeber eine Leistung unter Lebenden erbringt („Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit“) und gerade nicht eine Anordnung bezüglich seines eigenen Nachlasses trifft (vgl. Art. 521 Abs. 1 und Art. 522 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 512 Abs. 1 und Art. 499 ff. ZGB); deshalb kann auf eine Rekognitionserklärung des Pfandgebers und auf eine diesbezügliche Zeugenbestätigung verzichtet werden. Hinsichtlich des Erbvertrages hebt das Bundesgericht hervor, dass nach Art. 501 Abs. 1 ZGB die Rekognitionserklärung unmittelbar nach der Datierung und Unterzeichnung abzugeben ist. Es scheint aber zu übersehen, dass sich diese Bestimmung nur auf den „Erblasser“ bezieht. Demnach ist zur Formgültigkeit nicht erforderlich, dass der Gegenkontrahent, der nicht gleichzeitig auch als Erblasser zu qualifizieren ist, die Rekognitionserklärung (und die Zeugen die diesbezügliche Bestätigung) abgibt.

Die hier vertretene Ansicht lässt sich demnach dahingehend zusammenfassen, dass die Rekognitionserklärung des Vertragspartners und die sich auf diese Erklärung beziehende Zeugenbestätigung nur dann Gültigkeitsvoraussetzungen darstellen, wenn ein gegenseitiger Erbvertrag vorliegt, also dann, wenn der Gegenkontrahent gleichzeitig

---

<sup>778</sup> GL.M. DRUEY, *Erbrecht*, § 10 N 13 i.V.m. N 30.

<sup>779</sup> BK-TUOR, Art. 512 N 9.

<sup>780</sup> Vgl. diesbezüglich auch DRUEY, *Erbrecht*, § 10 N 16; ZGB-BREITSCHMID, *Vorbem. zu Art. 494-497 N 6*; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, *Zivilgesetzbuch*, S. 488 mit FN 11; PIOTET, *Nature*, S. 373 ff.



auch Erblasser ist. Solange aber das Bundesgericht dieser Ansicht nicht folgt, ist indessen zu empfehlen, dass auch der nicht erbrechtlich verfügende Gegenkontrahent eine Rekognitionserklärung abgeben soll und dass sich die Zeugenbestätigung sowohl über die Abgabe dieser Erklärung als auch der Verfügungsfähigkeit des Gegenkontrahenten äussert<sup>781</sup>.

### 3) *Nebenform*

Anlässlich der Untersuchung der Formerfordernisse der öffentlichen letztwilligen Verfügung wurde aufgezeigt, dass für die Nebenform das *Vorlesungsverfahren* charakteristisch ist, welches – als ausserordentliches Verfahren – Platz greift, wenn der Erblasser die Urkunde nicht selber liest und unterschreibt<sup>782</sup>.

Art. 512 Abs. 2 ZGB erheischt grundsätzlich die Unterzeichnung des Erbvertrages durch die Vertragsschliessenden; damit wäre diese Errichtungsform einem Schreibunkundigen (wie etwa einem Analphabeten oder Blinden) verschlossen. Nach Ansicht von ESCHER verweist indessen Abs. 1 dieser Bestimmung ganz allgemein auf die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung, womit auch ein Rückgriff auf Art. 502 ZGB zulässig sein muss<sup>783</sup>. Dieser unterstützenswerten Auffassung hat sich denn auch das Bundesgericht angeschlossen und in BGE 66 II 99 ff. klargestellt, dass hinsichtlich der Form des Erbvertrages nach Wahl des Erblassers jede der beiden Errichtungsformen der letztwilligen Verfügung – also Art. 500/501 ZGB und Art. 502 ZGB – zulässig ist. Dem Erblasser steht es nunmehr offen, die Errichtung in der Nebenform auch dann zu wählen, wenn ihm die Fähigkeit, eigenhändig zu unterzeichnen, zukommt.

Die nach Art. 512 Abs. 2 ZGB erforderliche Unterschrift kann demnach auch beim Erbvertrag durch das Vorlesungsverfahren substituiert werden. Gleichermassen wie die Unterzeichnung hat aber die Vorlesung durch die Urkundsperson in Gegenwart beider Zeugen zu geschehen<sup>784</sup>.

Nach Ansicht der Doktrin sind bei Vorliegen besonderer Umstände auch *Zwischenformen* zulässig, in welchen das Selbstlesungs- mit dem Vorlesungsverfahren kombiniert wird. So steht die Erbvertragsform etwa auch offen, wenn ein Blinder mit einem Tauben eine bindende Abmachung über den Nachlass einer oder beider Parteien treffen will. Die Urkundsperson hat gleichzeitig, d.h. unmittelbar nacheinander, bei derselben Gelegenheit, dem Blinden den Erbvertrag vorzulegen und dem Tauben denselben zur Selbstlesung auszuhändigen<sup>785</sup>.

---

<sup>781</sup> Vgl. zur Bestätigung der Verfügungsfähigkeit des Gegenkontrahenten auch BK-TUOR, Art. 512 N 10.

<sup>782</sup> Zur öffentlichen Verfügung im Allgemeinen vgl. oben S. 140 ff.; zur Nebenform im Besonderen vgl. oben S. 143 ff.

<sup>783</sup> So die schlüssige Argumentation von ZK-ESCHER, Art. 512 N 6; vgl. auch BK-TUOR, Art. 512 N 11.

<sup>784</sup> Vgl. ZGB-RUF, Art. 512 N 13; ZK-ESCHER, Art. 512 N 6 f.; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 41.

<sup>785</sup> Vgl. zum Ganzen ZGB-RUF, Art. 512 N 14.

#### 4. *Beweisfragen*

Nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze hat derjenige das Dasein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB). Demzufolge hat grundsätzlich der Testamentsinteressent das Vorhandensein der Verfügung von Todes wegen darzulegen, derweil der *Nachweis des Formmangels* (oder allenfalls eines anderen Ungültigkeitsgrundes) dem Testamentsgegner – und damit *Anfechtungskläger* – obliegt<sup>786</sup>.

Auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung sind für den Klagegrund des Formmangels verschiedene (natürliche) *Vermutungen* (praesumptio hominis) von erheblicher praktischer Relevanz.

So wird die *Einheitlichkeit* einer mehrere Seiten umfassenden Verfügung generell vermutet – mit der Konsequenz, dass derjenige, der die Zusammengehörigkeit der Seiten bestreitet, die Beweislast trägt<sup>787</sup>. Desgleichen gilt, dass die *Echtheit* einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung grundsätzlich zu vermuten ist, womit dem Anfechtenden der Nachweis von Tatsachen obliegt, aus denen sich die Formungültigkeit der vom Testator verfassten Verfügung ergeben soll<sup>788</sup>.

In Bezug auf *Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen* oder dgl. wird in der Doktrin postuliert, dass – wenn ein Einschub oberhalb der Signatur zu lokalisieren ist – eine Vermutung für die Anbringung vor Vollendung der Urkunde Platz greifen solle, was zur Folge habe, dass dieser als gültig zu betrachten sei<sup>789</sup>. Diese Ansicht vermag m.E. nicht vollends zu überzeugen, zumal auch hier die Frage offen bleibt, wie zu verfahren ist, wenn der Erblasser mit Fussnotenzeichen im Text (über der Unterschrift) auf Fussnotentext unterhalb der Unterschrift verweist.

Das Bundesgericht hat hinsichtlich der *Datierung* einer eigenhändigen Verfügung mehrfach festgehalten, dass die Richtigkeit des angebrachten Datums vermutet wird; beweisbelastet ist, wer sich auf die Unrichtigkeit der Datumsangabe beruft. Diesfalls muss die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit und die Relevanz des geltend gemachten Mangels dargelegt werden. Demgegenüber muss bei teilweisem oder gänzlichem Fehlen der Datierung der Testamentsgegner Umstände darlegen, welche ein genaueres Wissen um den Zeitraum der Errichtung nötig erscheinen lassen; dem Testamentsinteressenten obliegt in der Folge der Nachweis, in welchem Zeitraum das Testament errichtet worden ist bzw. dass es ausserhalb einer kritischen Periode errichtet wurde. Zur Beweisführung sind auch urkundsexterne Elemente zugelassen<sup>790</sup>.

---

<sup>786</sup> Vgl. zu den Grundsätzen der Beweislastverteilung im Ungültigkeitsprozess eingehend BREITSCHMID, Formvorschriften, N 410 ff.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 119 f.

<sup>787</sup> In diesem Sinne DRUEY, Erbrecht, § 9 N 35. – Zur Einheitlichkeit der Urkunde vgl. oben S. 148.

<sup>788</sup> Vgl. BGE 98 II 73, 85 f.; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 27; BK-TUOR, Art. 519 N 13; ZK-ESCHER, Art. 519 N 9; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 413.

<sup>789</sup> Vgl. etwa COTTIER, Testament olographe, S. 132; DRUEY, Erbrecht, § 9 N 57; PIOTET, SPR IV/1, S. 238 f. – Zur Zulässigkeit von Änderungen, Ergänzungen, Korrekturen oder dgl. vgl. oben S. 149 f.

<sup>790</sup> Vgl. BGE 75 II 343, 345; 80 II 302, 309; 116 II 117, 129 f.; ZK-ESCHER, Art. 505 N 20; BK-TUOR, Art. 505 N 21a; COTTIER, Testament olographe, S. 81 ff.; BREITSCHMID, Revision, S. 182; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 506 ff., N 759 und N 812. – Zum Datum bei der eigenhändigen Verfügung vgl. oben S. 150 ff.

In Bezug auf eine *mündliche Verfügung* folgt aus den allgemeinen Prinzipien, dass hinsichtlich der Tatsachen, aus denen sich ergeben soll, dass der Erblasser befugterweise eine mündliche Verfügung errichtet hat (d.h. insbesondere das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 506 Abs. 1 ZGB) dem Bedachten die Beweislast obliegt<sup>791</sup>. Macht dagegen der Anfechtende eine Verletzung der Bestimmungen über die Errichtung (Art. 506 Abs. 2 und 3 und Art. 507 ZGB) geltend, so trägt er die diesbezügliche Beweislast<sup>792</sup>. Wer auf Grund einer mündlichen Verfügung erbrechtliche oder obligatorische Ansprüche geltend macht, trägt die Beweislast dafür, dass der Erblasser vor Ablauf der vierzehntägigen Frist nach Wegfall des ausserordentlichen Umstandes gestorben oder testierunfähig geworden ist. Umgekehrt obliegt die Beweispflicht für den Verlust der Gültigkeit demjenigen, der den Untergang der Ansprüche eines Bedachten aus der mündlichen Verfügung geltend macht<sup>793</sup>.

Zur rechtsgültigen Errichtung einer *öffentlichen Verfügung* oder eines *Erbvertrages* bedarf es der öffentlichen Beurkundung. Nach der gesetzlichen Beweisregel des Art. 9 ZGB erbringt eine öffentliche Urkunde für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht ihre inhaltliche Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Diese Beweisregel, welche dem Urkundeninhalt verstärkte Beweiskraft verleiht, entspricht im Ergebnis einer gesetzlichen Vermutung. Mittels Gegenbeweis kann der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts der öffentlichen Urkunde geführt werden. Der Nachweis kann mit allen Beweismitteln erbracht werden, er ist mithin an keine besondere Form gebunden (Art. 9 Abs. 2 ZGB)<sup>794</sup>.

## § 4 Wirkungen des Ungültigkeitsurteils

### I. Allgemeines

In der vorliegenden Arbeit ist schon skizziert worden, dass die Ungültigkeitsklage des schweizerischen Erbrechts als *Gestaltungsklage* zu qualifizieren ist. Das angestrebte Ziel des Ungültigkeitsklägers ist ein Tätigwerden des Richters in dem Sinne, dass durch sein Urteil ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis gestaltet – namentlich begründet, abgeändert oder aufgehoben – wird. Bei dem in der Folge ergehenden richterlichen Urteil handelt es sich konsequenterweise um ein *Gestaltungsurteil*<sup>795</sup>.

---

<sup>791</sup> Vgl. BGE 44 II 348, 350; 48 II 31, 34; 77 II 216, 218; PIOTET, SPR IV/1, S. 240; RIEMER, Nottestament, S. 337 f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 506-508 N 1; vgl. aber BREITSCHMID, Formvorschriften, N 655. – Zu den Voraussetzungen der mündlichen Verfügung vgl. oben S. 156 f.

<sup>792</sup> Vgl. RIEMER, Nottestament, S. 340. – Zur Errichtung der mündlichen Verfügung vgl. oben S. 157 ff.

<sup>793</sup> Vgl. ZK-ESCHER, Art. 508 N 3; RIEMER, Nottestament, S. 338 FN 19. – Zur Gültigkeitsdauer der mündlichen Verfügung vgl. oben S. 160 f.

<sup>794</sup> Vgl. zum Ganzen BK-KUMMER, Art. 9 N 38 ff.; ZGB-SCHMID, Art. 9 N 23 ff.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 120. – Mit Recht weist BREITSCHMID, Formvorschriften, N 157, darauf hin, dass bei Bestreitung der Echtheit der Beweiswert einer in öffentlicher Urkunde errichteten Verfügung von Todes wegen im Ergebnis nicht grösser ist als bei einer eigenhändigen Verfügung.

<sup>795</sup> Vgl. oben S. 32 f.

Das die Klage gutheissende Gestaltungsurteil hat zur Folge, dass einer mangelhaften, aber dennoch rechtsgültigen Verfügung von Todes wegen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen wird. Diese Wirkung greift allerdings nicht unmittelbar im Anschluss an die Urteilseröffnung, sondern erst mit Eintritt der *formellen Rechtskraft* Platz; formell Rechtskräftig ist ein eröffnetes Urteil dann, wenn es nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann<sup>796</sup>.

Die mit der Ungültigkeitsklage erzielte Rechtsänderung tritt mit *Wirkung ex tunc* ein. In der Doktrin ist umstritten, ob die Wirkungen auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs<sup>797</sup> oder aber auf den Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung<sup>798</sup> zurückbezogen werden. Unter Berücksichtigung, dass bei entgeltlichen Erbverträgen die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs unpraktikabel anmutet, verdient nach hier vertretener Ansicht die letztgenannte Auffassung den Vorzug. Auf Grund der Rückwirkung präsentiert sich die Rechtslage – aus der Optik nach dem gutheissenden Urteil betrachtet – dergestalt, als hätte die ungültige Verfügung gar nie existiert. Für die Bestimmung der Erbfolge kann somit entweder eine früher errichtete Verfügung (allein) wirksam werden oder es finden die Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge Anwendung<sup>799</sup>.

Solange die formelle Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils noch nicht eingetreten ist, gelten die eingesetzten Erben nur als *provisorische Erben*, ihre Stellung ist mithin resolutiv bedingt. Eine zu einem späteren Zeitpunkt ungültig erklärte Verfügung kann bis zu diesem Zeitpunkt aber immer noch von Bedeutung sein; dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung von Rechtshandlungen, welche provisorische Erben gestützt auf eine (nachträglich ungültig erklärte) Verfügung vornahmen. Für diese Handlungen ist grundsätzlich die Rechtslage massgebend, die bestehen würde, wenn die ungültige Verfügung noch in Kraft sein würde (insofern ist die Optik vor dem gutheissenden Urteil massgebend). Ein provisorischer Erbe kann demnach bis zum rechtskräftigen Wegfall seiner Position davon ausgehen, dass er Erbe ist<sup>800</sup>.

Die Frage einer allfälligen *Verantwortlichkeit* des im Ungültigkeitsprozess unterlegenen Beklagten für Handlungen, welche er in Bezug auf die Nachlassobjekte bereits vorgenommen hat (wie etwa Veräusserung, Verbrauch oder Zerstörung) steht – da es letztlich um Leistungsansprüche geht – nicht in direktem Zusammenhang mit der eine Gestaltungsklage darstellende Ungültigkeitsklage. Solche Probleme sind vielmehr Gegenstand der Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB), womit sich an dieser Stelle eine Erörterung erübrigt. Bezüglich der Schwierigkeit, inwieweit Ersatzgegenstände, Nutzungen sowie andere Vermögensvorteile herausverlangt und der Besitzer für die Abnützung, Beschä-

---

<sup>796</sup> Zur formellen Rechtskraft vgl. beispielsweise GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 362; STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 18 N 2.

<sup>797</sup> Vgl. in diesem Sinne ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 29; BK-TUOR, Art. 519 N 16; STEINER, Erfordernis, S. 89; MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 98; WELTI, Willensmängel, S. 86; wohl auch DRUEY, Erbrecht, § 12 N 56 i. V. m. § 15 N 88.

<sup>798</sup> Vgl. in diesem Sinne HASENBÖHLER, Sittenwidrige Verfügungen, S. 19; PIOTET, SPR IV/1, S. 273 f.; BECK, Grundriss, S. 101; GRUNDLER, Willensmängel, S. 291.

<sup>799</sup> Vgl. BK-TUOR, Art. 519 N 16; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 56.

<sup>800</sup> Vgl. so auch DRUEY, Erbrecht, § 15 N 88 und N 91.

digung oder Vernichtung der Vermögenswerte zur Verantwortung gezogen werden kann sei an dieser Stelle auf die einschlägige Literatur verwiesen<sup>801</sup>.

## II. Teilungültigkeit

Grundsätzlich wirken Gestaltungsurteile gegenüber jedermann, also auch gegen solche Personen, welche nicht in den Gestaltungsprozess einbezogen worden sind; die erzielte Rechtsänderung ist infolgedessen nicht nur von den Parteien, sondern auch von Dritten zu beachten<sup>802</sup>. Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht bildet nach Ansicht des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre indes eine Ausnahme, da die Ungültigkeit *in personeller Hinsicht* beschränkt ist (nachfolgend A.) und auch ein *in sachlicher Hinsicht* beschränktes Ungültigkeitsurteil ergehen kann (nachfolgend B.).

### A. In personeller Hinsicht

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung und auch nach Ansicht der herrschenden Lehre bildet die Ungültigkeitsklage einen der seltenen Ausnahmefälle, in welchem einer Gestaltungsklage keine erga omnes-Wirkung zukommt. Vielmehr soll das Urteil in einem Prozess betreffend die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen nur im Verhältnis zwischen den Prozessparteien Recht schaffen; es wirkt also nur zu Gunsten der Erben und Bedachten, die als Kläger aufgetreten sind bzw. nur zulasten jener aus der Verfügung von Todes wegen Berechtigten, die ins Recht gefasst wurden. Dieser Auffassung zufolge besitzt die Ungültigerklärung nur *relative Rechtskraft* und entfaltet ihre Wirkung nur *inter partes*<sup>803</sup>.

Die Rechtsprechung findet ihre Begründung darin, dass es grundsätzlich „im Belieben der Beteiligten steht, ob und allenfalls wieweit sie eine letztwillige Verfügung gelten lassen wollen“<sup>804</sup> und dass überdies bei der Ungültigkeitsklage kein öffentliches Interesse in Betracht kommt, welches erheischen würde, dass das die Klage gutheissende Urteil gegenüber jedermann wirkt. Stichhaltig ist m.E. insbesondere das erste Argument; der Kläger hat es demnach in der Hand, durch gezielte Erhebung der Ungültigkeitsklage gegen einzelne Beklagte die Unwirksamkeit nur diesen gegenüber herbeizuführen und demnach andere Anordnungen oder Personen von der Sanktion der Ungültigkeit zu verschonen. Gründe dafür können beispielsweise Pietät gegenüber dem Erblasser sein oder aber Sympathien gegenüber gewissen bedachten Personen oder Institutionen. Würde das Ungültigkeitsurteil absolute Rechtskraft entfalten, wäre ein potentieller Kläger vielfach faktisch genötigt, auf die Anhebung einer Klage zu verzichten, ansonsten er in Kauf nehmen müsste, „über das eigentliche Ziel hinauszuschie-

---

<sup>801</sup> Vgl. zu den Wirkungen der Erbschaftsklage eingehend SOMM, Erbschaftsklage, S. 119 ff.; vgl. im übrigen STEINER, Erfordernis, S. 84 ff.; HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 84 ff.

<sup>802</sup> Vgl. ausführlich GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 382 f.; RAMER, Gestaltungsklagen, S. 19 f.

<sup>803</sup> Vgl. BGE 40 II 190, 192; 44 II 107, 116; 57 II 150, 152; 78 II 181, 183; 81 II 33, 36; vgl. auch HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 93 ff.; BK-TUOR, Vorbem. zu den Art. 519-521 N 6b; ZK-ESCHER, Art. 519 N 6; RASCHEIN, Ungültigkeit, S. 83 f.

<sup>804</sup> BGE 81 II 33, 36. In BGE 57 II 150, 152, stützt sich das Bundesgericht zudem noch auf die Rechtsnatur der Klage, auf den zivilprozessualen Grundsatz, dass von Rechtskraft in der Regel keine Dritten betroffen werden sowie auf praktische Überlegungen.

ssen“ und die Verfügung gegenüber jedwelchen Personen zu Fall zu bringen. Ist etwa in einer mangelhaften Verfügung von Todes wegen sowohl ein erbschleichender Arzt oder Anwalt des Erblassers als auch ein Kunstmuseum begünstigt, müsste der Kläger – will er ausschliesslich die Verfügung in Bezug auf die unredliche Vertrauensperson zu Fall bringen – in Kauf nehmen, dass auch die Zuwendung an das Kunstmuseum dahinfällt.

Der apodiktischen Auffassung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre kann m.E. nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Vielmehr ist das Folgende zu bedenken, wobei zur Illustration von folgendem Sachverhalt auszugehen ist:

A, B, und C sind eingesetzte Erben und sollen zu gleichen Teilen erben (jeder ein Drittel). Das Testament ist mangels Unterschrift formungültig; D als einziger (übergangener) gesetzlicher Erbe klagt nun den C ein und dringt mit seiner Ungültigkeitsklage durch.

Auf Grund der inter partes-Wirkung tritt in Bezug auf A und B keine Änderung der Verhältnisse ein – sie bleiben Erben und behalten je einen Drittel am Nachlass. Im Verhältnis D-C fällt auf Grund der gutgeheissenen Klage C als Erbe weg und wird durch D ersetzt (eine Art „Eintrittsprinzip“<sup>805</sup>), der nun seinerseits Erbe zu einem Drittel wird (A und B, selbst auf Grund eines formungültigen Testaments Erben, werden die Verfügung nicht anfechten, ansonsten sie selbst – sie wären ja „inter partes“ – ihre Erbenstellung verlieren würden).

Die inter partes-Wirkung bedeutet nun nach Auffassung des Bundesgerichts, dass das „Urteil nach allgemeinen Grundsätzen Rechtskraft nur gegenüber denjenigen Personen zu erlangen vermag, gegen die es ergangen ist“<sup>806</sup>, im obgenannten Falle also ausschliesslich gegenüber C. Nach der Formulierung des Bundesgerichts wäre das Urteil für nicht in den Ungültigkeitsprozess involvierte Personen demnach gar nicht beachtlich. Nach hier vertretener Auffassung führt diese Rechtsprechung in zweierlei Hinsicht zu stossenden Ergebnissen:

Eine reine inter partes-Wirkung hiesse zum einen, dass C *gegenüber Dritten*, wie etwa einem Erbschaftsgläubiger X oder der Bank Y, weiterhin als Erbe gilt (denn er ist ja nur im Verhältnis zum Kläger als Erbe weggefallen: inter partes) mit der Konsequenz, dass C dem X für ausstehende Erbschaftsschulden haftet (vgl. Art. 603 Abs. 1 ZGB) oder gegen Y eine Klage auf Auskunftserteilung über lebzeitige Vorgänge und Verhältnisse

---

<sup>805</sup> Denkbar ist auch eine Art „Anwachsungsprinzip“, etwa bei folgender Konstellation: A, B und C sind eingesetzte Erben zu je einem Drittel, die Einsetzung des A erfolgte auf Grund eines Willensmangels; B alleine klagt gegen A und dringt durch. Auf Grund der inter partes-Wirkung ändert sich die Stellung des C nicht, er behält seinen Drittel; im Verhältnis zum obsiegenden B verliert A die Hälfte seines ursprünglichen Anspruchs (also ein Sechstel), der nun bei B „anwächst“. Diesem steht nun sein Drittel sowie ein Sechstel von A zu, zusammen also die Hälfte der Erbschaft; A bleibt noch die restliche Hälfte seines Drittels (also ein Sechstel). Würde nun auch noch C gegen A wegen Willensmangel klagen und obsiegen, würde der bei A verbleibende Sechstel bei C „anwachsen“. – Weiteres Beispiel: A ist eingesetzter Alleinerbe, B, C und D als gesetzliche Erben wurden übergangen; die Verfügung leidet an einem Formmangel. B klagt gegen A und dringt durch. Da B und C ihre Ansprüche nicht geltend machten, erhalten sie auch nichts. B bekommt einen Drittel von A, der seinerseits zwei Drittel behält; klagt nun C alleine (oder zusammen mit D) später noch gegen A, muss letzterer einen, resp. beide Drittel an den, resp. die Kläger abgeben; vgl. zu diesem Exempel auch HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 91 f.

<sup>806</sup> BGE 44 II 107, 116.

einleiten könnte – dies immer unter der Prämisse, dass C letztlich nichts erhält, weil er im Ungültigkeitsprozess gegen D unterlegen ist und D folglich seinen Drittel erhält.

Zum anderen hätte die reine inter partes-Wirkung zur Folge, dass C auch *gegenüber (ursprünglichen) Miterben* A und B weiterhin als ihr Miterbe gelten würde (C hat seine Erbenstellung ja nur gegenüber D verloren). Als (Mit-) Erbe (zumindest gegenüber A und B) müsste er demnach gegebenenfalls sein Recht auf Auskunft über Nachlasssachen gegenüber seinen Miterben geltend machen (vgl. Art. 607 Abs. 3 ZGB) oder gar ein Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters einreichen können (vgl. Art. 602 Abs. 3 ZGB).

Zudem müsste C jeweils dort als Kläger oder Beklagter an einem Verfahren mitwirken, wo eine (aktive oder passive) *notwendige Streitgenossenschaft* unerlässlich ist, wie etwa bei der Erbschaftsklage, die sich gegen einen Nicht-Erben richtet (vgl. Art. 598 Abs. 1 ZGB); bei der Vermächtnisklage, sofern sich aus der letztwilligen Anordnung nichts anderes ergibt (vgl. Art. 601 ZGB); bei der Erbteilungsklage als Gesamtklage (vgl. Art. 604 Abs. 1 ZGB) oder als partielle Teilungsklage (vgl. Art. 604 Abs. 2 ZGB); bei der Erbteilungsklage als Vorausklage auf Tilgung der Nachlassschulden (vgl. Art. 610 Abs. 3 ZGB); bei der Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrages, sofern Streitgegenstand ein Grundstück ist (vgl. Art. 634 Abs. 1 ZGB); bei der Anfechtung eines Teilungsvertrages (Art. 638 ZGB)<sup>807</sup>.

Um dem Charakter einer Gestaltungsklage gerecht zu werden und um zu verhindern, dass die Ungültigkeitsklage ihren Sinn verliert, postuliert eine abweichende Meinung m.E. zu Recht, dass auch dem Ungültigkeitsurteil eine gewisse – erga omnes geltende – Gestaltungswirkung zukommen soll. Sachgerechter als die kompromisslose Lösung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre scheint die namentlich von GULDENER vertretene Ansicht zu sein, dass das Ungültigkeitsurteil „auch für Dritte massgebend ist, soweit die im Verhältnis der Prozessparteien eingetretene Rechtsänderung für sie von Bedeutung ist“<sup>808</sup>. Folglich ist die durch das Urteil im Prozess zwischen C und D „verfügbare Rechtsänderung [...] eben von jedermann zu beachten, nur greift die Rechtsgestaltung nicht auf Rechtsverhältnisse über, die nicht Gegenstand des Urteils waren“<sup>809</sup>. A und B bleiben trotz der Formungültigkeit der letztwilligen Verfügung als eingesetzte Erben bestehen, doch ist das Urteil nicht nur für C und D, sondern auch für Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner verbindlich.

Dem Kläger ist es somit bei Vorliegen eines besonderen Interesses immer noch möglich, einzelne Personen resp. einzelne Verfügungen von der Sanktion der Ungültigkeit zu verschonen. Zudem könnten – beispielsweise bei einer ungültigen Auflage, wo mit der Ungültigkeitsklage kaum alle je erdenklichen Vollziehungsberechtigten ins Recht gefasst werden können – auch weitere Prozesse über den gleichen Streitgegenstand vermieden werden<sup>810</sup>.

---

<sup>807</sup> Vgl. BRÜCKNER, Klagen, N 72, N 199, N 140, N 152, N 127, N 160 und N 191.

<sup>808</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 382 f., insbesondere mit FN 80b.

<sup>809</sup> GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 382 f., insbesondere mit FN 80b.

<sup>810</sup> Vgl. in ähnlichem Sinne auch PIOTET, SPR IV/1, S. 274 f., nach dessen Ansicht das Ungültigkeitsurteil als Gestaltungsurteil grundsätzlich gegenüber jedermann wirkt, die Rechtskraft des Urteils aber auf die Verfügungen eingeschränkt sind, „an denen die Parteien hauptsächlich interessiert sind“;

## B. In sachlicher Hinsicht

Durch den die Ungültigkeitsklage gutheissenden Richterspruch kann zum einen die Verfügung von Todes wegen insgesamt aufgehoben werden. Zum anderen kann auch auf eine in sachlicher Hinsicht beschränkte Ungültigerklärung erkannt werden, mit der Folge, dass nicht die gänzliche Verfügung, sondern bloss *einzelne* ihrer *Anordnungen* der Gültigkeit verlustig gehen.

Aus den nachfolgenden Beispielen erhellt, dass für die Frage, ob in einem konkreten Fall eine Voll- oder eine Teilungültigkeit Platz greifen kann, dem Klagegrund, auf Grund dessen die Ungültigkeitsklage gutgeheissen wird, keine entscheidende Bedeutung zukommt<sup>811</sup>.

Hat der Erblasser die umstrittene Verfügung zu einer Zeit errichtet, in der er *verfügungsunfähig* war, betrifft dieser Mangel grundsätzlich die Verfügung als solche, weshalb in aller Regel die Totalungültigkeit der Verfügung die einzig konsequente Sanktion darstellt. Eine Ausnahme ist immerhin dann denkbar, wenn sich die Errichtung der Verfügung über einen längeren Zeitraum (z.B. mehrere Tage) erstreckte, der Erblasser aber nur in einem bestimmten Zeitpunkt testierunfähig war (etwa infolge übermässigen Alkoholkonsums oder einer Narkose). Diesfalls scheint die Teilungültigkeit eine durchaus adäquate Rechtsfolge zu sein<sup>812</sup>.

Hauptsächlicher Anwendungsbereich der Teilungültigkeit bilden die Verfügungen von Todes wegen, welche an einem *Willensmangel* leiden oder deren Inhalt *unsittlich oder rechtswidrig* ist. Zu denken ist an eine letztwillige Verfügung, in welcher der Erblasser für den zoologischen Garten ein Vermächtnis vorgesehen und gleichzeitig seine Maîtresse im Hinblick auf künftige Liebesdienste begünstigt hat<sup>813</sup>.

Vollkommene Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen greift grundsätzlich dann Platz, wenn diese an einem *Formmangel* leidet. Indes statuiert das Gesetz selbst hinsichtlich der öffentlichen letztwilligen Verfügung (Art. 520 Abs. 2 i.V.m. Art. 503 Abs. 2 ZGB), dem Erbvertrag (Art. 520 Abs. 2 i.V.m. Art. 512 Abs. 1 und 503 Abs. 2 ZGB) und der mündlichen Verfügung (Art. 520 Abs. 2 i.V.m. Art. 506 Abs. 3 und 503 Abs. 2 ZGB) eine Ausnahme, bei welcher ein Formmangel bloss Teilungültigkeit nach sich zieht. Dies gilt nach der Konzeption des Gesetzes namentlich dann, wenn in der betreffenden Verfügung die mitwirkenden Zeugen, die Urkundsperson oder die Angehörigen von Zeugen oder Urkundsperson bedacht werden – diesfalls ist die Rechtsfolge der Ungültigkeit nur auf diese einschlägigen Anordnungen beschränkt. Die restlichen erbrechtlichen Dispositionen werden von dieser Sanktion nicht tangiert und behalten demgemäss ihre Gültigkeit<sup>814</sup>. Auf partielle Ungültigkeit auf Grund eines Formmangels

---

UFFER-TOBLER, Auflage, S. 112 f.; MEYER, Wiederaufleben, S. 100 ff.; GRUNDLER, Willensmängel, S. 292 ff.; grundsätzlich sympathisierend TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Zivilgesetzbuch, S. 459 FN 10.

<sup>811</sup> Vgl. aber in diesem Sinne beispielsweise ZK-ESCHER, Art. 519 N 7; BK-TUOR, Art. 519 N 14; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 29; GRUNDLER, Willensmängel, S. 292.

<sup>812</sup> Indes ist nach hier vertretener Auffassung eine Teilungültigkeit als Folge der Anerkennung einer abgestuften Testierfähigkeit abzulehnen, vgl. dazu oben S. 68.

<sup>813</sup> Zum sog. Maîtressentestament vgl. oben S. 120 ff.

<sup>814</sup> Vgl. HERZOG, Ungültigkeitsklage, S. 37 f.; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 22; ZK-ESCHER, Art. 520 N 3; BK-TUOR, Art. 520 N 4; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 38; STEINER, Erfordernis, S. 95;



kann beispielsweise auch dann erkannt werden, wenn der Erblasser den einen Teil seiner letztwilligen Verfügung mit Schreibmaschine, den anderen Teil (einschliesslich Datum und Unterschrift) eigenhändig verfasst hat.

Wo die Möglichkeit einer blossen Teilungültigkeit besteht – nach hier vertretener Auffassung also unabhängig vom jeweiligen Klagegrund, auf Grund dessen die Gutheissung der Klage erfolgt –, muss anhand von *Auslegung und hypothetischem Erblasserwillen* untersucht werden, ob der Rest der Verfügung noch selbständig Bestand haben kann oder ob die vitiöse Anordnung auch alle anderen Dispositionen infiziert hat. Das urteilende Gericht hat gestützt auf eine im Sinne von Art. 7 ZGB liegende *analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR* zu ermitteln, was der Erblasser angeordnet hätte, wenn ihm die nachmaligen Umstände bekannt gewesen wären. Die gerichtliche Ungültigerklärung ist demnach auf die vitiösen Teile zu beschränken, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser die Verfügung ohne diese Teile überhaupt nicht errichtet hätte<sup>815</sup>.

---

<sup>815</sup> MÜLLER, Ungültigkeitsklage, S. 95. – Zu Art. 503 Abs. 2 ZGB vgl. auch oben S. 146 und S. 172.  
Vgl. BGE 119 II 208, 211; 98 II 73, 84 f.; 43 II 579, 586; DRUEY, Erbrecht, § 12 N 58 i.V.m. N 15; RIEMER, Nichtige Testamente, S. 258; BREITSCHMID, Bemerkungen I, S. 1256; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 29; COTTIER, Testament olographe, S. 56; BRÜCKNER, Klagen, N 20; BK-TUOR, Art. 519 N 14; ZK-ESCHER, Art. 519 N 7; PIOTET, SPR IV/1, S. 211.

## Teil 3: Zuwendungen an Vertrauenspersonen im Lichte der Ungültigkeitsklage

### § 1 Problemstellung

Im 1. Teil der vorliegenden Arbeit wurde unter anderem hergeleitet, welche Berufsträger als (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen zu bezeichnen sind<sup>816</sup>; es sind dies insbesondere Ärzte, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Psychologen, Anwälte, Notare, Vormünder, Beistände und Beiräte, Geistliche und Laienseelsorger, Sozialarbeiter, Mitarbeiter von Spitex-Diensten und Haushalthilfen in der Heimpflege, Heimleiter und das entsprechende Pflegepersonal von Alters- oder Behindertenpflegeheimen, Banquiers, Treuhänder, Finanzberater und Vermögensverwalter.

Sowohl die deutsche als auch die schweizerische Doktrin haben in Bezug auf erbrechtliche Begünstigungen von Vertrauenspersonen – generell oder auch nur speziell hinsichtlich einer bestimmten Vertrauensperson – festgehalten, dass solche Rechtsgeschäfte „immer [...] fragwürdig“<sup>817</sup> sind. Überspitzt formuliert – und um die Worte DRUEYS zu gebrauchen – kann gar gesagt werden, dass es sich bei erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen um Sachverhalte handelt, welche für jeden prima-vista-Betrachter „stinken“<sup>818</sup>. Die Problematik dieser Sachverhalte ergibt sich aus dem Umstand, dass einem solchen Rechtsgeschäft die Gefahr inhärent ist, dass die Vertrauensperson ihre Machtstellung<sup>819</sup> – welche ihr auf Grund des Machtgefälles gegenüber dem Erblasser zukommt – ausgenutzt hat, um ihre erbrechtliche Begünstigung zu erwirken. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich beim Erblasser um eine betagte, alleinstehende (verwitwete) und sozial isolierte Person handelt<sup>820</sup>.

Doch unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall der Vertrauensperson eine Machtstellung zukommt oder nicht: Entscheidend ist, dass eine erbrechtliche Zuwendung an eine Vertrauensperson allemal den Anschein erweckt, sie erfolge nur oder zumindest vorwiegend auf Grund der *Ausnutzung der Vertrauensstellung durch die Vertrauensperson*. Wie bereits klargelegt wurde, liegen dem Schutz der Vertrauensstellung aber grundsätzlich nicht nur individuelle Interessen, sondern auch die Interessen der Berufsträger selbst sowie insbesondere öffentliche Interessen zu Grunde<sup>821</sup>. Dies rechtfertigt es

<sup>816</sup> Vgl. dazu oben S. 26.

<sup>817</sup> So generell FLUME, Rechtsgeschäft, S. 372; vgl. auch MARTY/RAYNAUD, Successions, N 355; speziell (hinsichtlich der Begünstigung vormundschaftlicher Mandatsträger) SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht, S. 93; vgl. auch BREITSCHMID, Begünstigung, S. 52 f. FN 13 i.f., wonach, „ein ernster Verstoss gegen die Treuepflicht vorliegt bzw. die Vertrauenswürdigkeit erheblich berührt ist“; implizite in diesem Sinne auch BREITSCHMID, Aufsicht, S. 177 FN 95.

<sup>818</sup> Vgl. DRUEY, Bemerkungen, S. 734, in Bezug auf BGE 124 III 5 ff., bei welchem der Beistand Reto R. kurz vor dem Ableben der Erblasserin als Alleinerbe eingesetzt wurde.

<sup>819</sup> Teilweise spricht die Doktrin gar auch von einem „Überordnungsverhältnis“ zwischen Vertrauensperson und Erblasser, vgl. nur MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 224.

<sup>820</sup> Vgl. diesbezüglich etwa den geradezu „musterhaften“ Sachverhalt im englischen Entscheid Wintle v. Nye unten S. 185; vgl. in diesem Sinne auch STEIN, Testierfreiheit, S. 77.

<sup>821</sup> Vgl. dazu oben S. 20 und S. 25.

m.E., den Tatbestand der erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen nicht nur als „fragwürdig“, sondern gar als *verwerflich* zu bezeichnen.

Die Zuwendungen an Vertrauenspersonen stellen indes keine helvetische Singularität dar. In verschiedenen europäischen Rechtsordnungen wurde der aufgezeigten Problematik in unterschiedlicher Art und in unterschiedlichem Umfang Rechnung getragen. Anhand eines *rechtsvergleichenden Überblicks* (nachfolgend § 2) soll dargelegt werden, in welchen nationalen Rechtsordnungen sich in Bezug auf Zuwendungen an – wenn auch nur einzelne – Vertrauenspersonen besondere Regelungen oder Sanktionen finden. Im Anschluss daran wird anhand verschiedener *Lösungsvorschläge* untersucht, wie solche erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, welche durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses zustande gekommen sind, in der Schweiz – *de lege lata* und *de lege ferenda* – im Lichte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage zu erfassen sind (nachfolgend § 3).

## § 2 Rechtsvergleichender Überblick

Besondere Regelungen in Bezug auf Zuwendungen an (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen finden sich in den Rechtsordnungen von *Deutschland* (nachfolgend I.), *Österreich* (nachfolgend II.), *Frankreich* (nachfolgend III.) und *England* (nachfolgend VI.).

### I. Deutschland

Wie in der Schweiz gilt auch in Deutschland hinsichtlich der gewillkürten Erbfolge der Grundsatz der Testierfreiheit<sup>822</sup>. Da die Voraussetzungen der Wirksamkeit von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen in den materiellen Normen des deutschen Erbrechts nicht abschliessend geregelt sind, finden diesbezüglich auch die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB Anwendung.

§ 134 BGB bildet in Bezug auf das Erbrecht eine *Schranke der Testierfreiheit*. Nach dieser Bestimmung ist „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, [...] nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Hinsichtlich der Zuwendungen an Vertrauenspersonen findet sich eine solche gesetzliche Verbotsnorm in § 14 des Gesetzes über die Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (*HeimG*)<sup>823</sup> vom 7. August 1974 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 1990, zuletzt geändert durch das zweite Gesetz zur Änderung des HeimG vom 3. Februar 1997. Unter den sachlichen Anwendungsbereich des HeimG fallen nach dessen § 1 Abs. 1 entgeltlich betriebene „Heime, die alte Menschen sowie pflegebedürftige oder behinderte Volljährige nicht nur vorübergehend aufnehmen“<sup>824</sup>. Der hier interessierende § 14 HeimG lautet wie folgt:

---

<sup>822</sup> Vgl. statt aller BROX, Erbrecht, N 20 und N 24.

<sup>823</sup> BGBl I 764.

<sup>824</sup> Vgl. eingehend zum Anwendungsbereich des HeimG KLIE, Heimaufsicht, S. 43 ff.; STEIN, Testierfreiheit, S. 40 ff.

„§ 14. Leistungen an Träger und Beschäftigte

1. Dem Träger eines Heims ist es untersagt, sich von oder zu Gunsten von Bewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 4 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.
2. Dies gilt nicht, wenn
  1. [...]
  2. geringwertige Aufmerksamkeiten versprochen oder gewährt werden.
3. [...]
4. [...]
5. Dem Leiter, dem Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heims ist es untersagt, sich von oder zu Gunsten von Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen. Dies gilt nicht, soweit es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.
6. Die zuständige Behörde kann im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten der Absätze 1 und 5 zulassen, soweit der Schutz der Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind.“

Für eine bestimmte (erbrechtlich relevante) Vertrauensperson, namentlich den *Notar*, findet sich im § 7 *Beurkundungsgesetz (BeurkG)*<sup>825</sup> vom 28. August 1969 eine Beschränkung der Erbfähigkeit:

„§ 7. Beurkundungen zu Gunsten des Notars oder seiner Angehörigen

Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind,

1. dem Notar,
2. seinem Ehegatten oder früheren Ehegatten oder
3. einer Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder war,

einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.“

Die *ratio legis* von § 14 *HeimG* besteht zum einen im Schutz von *privaten Interessen*. So dient die Norm der Verhinderung einer unterschiedlichen, bevorzugenden oder benachteiligenden, sachlich nicht gerechtfertigten Behandlung, sowie dem Schutz der Heimbewohner vor finanzieller und wirtschaftlicher Ausbeutung; § 14 *HeimG* dient damit der Sicherung der Testierfreiheit der Heimbewohner. Nicht beabsichtigt ist indes der Schutz der gesetzlichen Erben des Heimbewohners. Zum anderen schützt § 14 *HeimG* auch das *öffentliche Interesse* an einem ordnungsgemässen Heimbetrieb; „das öffentliche Vertrauen in eine ordnungsgemässe Alters- und Pflegeversorgung nähme Schaden, wenn der Eindruck entstünde, alte und pflegebedürftige Menschen seien zu zusätzlichen Leistungen genötigt, um Nachteile in der Behandlung zu vermeiden“<sup>826</sup>.

---

<sup>825</sup> BGBl I 1513.

<sup>826</sup> STEIN, Testierfreiheit, S. 50; vgl. auch BGHZ 110, 235, 239; KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz,

Unter die – öffentlich-rechtliche<sup>827</sup> – Verbotsnorm des § 14 HeimG fallen nicht nur Zuwendungen unter Lebenden, sondern auch Zuwendungen von Todes wegen, wie etwa *Erbverträge*. In Bezug auf *letztwillige Verfügungen* verlangt die Rechtsprechung und ein Teil der Doktrin auf Grund des Tatbestandsmerkmals „sich [...] gewähren zu lassen“ (vgl. § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG), dass die letztwillige Verfügung mit dem Einverständnis (und daher mit Kenntnis) des Bedachten errichtet wurde oder dass die Einsetzung dem bedachten Heimträger bzw. Bediensteten zu Lebzeiten des Erblassers bekannt war<sup>828</sup>. Die jüngere Doktrin, namentlich repräsentiert durch STEIN, verfißt m.E. mit überzeugenden Argumenten die Auffassung, dass der Begünstigte zu Lebzeiten des Erblassers keine Kenntnis vom Inhalt der Verfügung haben muss. Dieser Schluss drängt sich auf Grund der bedeutsamen Frage der Beweisbarkeit der Kenntnis sowie der daraus resultierenden faktischen Unmöglichkeit, den Schutzzweck des § 14 HeimG zu erreichen, auf<sup>829</sup>.

Nach BROX fallen letztwillige Verfügungen nicht unter § 14 HeimG, „weil der Erblasser jederzeit in der Lage ist, sein Testament ohne Grund – sogar durch bloße Vernichtung der Urkunde – zu widerrufen“<sup>830</sup>. Dieser Ansicht ist indes entgegenzuhalten, dass die Heimträger bzw. Bediensteten nach Errichten der Verfügung diese für den Erblasser wohl nicht selten an einem „sicheren“ – für ihn unerreichbaren – Ort aufbewahren, ihn von aussenstehenden Personen abschirmen oder ihm die zur Errichtung einer neuen Verfügung erforderlichen Schreibmittel vorenthalten und ihm so faktisch verunmöglichen, die Verfügung zu widerrufen.

Für die *Kenntnis der Einsetzung* genügt das Wissen eines Mitarbeiters, den der Heimträger als Ansprechpartner für die Heimbewohner bestimmt hat und der wegen seiner Stellung im Heim wesentlichen Einfluss auf die konkrete Lebenssituation der Bewohner ausüben kann; hierfür ist auf die Sicht der Heimbewohner abzustellen<sup>831</sup>. Erlangt der Heimträger zu Lebzeiten des Erblassers Kenntnis vom Umstand, dass Letzterer den Heimträger oder das Heimpersonal erbrechtlich begünstigen möchte, eröffnet § 14

---

§ 14 N 3; KLIE, Heimaufsicht, S. 59 f.; ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 41; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221; BROX, Erbrecht, N 256; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 772; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht, N 1.61; SCHLÜTER, Erbrecht, N 214; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 16.

<sup>827</sup> Obwohl dem HeimG sehr weitgehende privatrechtliche Konsequenzen zukommen, handelt es sich um Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Gewerberechts, vgl. dazu etwa ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 42; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221.

<sup>828</sup> Vgl. etwa BayObLG FamRZ 1991, S. 1354; 1992, S. 975; 1993, S. 479; BVerwG NJW 1990, S. 2268; von der zustimmenden Doktrin vgl. etwa KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz, § 14 N 7 und N 24; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht, N 1.61.

<sup>829</sup> Vgl. die einlässliche Darstellung bei STEIN, Testierfreiheit, S. 62 ff.; in diesem Sinne auch SOERGEL/STEIN, BGB, § 1923 N 11, nach deren Auffassung § 14 HeimG einen Fall der relativen Erbunfähigkeit regelt.

<sup>830</sup> BROX, Erbrecht, N 256.

<sup>831</sup> Vgl. ausführlich STEIN, Testierfreiheit, S. 66 ff.; ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 44 f.; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht, N 1.61; BayObLG NJW 1993, S. 1144. – Zur faktischen Verhinderung, eine neue Verfügung zu errichten bzw. eine alte zu widerrufen, vgl. auch oben S. 100.

Abs. 6 HeimG Ersterem die Möglichkeit, eine *Ausnahmegenehmigung* einzuholen. Eine Genehmigung nach Errichtung der Verfügung ist indes ausgeschlossen<sup>832</sup>.

Unter das Verbot von § 14 HeimG fallen auch erbrechtliche Verfügungen von *Heimberwerbern* sowie Zuwendungen von *Eltern von Heimbewohnern*, wenn dadurch eine Begünstigung der *Träger des Heims* oder des *Heimpersonals* eintritt (vgl. § 14 Abs. 5 HeimG). Zum Heimpersonal zählen auch Personen, die auf Grund besonderer Verträge oder ehrenamtlich im Heim ihre Dienste erbringen, wie beispielsweise der Hausarzt oder der Psychologe. Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften werden desgleichen Zuwendungen zu Gunsten von *Angehörigen des Heimträgers oder des Heimpersonals* durch die Vorschrift erfasst<sup>833</sup>. Mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage findet nach Ansicht der Rechtsprechung § 14 HeimG weder direkte noch analoge Anwendung auf Zuwendungen des Betreuten an den Betreuer<sup>834</sup>.

Rechtlich unproblematisch ist das Versprechen oder die Gewährung bloss *geringwertiger Aufmerksamkeiten* (vgl. § 14 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 5 HeimG). Geringwertigkeit im Sinne dieser Bestimmung liegt grundsätzlich dann vor, wenn nach der allgemeinen Verkehrsanschauung die Vermögenslage des Nehmers durch die Zuwendung nicht wesentlich verbessert, die des Gebers nicht wesentlich verschlechtert wird. Keine Geringwertigkeit liegt vor, wenn innerhalb eines Jahres mehrere geringwertige Aufmerksamkeiten versprochen oder gewährt werden, die zusammen betrachtet nicht mehr als geringwertig anzusehen sind. Nach Ansicht der einschlägigen Doktrin ist die *Höchstgrenze bei DM 50.*— festzusetzen. Gleichermassen unproblematisch sind Aufmerksamkeiten, die nicht in einer Geldleistung bestehen, sofern sie den Gegenwert von DM 50.— nicht überschreiten<sup>835</sup>.

Erforderlich ist, dass zwischen der erbrechtlichen Begünstigung und den im Heim angebotenen Leistungen ein Zusammenhang besteht. Damit die Vorschrift aber in der Praxis nicht zu einer stumpfen Waffe verkommt, besteht – bis zum Beweis des Gegenteils – eine *Vermutung des Kausalzusammenhangs* zwischen versprochenem oder gewährtem Vermögensvorteil und diesen Leistungen, mithin eine Umkehr der Beweislast. Ohne Belang ist indes, ob die Leistungen des Heims im Voraus oder nachträglich erbracht werden<sup>836</sup>.

Liegt ein Verstoß gegen das Zuwendungsverbot vor, besteht die *Rechtsfolge* in der *Nichtigkeit* der Verfügung von Todes wegen bzw. der entsprechenden Bestimmung der

---

<sup>832</sup> Vgl. BVerwG NJW 1988, S. 984; KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz, § 14 N 26 i.V.m. N 29; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 772; eingehend STEIN, Testierfreiheit, S. 81 ff.

<sup>833</sup> Vgl. einlässlich und m.w.H. NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 42; KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz, § 14 N 22.

<sup>834</sup> Vgl. BayObLG NJW 1998, S. 2369; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221 f.; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; FIRSCHING/GRAF, Nachlassrecht, N 1.61; LEIPOLD, Erbrecht, N 187 m.w.H.

<sup>835</sup> Vgl. diesbezüglich KUNZ/RUF/WIEDEMANN, Heimgesetz, § 14 N 12; STEIN, Testierfreiheit, S. 80 f. mit FN 185 f. m.w.H.; KLIE, Heimaufsicht, S. 60.

<sup>836</sup> Vgl. etwa BGHZ 110, 235, 239; ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 43; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 772; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254 m.w.H.

Verfügung (§ 134 BGB i.V.m. § 14 HeimG). Nichtigkeit tritt auch dann ein, wenn das Testament vor dem Eintritt ins Heim errichtet wurde<sup>837</sup>.

Ähnliche Regelungen finden sich in Deutschland aber nicht nur im HeimG hinsichtlich Träger und Personal von Alten- oder Pflegeheimen. Annahmeverbote gelten für die *Bediensteten* (Angestellte und Beamte) *staatlicher oder kommunaler Alterspflegeeinrichtungen* (vgl. § 10 BAT, § 43 BRRG i.V.m. § 70 BBG) sowie für die *Zivildienstleistenden* (vgl. § 78 Abs. 2 ZDG i.V.m. § 19 SoldatenG). Das Regelungsziel dieser Bestimmungen besteht in der *Vermeidung des bösen Anscheins*, dass Beamte oder Angestellte des öffentlichen Dienstes durch Geschenke oder erbrechtliche Zuwendungen beeinflussbar sein könnten; es werden somit öffentliche Interessen verfolgt<sup>838</sup>.

Für die Vertrauensperson des *Notars* – und gewisse mit ihm verwandte Personen – enthält das BeurkG eine Beschränkung der Erbfähigkeit, sofern er in der Verfügung bedacht wird (§ 27 i.V.m. § 7 BeurkG). Diese Vorschrift legt eine (*relative*) *Erbunfähigkeit* fest und schützt die Lauterkeit bei der Errichtung der Verfügungen von Todes wegen. Auch sie bezweckt die Verhinderung der Beeinflussung des Erblassers bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen. Bedacht ist der Notar, wenn er als Erbe oder Vermächtnisnehmer auftritt oder wenn er durch eine Auflage begünstigt wird<sup>839</sup>.

## II. Österreich

Auch in der österreichischen Rechtsordnung finden sich Normen, welche die Problematik von Erbfällen mit Beteiligung von (erbrechtlich relevanten) Vertrauenspersonen zum Inhalt haben. Die Bestimmungen beziehen sich namentlich auf *Ordenspersonen* (*Geistliche*). Diesbezüglich seien die folgenden Regeln des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) hervorgehoben:

„§ 538. Wer ein Vermögen zu erwerben berechtigt ist, kann in der Regel auch erben. Hat jemand dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsagt, oder auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht getan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.“

„§ 539. Inwiefern geistliche Gemeinden, oder deren Glieder erbfähig sind, bestimmen die politischen Vorschriften.“

Aus diesen Bestimmungen erhellt, dass der österreichische Erbrechtsgesetzgeber den Zuwendungen an (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen mit einer *Einschränkung*

---

<sup>837</sup> BayObLG NJW 1992, S. 55 f.; SCHLÜTER, Erbrecht, N 214; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 254; LEIPOLD, Erbrecht, N 183 FN 3.

<sup>838</sup> Vgl. zum Ganzen eingehend STEIN, Testierfreiheit, S. 86 ff. (zu § 10 BAT) und S. 111 ff. (zu § 70 BBG); ROSSAK, Verfügungen von Heimbewohnern, S. 45 f.; MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 222 f.; NIEDER, Testamentsgestaltung, N 255 m.w.H.

<sup>839</sup> Vgl. EBENROTH, Erbrecht, N 18; KIPP/COING, Erbrecht, S. 483; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 345 f. – Entsprechendes gilt auch für Zuwendungen an die in den notariellen Akt involvierten Dolmetscher, Zeugen sowie den Vertrauenspersonen der Tauben und Stummen (§ 27 i.V.m. § 16 Abs. 3 Satz 2, § 24 Abs. 2 oder § 26 Abs. 1 Ziff. 2 BeurkG); vgl. KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 117 f.

der *Erbfähigkeit* begegnet, welche letztlich zu einer de facto-Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers führt.

Basierend auf dem Grundgedanken, dass die erbrechtliche Erwerbsfähigkeit einen Teilaspekt der Rechtsfähigkeit darstellt, geht auch das österreichische Erbrecht davon aus, dass die *Erbfähigkeit* grundsätzlich *jedem Rechtssubjekt*, also natürlichen und juristischen Personen, zusteht (vgl. § 538 Satz 1 ABGB). Dieser Grundsatz gilt indes nicht absolut; gewisse Personen sind nach dem Gesetz relativ, andere absolut erbunfähig.

Relativ erbunfähig sind Personen, die erbunwürdig sind (vgl. § 540 ff. ABGB); die Unfähigkeit richtet sich nur gegen bestimmte Erblasser. Absolut erbunfähig, d.h. gegenüber jedem Erblasser, ist nach § 538 Satz 2 ABGB, „wer dem Rechte etwas zu enterben überhaupt entsagt“ hat. Die einzige Möglichkeit, sich durch Willenserklärung absolut erbunfähig zu machen, ist durch die Ablegung des *feierlichen Gelübdes* der Armut durch bestimmte Ordenspersonen (vgl. § 539 ABGB). Demgegenüber sind Ordenspersonen mit bloss einfachem Gelübde erbfähig<sup>840</sup>. Die *Erbfähigkeit* kann nicht durch Dispens eines Ordensoberen erlangt werden. Zudem kann die einem Ordensgeistlichen angefallene Erbschaft nicht von dessen Orden erworben werden, obgleich dieser erbfähig ist<sup>841</sup>.

Da indes neuerdings das *kanonische Recht* mit Reskript der Heiligen Kongregation für Ordensleute und Säkularinstitute vom 8. Juli 1974 die vermögensrechtlichen Auswirkungen des feierlichen Armutsgelübdes denen des einfachen Gelübdes gleichstellt, geht die einhellige zivilrechtliche Doktrin nunmehr davon aus, dass auch Ordenspersonen mit feierlichem Gelübde erbfähig sind. Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich Ordenspersonen nicht schlechter, als das kanonische Recht es will<sup>842</sup>. Dennoch ist die Bestimmung, welche Zuwendungen an Geistliche – resp. den Erwerb erbrechtlicher Zuwendungen durch diese – ausschliesst, nach wie vor in Kraft.

### III. Frankreich

Der französische Gesetzgeber hat in Bezug auf Zuwendungen an (erbrechtlich relevante) Vertrauenspersonen eingehend legiferiert. Die Bestimmungen beziehen sich namentlich auf *Vormünder, Ärzte, Heilbehandler, Apotheker, Geistliche, Handelsschiffsoffiziere, Inhaber, Geschäftsführer oder Angestellte von Alters-, Pflege- und Armenheimen sowie Notare* und enthalten eine gesetzliche *Beschränkung der erbrechtlichen Erwerbsfähigkeit (Erbfähigkeit)*. Als „incapables“ sind diese Personen relativ erbunfähig. Diesbezüglich seien die folgenden Regeln des Code civil (CC fr.) hervorgehoben:

„Art. 907. Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

<sup>840</sup> Vgl. SCHWIMANN/ECCHER, Praxiskommentar, § 538 N 3 und § 539 N 1; KRALIK, Erbrecht, S. 34.

<sup>841</sup> Vgl. diesbezüglich KLANG/WEISS, Kommentar, S. 83.

<sup>842</sup> Vgl. RUMMEL/WELSER, Kommentar, § 538 N 4 m.w.H.; GSCHNITZER/FAISTENBERGER, Erbrecht, S. 11; KRALIK, Erbrecht, S. 34 f.; SCHWIMANN/ECCHER, Praxiskommentar, § 538 N 2 i.V.m. § 539 N 1 m.w.H.; KOZIOL/WELSER, Grundriss, S. 297; DITTRICH/TADES, ABGB, S. 190 i.V.m. S. 117 f.



(L. n° 64-1230 du 14 décembre 1964) «Le mineur, devenu majeur ou émancipé, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré.»

Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants du mineurs, qui sont ou ont été leurs tuteurs.“

„Art. 909. Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

Sont exceptées:

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.“

„Art. 911. Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.“

„Art. 995. Les dispositions insérées dans un testament fait, au cours d'un voyage maritime, au profit des officiers du bâtiment autres que ceux qui seraient parents ou alliés du testateur, seront nulles et non avenues.

Il en sera ainsi, que le testament soit fait en la forme olographe ou qu'il soit reçu conformément aux articles 988 et suivants.“

Für *Inhaber, Geschäftsführer oder Angestellte von Alters-, Pflege- und Armenheimen* kommt das décret n° 56-149 du 24 janvier 1956 (Code de la famille et de l'aide sociale)<sup>843</sup> zur Anwendung:

„Art. 209<sup>bis</sup>. Les personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements visés aux articles 95 et 203 du présent code [établissement hébergeant, à titre gratuit ou onéreux, des mineurs, des personnes âgées, des adultes infirmes, des indigents valides ou des personnes accueillies en vue de leur réadaptation sociale] ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées dans le ou les établissements qu'elles exploitent ou dans lesquels elles sont employées dans les conditions fixées à l'article 909 du Code civil.

[...]“

Für *Notare* ist das décret n° 71-941 du 26 novembre 1971<sup>844</sup> von Relevanz:

„Art. 2. Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe, à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au

<sup>843</sup> Abgedruckt bei DALLOZ, Code Civil, im Anschluss an Art. 909.

<sup>844</sup> Abgedruckt bei DALLOZ, Code Civil, im Anschluss an Art. 1317.

degré d'oncle ou de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelque disposition en leur faveur.

[...].“

Diese Vorschriften haben den *Schutz des Verfügenden* zum Ziel, damit dieser nicht durch die Autorität des Begünstigten sowie dessen Einfluss verleitet wird, bestimmte Zuwendungen vorzunehmen. Gleichermassen dienen diese Bestimmungen dem *Schutz der Familie des Verfügenden*. In Bezug auf die Mediziner wird in der Doktrin m.E. zu Recht die Auffassung vertreten, dass die entsprechenden Normen auch dem *Schutz der Berufsträger* selbst dienen, da sie damit über jeden – unerwünschten – Verdacht erhaben sind und ihr Berufsstand dadurch an Ansehen gewinnt<sup>845</sup>. Als Instrument verwendet der französische Erbrechtsgesetzgeber eine besonders normierte *Einschränkung der Erbfähigkeit* (relative Erbunfähigkeit) gewisser Vertrauenspersonen.

Die Beschränkung der Erbfähigkeit geht in zeitlicher Hinsicht teilweise *über das unmittelbare Bestehen des Vertrauensverhältnisses hinaus*. So bleibt bis zur Rechnungslegung und –begleichung die Erbunfähigkeit des Vormundes bestehen, auch wenn das Mündel die Mündigkeit erreicht hat; damit verhindert das Gesetz, dass das Mündel durch den früheren Vormund bis zur Übertragung der Vormundschaftskonten unter Druck gesetzt werden kann (vgl. Art. 907 al. 2 CC fr.)<sup>846</sup>.

Die Erbunfähigkeit nach Art. 909 CC fr. erstreckt sich nicht nur auf Berufspersonen, welche mit einer Zulassung Medizinalberufe ausüben (wie freiberufliche Ärzte, Spitalärzte, Zahnärzte, Heil- oder Krankengymnasten oder Hebammen), sondern auch auf solche, welche ohne staatliches Diplom medizinisch tätig sind (wie gegebenenfalls der Magnetopath, der Kurpfuscher oder „un autre charlatan“<sup>847</sup>), sofern auch sie eine Person behandelt haben, die im Verlauf einer Krankheit verstirbt. Nicht von Art. 909 CC fr. betroffen sind dagegen die Krankenpfleger oder –wärter, Hebammen sowie die Apotheker, welche bloss die Anordnungen eines Arztes ausführen; sie „behandeln“ den Kranken nicht. Eine Behandlung liegt dann vor, wenn ein Komplex medizinischer Tätigkeiten über eine gewisse Dauer erbracht wird. Nicht ausreichend sind bloss sporadische ärztliche Konsultationen. Die Erbunfähigkeit greift nur dann Platz, wenn die Behandlung die „letzte Krankheit“ des Patienten umfasste; es muss sich also tatsächlich um die Krankheit (oder den Unfall) handeln, an welcher der Patient gestorben ist. Behandelt der Arzt bloss eine Beinfraktur und stirbt der Patient während der Behandlung, wird die Erbfähigkeit des Arztes nicht tangiert. Auch reine Altersschwäche wird nicht als Krankheit qualifiziert. Erbunfähig sind überdies Geistliche, die einem Todkranken letzten Beistand leisten (vgl. Art. 909 al. 3 CC fr.). Für die Erbunfähigkeit ist erforderlich, dass die fraglichen Personen als Berufsträger und in ihrer beruflichen Funktion agieren. So handelt der Arzt, der seine Ehefrau pflegt, als Ehemann und nicht als Arzt, womit er nicht dem Anwendungsbereich des Art. 909 CC fr. untersteht<sup>848</sup>.

---

<sup>845</sup> Vgl. etwa LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, *Successions-Libéralités*, N 1358; LUCET/VAREILLE, *Droit civil*, S. 84; KEMPERMANN, *Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen*, S. 91 m.w.H.

<sup>846</sup> Vgl. MARTY/RAYNAUD, *Successions*, N 356; LUCET/VAREILLE, *Droit civil*, S. 84.

<sup>847</sup> MALAURIE/AYNÈS, *Successions*, N 340.

<sup>848</sup> Vgl. LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, *Successions-Libéralités*, N 1358; MARTY/RAYNAUD, *Successions*, N 357; KEMPERMANN, *Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen*, S. 94.

Um der Erbschleicherei (*la captation*) keine Tür zu öffnen, kennt das Gesetz keine Vorbehalte; so ist auch mit besonderer Zustimmung des Verfügenden eine Zuwendung an eine Vertrauensperson aus dem Medizinalbereich (oder einen Geistlichen resp. einen Vormund) nicht möglich. Bei Art. 907 und Art. 909 CC fr. wird somit die *Erbschleicherei unwiderruflich vermutet* (*praesumptio iuris et de iure*; Fiktion). Der Beweis des Gegenteils ist nicht zugelassen<sup>849</sup>.

Die gesetzlich statuierte Erbunfähigkeit gewisser Vertrauenspersonen gegenüber ihren Patienten oder Klienten gilt indes nicht absolut. *Ausnahmen der Erbunfähigkeit* finden sich bei Verwandtschaft (so beim Vormund, den Medizinalpersonen und den Marineoffizieren, vgl. Art. 907 al. 3 CC fr., Art. 909 al. 2 chiff. 2 sowie Art. 995 al. 1 CC fr.), sowie bei blossen Speziesvermächtnissen als angemessene Behandlungs- oder Betreuungsvergütung (dies nur bei den Medizinalpersonen, vgl. Art. 909 al. 2 chiff. 1 CC fr.).

Eine bedeutende Ausweitung des Anwendungsbereiches von Art. 909 CC fr. brachte das décret n° 56-149 du 24 janvier 1956. Im Gegensatz zu Art. 909 CC fr. sind die Zuwendungen an Vertrauenspersonen, welche als *Inhaber, Geschäftsführer oder Angestellte von Alters-, Pflege- und Armenheimen* fungieren, nicht auf die Behandlung einer letzten Krankheit eines Patienten beschränkt. Unerheblich ist obendrein, ob der Patient die Dienstleistungen entgeltlich oder unentgeltlich in Anspruch nimmt (vgl. Art. 209<sup>bis</sup> Code de la famille et de l'aide sociale). Nach Massgabe des Art. 909 CC fr. dürfen diese Personen aber Zuwendungen unter Lebenden oder von Todes wegen entgegennehmen<sup>850</sup>.

Obgleich der Einfluss der Marineoffiziere auf ihre Reisegäste früher wohl ungleich grösser war als heute, statuiert Art. 995 CC fr. – immer noch – die Erbunwürdigkeit von *Handelsschiffsoffizieren* gegenüber ihren Passagieren. Im Zuge der technologischen Entwicklung erwägt nun die Kommission für die Revision des Code Civil gar den Einbezug der Offiziere der zivilen Luftfahrt in Art. 995 CC fr.<sup>851</sup>.

Auch die Erbunfähigkeit der *Notare* gilt nicht generell. Die Beschränkung der erbrechtlichen Erwerbsfähigkeit greift nur dann Platz, wenn sie an der Errichtung der Verfügung von Todes wegen als Urkundsperson beteiligt sind (vgl. Art. 2 des décret n° 71-941 du 26 novembre 1971).

Die Erbunfähigkeit der vom Code civil bezeichneten Vertrauenspersonen wird bei *Zwischenschaltung von Strohmännern* auf diese ausgedehnt. Damit wird vorbeugend verhindert, dass *Umgehungsgeschäfte* vorgenommen werden, welche wirtschaftlich letztlich doch die Vertrauensperson begünstigen. Nach Art. 911 al. 1 CC fr. spielt es keine Rolle, ob Simulation kraft Vortäuschung eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes oder aber kraft Zuwendungen an gewisse der Vertrauensperson nahestehende Personen vorliegt. Bei Zuwendungen an die Eltern, Kinder, Nachkommen und den Ehegatten der Vertrauenspersonen wird das Umgehungsgeschäft *unwiderruflich vermutet* (*praesump-*

<sup>849</sup> Vgl. treffend MALAURIE/AYNÈS, Successions, N 340 mit FN 45: „La présomption de captation est irréfragable“; in gleichem Sinne MARTY/RAYNAUD, Successions, N 357, mit Hinweisen auf die Praxis; KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 89.

<sup>850</sup> Vgl. etwa LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, Successions-Libéralités, N 1358 mit FN 4; MARTY/RAYNAUD, Successions, N 357.

<sup>851</sup> Vgl. dazu LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, Successions-Libéralités, N 1358.

tio iuris et de iure; Fiktion). Der Beweis des Gegenteils ist nicht zugelassen (vgl. Art. 911 al. 2 CC fr.)<sup>852</sup>.

#### IV. England

Die englische Praxis hat sich verschiedentlich mit Zuwendungen an (erbrechtlich relevante) Vertrauensperson beschäftigt, sei es auf Grund von Rechtsgeschäften unter Lebenden oder von Todes wegen. Bezüglich Ersteren ist die Regel von „undue influence“, bezüglich Letzteren die Regel vom „want of knowledge and approval“ von besonderer Relevanz; beide beinhalten eine Umkehr der Beweislast.

Die *Regel von „undue influence“* findet hauptsächlich auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden Anwendung, denen verdächtige Vertrauensverhältnisse (suspected relations) zu Grunde liegen. Am umfassendsten wurde sie formuliert im Entscheid *Allcard v. Skinner*<sup>853</sup>. Wo Vertragsparteien in einem Verhältnis zueinander stehen, in welchem die Vermutung erweckt wird, dass die eine Partei ihren Einfluss über die andere ausgenutzt hat, um einen übermäßigen Vorteil zu erlangen, muss die begünstigte Partei beweisen, dass das Rechtsgeschäft auf lautere Weise zustandegekommen ist. Sie muss demnach darlegen, dass es sich um einen spontanen Akt des Zuwendenden handelte und dass der Zuwendende seinen freien Willen ausüben konnte. Gelingt dieser Beweis nicht, kann die schwächere Partei das Rechtsgeschäft anfechten. Angewandt wurde diese Regel in der Praxis hauptsächlich auf die verdächtigen Vertrauensverhältnisse zwischen Anwalt-Klient, Arzt-Patient, Geistlicher-Gläubiger, Vormund-Mündel und trustee-beneficiary<sup>854</sup>.

Die Vermutung von „undue influence“ kann von der stärkeren Partei des Rechtsgeschäfts (dem Begünstigten) durch den Nachweis widerlegt werden, dass die schwächere Partei völlig informiert und nach reiflicher Überlegung aus eigenem Antrieb handelte. Dieser Nachweis gilt grundsätzlich dann als erbracht, wenn der Begünstigte darlegen kann, dass die andere Partei vor Abschluss des Rechtsgeschäfts unabhängige rechtliche Beratung erhalten hat oder dass zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts kein Einfluss mehr bestand. Entscheidungsrelevant ist regelmässig die Höhe der Zuwendung; je höher der zugewendete Betrag ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Begünstigung eine unlautere Einwirkung zu Grunde liegt<sup>855</sup>.

Die *Regel vom „want of knowledge and approval“* hat ihren hauptsächlichlichen Anwendungsbereich bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen. Sie findet ihre Rechtfertigung im Umstand, dass im englischen Recht für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung in formeller Hinsicht grundsätzlich einfache Schriftlichkeit sowie Unterzeichnung durch den Erblasser in Gegenwart von zwei Zeugen ausreicht (es ist somit keine Handschrift-

---

<sup>852</sup> Vgl. MALAURIE/AYNÈS, Successions, N 311; LEVENEUR/MAZEAUD-LEVENEUR, Successions-Libéralités, N 1379.

<sup>853</sup> Vgl. *Allcard v. Skinner* [1887] 36 Ch.D. 145.

<sup>854</sup> Vgl. eingehend HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 44(1), § 135 ff.; CLARK, Law of Succession, S. 57; SAWYER, Principles of Succession, S. 61 ff.; KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 19 ff.; vgl. auch KELLERMANN, Standesrecht, S. 71 ff, insbesondere S. 76 f.

<sup>855</sup> Vgl. dazu KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 22 f. m.w.H.

lichkeit erforderlich) und dass in England die Verfügungen von Todes wegen vielfach von einem solicitor<sup>856</sup> aufgesetzt werden. Lassen die Umstände bei der Errichtung einer Verfügung Zweifel an der Verfügungsfähigkeit oder dem Verfügungswillen aufkommen – etwa weil die die Verfügung aufsetzende Person erbrechtlich begünstigt wird – trägt der Begünstigte nach dem Entscheid *Barry v. Butlin*<sup>857</sup> die Beweislast dafür, dass der Erblasser Verfügungsfähig war, den Inhalt der Verfügung kannte und billigte sowie dass der Begünstigte weder einen ungebührlichen Vorteil bezieht noch ungebührlichen Einfluss auf den Erblasser ausübte. Die Regel vom „want of knowledge and approval“ beinhaltet somit eine Umkehr der Beweislast, wenn die Umstände der Errichtung des Testaments verdächtig waren<sup>858</sup>.

Besonders verdächtige Umstände lagen dem Entscheid *Wintle v. Nye*<sup>859</sup> zu Grunde, bei welchem der solicitor Mr. Nye (abgesehen von einigen unbedeutenden Legaten) zum Alleinerben einer alten, alleinstehenden Dame eingesetzt wurde. Die Erblasserin war in geschäftlichen Angelegenheiten vollends unkundig und hatte ausser ihrem solicitor, der für sie und ihre Familie tätig gewesen ist, keine andere Person, auf welche sie sich stützen konnte<sup>860</sup>. Die dem begünstigten solicitor in solchen Fällen aufgebürdete Beweislast ist derart schwer, dass dieser ihr praktisch kaum gerecht werden kann. Die infolge des Vertrauensverhältnisses und der verdächtigen Umstände bei Errichtung der Verfügung entstehende *Vermutung der Unwirksamkeit* kann somit bewirken, dass eine *erbrechtliche Zuwendung an den solicitor de facto ausgeschlossen* ist.

Gleiches gilt nach der englischen Rechtspraxis auch für *Zuwendungen an nahe Familienangehörige* der Person, welche die Verfügung vorbereitet. So wurde im Entscheid *Thomas v. Jones*<sup>861</sup> einer letztwilligen Verfügung, auf Grund welcher die Tochter des solicitor in bedeutendem Masse begünstigt wurde, infolge der verdächtigen Umstände die Wirksamkeit abgesprochen.

Die materielle Begünstigung des solicitor in einer Verfügung von Todes wegen kann überdies *rigorose berufliche Konsequenzen* zur Folge haben. Im Entscheid *Re a Solicitor*<sup>862</sup> errichtete der solicitor Sir Lionel Biggs die letztwilligen Verfügungen

---

<sup>856</sup> Die solicitors stellen – neben den barristers – eine Gruppe der englischen Anwaltschaft dar; sie sind vornehmlich beratend tätig; ihre forensische Tätigkeit ist auf die Gerichte unterer Instanz beschränkt. Demgegenüber ist für Streitigkeiten vor einem höheren Gericht ausschliesslich der barrister zuständig, der nicht vom Mandanten, sondern direkt vom solicitor mandatiert wird, vgl. zum Ganzen KELLERMANN, *Standesrecht*, S. 11 ff. und S. 68 f.

<sup>857</sup> Vgl. *Barry v. Butlin* [1838] 2 Moo. P.C.C. 480.

<sup>858</sup> Vgl. HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 44 (1), § 144; CLARK, *Law of Succession*, S. 51; MELLOWS, *Law of Succession*, S. 60; KEMPERMANN, *Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen*, S. 81 ff. – Zu den Formerfordernissen (requisites for formal validity) vgl. eingehend HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 50, § 301 ff.; MELLOWS, *Law of Succession*, S. 70 ff.

<sup>859</sup> Vgl. *Wintle v. Nye* [1959] 1 All ER 552.

<sup>860</sup> Vgl. dazu eingehend MELLOWS, *Law of Succession*, S. 61 ff.; SAWYER, *Principles of Succession*, S. 66; KEMPERMANN, *Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen*, S. 83 f.

<sup>861</sup> Vgl. *Thomas v. Jones* [1928] S. 162. – Vgl. zu diesem Entscheid auch SAWYER, *Principles of Succession*, S. 67; MELLOWS, *Law of Succession*, S. 63; HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 17 (2), § 329.

<sup>862</sup> Vgl. *Re a Solicitor* [1975] QB 475, [1974] 3 All ER 853. – Vgl. zu diesem Entscheid auch HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 17 (2), § 318 und § 320; HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND,

zweier Schwestern. Als Hauptbegünstigte erschienen er selbst, seine Frau und sein Sohn. Der solicitor hatte die beiden Schwestern nicht angewiesen, unabhängigen Rat einzuholen und machte sich ihre Unkenntnis, Geschäftsunerfahrenheit und Geisteschwäche zunutze. Die letztwilligen Verfügungen wurden angefochten, worauf der solicitor auf alle Zuwendungen verzichtete. Gleichwohl entzog der Disziplinarausschuss der Law Society in der Folge Sir Lionel Biggs wegen ungeziemendem Verhalten gegenüber den Klientinnen die berufliche Zulassung. Der Court of Appeal bestätigte den Entscheid<sup>863</sup>.

Die Zuwendungen an Vertrauensperson werden aber nicht nur im englischen „case law“, sondern auch in den *kodifizierten Standesregeln der englischen Law Society* thematisiert. Diesbezüglich sei Ziff. 15.05 hervorgehoben:

*„15.05. Gifts to solicitor*

Where a client intends to make a gift inter vivos or by will to his or her solicitor, or to the solicitor's partner, or a member of staff or to the families of any of them and the gift is of a significant amount, either in itself or having regard to the size of the client's estate and the reasonable expectations of prospective beneficiaries, the solicitor must advise the client to be independently advised as to that gift and if the client declines, must refuse to act.“

Damit bei einer Zuwendung an eine Vertrauensperson eine unlautere Beeinflussung des Mandanten grundsätzlich ausgeschlossen werden kann, ist nach den Bestimmungen der Law Society erforderlich, dass der solicitor dem Mandanten empfiehlt, sich von einem anderen – unabhängigen – solicitor beraten zu lassen. Leistet der Mandant dieser Empfehlung keine Folge, darf der solicitor für ihn nicht tätig werden<sup>864</sup>.

Auffallend ist, dass diese Regelung sehr weit gefasst ist; in ihren Anwendungsbereich fallen nicht nur die Zuwendungen an den solicitor selbst, sondern auch an seine Büropartner und Angestellten und jeweils deren Familienangehörigen. Irrelevant sind einzig Zuwendungen von unbedeutendem Wert; diesbezüglich ist abzustellen auf die Zuwendung selbst oder das Vermögen des Mandanten sowie die vernünftigen Erwartungen des Anwartschaftsberechtigten<sup>865</sup>.

Gelegentlich möchte ein Erblasser sein ganzes Vermögen oder wesentliche Teile davon dem solicitor überlassen, damit dieser darüber nach den Wünschen des Erblassers verfügt. Profitiert der solicitor in solchen Angelegenheiten weder persönlich noch finanziell, ist dies zulässig, wenn auf das Einholen von unabhängigem Rat verzichtet wird. Ist der Zuwendende ein Verwandter des solicitors und möchte er diesen mit einem Geschenk oder einer letztwilligen Zuwendung bedenken, muss der solicitor prüfen, ob diesfalls das Einholen von unabhängigem Rat wünschbar wäre. Das gleiche gilt, wenn es sich beim Zuwendungsempfänger um einen Büropartner und Angestellten des solicitor handelt und der Zuwendende mit diesen verwandt ist<sup>866</sup>.

---

Vol. 44 (1), § 440; MELLOWS, *Law of Succession*, S. 63 f.; SAWYER, *Principles of Succession*, S. 67.

<sup>863</sup> Vgl. MELLOWS, *Law of Succession*, S. 63 m.w.H.

<sup>864</sup> Vgl. dazu auch HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 44(1), § 144.

<sup>865</sup> Vgl. diesbezüglich auch WILSON/VENABLES/HEAPS/HOPPER, *Conduct of Solicitors*, 15.05 N 2; KELLERMANN, *Standesrecht*, S. 76.

<sup>866</sup> Vgl. WILSON/VENABLES/HEAPS/HOPPER, *Conduct of Solicitors*, 15.05 N 3 f.

### § 3 Lösungsvorschläge – de lege lata et ferenda – für die rechtliche Behandlung von erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen im schweizerischen Recht

#### I. Allgemeines

Die schweizerische Rechtsprechung und Doktrin hat sich bisher nur spärlich zu Tatbeständen erbrechtlicher Zuwendungen an Vertrauenspersonen geäußert, die auf einer unlauteren Beeinflussung des Erblassers (Suggestion) resp. einer Ausnutzung des kraft beruflicher Stellung bestehenden Vertrauensverhältnisses beruhen. In Bezug auf die Rechtsprechung mag dieser Umstand allenfalls auf die diesen Sachverhalten inhärenten *Beweisprobleme des Klägers* zurückzuführen sein. Für diesen ist es in aller Regel äusserst schwierig, den Beweis zu führen, dass die Vertrauensperson den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenutzt und den Erblasser dahingehend beeinflusst hat, die Vertrauensperson als Erbe oder Legatar einzusetzen<sup>867</sup>.

In BGE 124 III 5 ff. hatte das *Bundesgericht* einen Fall zu beurteilen, bei welchem eine damals 86-jährige Erblasserin ihren vor wenigen Wochen ernannten Beistand zum Alleinerben einsetzte und gleichzeitig alle früher errichteten Verfügungen von Todes wegen, welche unter anderem Anordnungen bezüglich Messen für das Seelenheil enthielten, aufhob. Der Gegebenheit, dass es sich beim Alleinerben um eine Vertrauensperson – den Beistand der Erblasserin – handelte, mass das Bundesgericht keinerlei Bedeutung zu. Vielmehr hielt das Bundesgericht fest, dass „die Begünstigung des Beklagten auf Kosten der Klägerin, d.h. dessen Einsetzung als Alleinerbe unter Ausschaltung der Schwester als gesetzliche Erbin, [...] unter den gegebenen Umständen dem normalen Gedankenablauf eines normalverständigen Menschen“<sup>868</sup> entspricht, und dass „die Verfügung insoweit durchaus als plausibel“<sup>869</sup> anmutet. Da das Bundesgericht letztlich aus verschiedenen Gründen auf Urteilsunfähigkeit der Erblasserin erkannte<sup>870</sup>, wurde die Verfügung vom Bundesgericht für ungültig erklärt.

Im Ergebnis mag dieser Entscheid richtig sein. Dennoch ist festzuhalten, dass es äusserst bedauerndwert ist, dass das Bundesgericht sich nicht zur Problematik von Zuwendungen an Vertrauenspersonen äussert. Der Entscheid erweckt den Anschein, dass sich das Bundesgericht scheut, mit diesen Sachverhalten auseinanderzusetzen und

---

<sup>867</sup> Vgl. in diesem Sinne auch KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 104; ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 15 i.f. – Zur diesbezüglichen Beweisproblematik vgl. auch oben S. 75 (in Bezug auf den Klagegrund der Verfügungsunfähigkeit [Suggestion]) sowie unten S. 193.

<sup>868</sup> BGE 124 III 5, 18.

<sup>869</sup> BGE 124 III 5, 18.

<sup>870</sup> Unter anderem wurde berücksichtigt, dass die Erblasserin an einem ausgeprägten Psychoorganischen Syndrom litt und sich ihre Krankheit unter anderem darin äusserte, dass sie unter einem allgemeinen Zustand der Verwirrtheit litt, wobei sie einmal versucht hat, abends aus dem Fenster zu steigen bzw. mitten auf der Hauptstrasse gelaufen ist; besonderes Gewicht mass das Bundesgericht auch den Umständen zu, dass die Erblasserin im Alter von 86 Jahren ihre frühere Anweisung zum eigenen Seelenheil und weitere gemeinnützige Vergabungen widerrief (vgl. BGE 124 III 5, 15 ff.).

dazu Stellung zu nehmen; vielmehr wird versucht, gestützt auf eine andere Basis eine adäquate Lösung zu erreichen.

Die Lösungsvorschläge der *Doktrin* für die Ungültigerklärung von Rechtsgeschäften von Todes wegen, welche Zuwendungen an Vertrauenspersonen enthalten, orientieren sich im Gegensatz zum Bundesgericht nicht nur an einer Verfügungsunfähigkeit des Erblassers (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), sondern gleicherweise am Klagegrund des Willensmangels (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Bei der Prüfung der *Verfügungsfähigkeit* ist das Willens- bzw. Charakterelement der Urteilsfähigkeit von zentraler Bedeutung. Diese Fähigkeit beinhaltet, gemäss vernünftiger Erkenntnis nach freiem Willen zu handeln und *gegen eine fremde Willensbeeinflussung* in normaler Weise *Widerstand zu leisten*. Wie bereits erörtert wurde<sup>871</sup>, kann gegenüber einer Vertrauensperson fallweise ein derart intensives und über das eigentliche „Kerngeschäft“ weit hinausgehendes Vertrauensverhältnis vorliegen, dass sich der Erblasser einseitig und in einem für Alltagsbeziehungen unüblichen Masse offenbart und für die geleisteten Dienste übermässige Dankbarkeit entgegenbringt. Dies ist oftmals bei betagten, alleinstehenden (verwitweten) und sozial isolierten Erblassern der Fall, da bei diesen gegenüber der Vertrauensperson ein erhebliches Machtgefälle vorliegen kann. Können – was in praxi allerdings schwierig sein dürfte – solche Umstände in einem Ungültigkeitsprozess nachgewiesen werden, liegt die Annahme der Suggestion durch die Vertrauensperson geradezu auf der Hand, da auf Grund des intensiven Vertrauensverhältnisses resp. des Machtgefälles die Widerstandsfähigkeit des Erblassers fallweise erheblich reduziert sein dürfte<sup>872</sup>.

Die schweizerische *Doktrin* hat auch schon anklingen lassen, dass erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen auf einen *Willensmangel* des Erblassers zurückgeführt werden können. Dies gilt insbesondere dort, wo Interessenkollisionen zu Tage treten, was etwa dann der Fall ist, wenn ein Berater, an dessen Uneigennützigkeit gezweifelt werden muss, erbrechtlich begünstigt wird. Ein Irrtum resp. arglistige Täuschung liegt nach richtiger Ansicht beispielsweise dann vor, wenn der „Erbschleicher [...]“ sich – durch falsche Angabe über wirtschaftliche Umstände oder charakterliche Eigenschaften von «Konkurrenten» und durch «Schmeicheleien» – täuschender Mittel<sup>873</sup> bedient. Bei Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses durch die Vertrauensperson kann sich nach Ansicht der jüngeren Lehre überdies der Tatbestand von Drohung oder Zwang verwirklichen. Besagter Tatbestand kann insbesondere dann Platz greifen, wenn es sich beim Erblasser um eine ältere, geschwächte und von ihrem Umfeld abhängige Person handelt, oder wenn der Erblasser der Vertrauensperson hörig ist und sich in wichtigen Handlungen nach dem Willen der Vertrauensperson richtet<sup>874</sup>.

---

<sup>871</sup> Vgl. dazu oben S. 26.

<sup>872</sup> Vgl. auch STEIN, Testierfreiheit, S. 76 f., der u.a. herausstreicht, dass insbesondere bei alten, oft kranken und pflegebedürftigen Personen die Ausnutzung ihrer Lage besonders zu befürchten ist. – Hinsichtlich der Beeinflussung einer Vertrauensperson unter dem Aspekt der Verfügungsfähigkeit des Erblassers vgl. namentlich SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht, S. 113; DRUEY, Bemerkungen, S. 734; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 10 f. und N 16.

<sup>873</sup> ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 13; vgl. auch ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 11; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 51 f.

<sup>874</sup> Vgl. diesbezüglich ZGB-BREITSCHMID, Art. 469 N 15 m.w.H.; BK-WEIMAR, Art. 469 N 28 i.f.;



Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung und Doktrin soll anschliessend dargestellt werden, dass erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen *de lege lata* auch unter einem anderen Titel angefochten werden können (nachfolgend II.) und dass diesbezüglich eine klare gesetzliche Regelung *de lege ferenda* wünschbar ist (nachfolgend III.).

## II. Lösungsvorschläge de lege lata

### A. Vorbemerkungen

Nach der hier vertretenen Ansicht kann ein Anknüpfungspunkt für die Ungültigerklärung von Verfügungen, welche erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen enthalten, nicht nur in den Klagegründen der Verfügungsunfähigkeit (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) oder des Willensmangels (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) gefunden werden. Vielmehr gilt es, bei solchen Tatbeständen auch den *Klagegrund der Unsittlichkeit* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) zu berücksichtigen, und zwar in doppelter Hinsicht.

Einerseits ist erdenklich, dass der erbrechtlichen Begünstigung, die auf eine unlautere Ausnutzung des kraft beruflicher Stellung bestehenden Vertrauensverhältnisses zurückzuführen ist, eine *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch eine Vertrauensperson* (nachfolgend B.) zu Grunde liegt, also einen Tatbestand, der eine Fallgruppe erbrechtlicher Verfügungen verkörpert, bei denen die Sittenwidrigkeitsproblematik vordringlich ist. Andererseits kann – je nach Berufsträger resp. Vertrauensperson – die Ausnutzung des Machtgefälles bzw. des beruflichen Vertrauensverhältnisses einen *Verstoss gegen berufsethische Maximen* (nachfolgend C.) begründen und somit Normen verletzen, die bei der wertmässigen Konkretisierung der Generalklausel der Sittenwidrigkeit rechtliche Relevanz erlangen<sup>875</sup>. Im Anschluss an diese Erörterungen werden die gewonnenen *Erkenntnisse* dargelegt (nachfolgend D.).

### B. Lösungsvorschlag I: Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch eine Vertrauensperson

Die praktischen Anwendungsfälle sittenwidriger Verfügungen von Todes wegen sind in der Schweiz relativ selten. Die Doktrin differenziert zwischen Verfügungen, welche eine Begünstigung familienfremder Personen (insbesondere die Mätresse des Erblassers) und solchen, welche eine Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung beinhalten. Die einschlägige Judikatur in der Schweiz knüpft beinahe ausschliesslich an das sog. Mätressentestament an<sup>876</sup>.

---

SCHNYDER, Vormundschaft und Erbrecht, S. 113.

<sup>875</sup> Zu den Fallgruppen sittenwidriger Verfügungen von Todes wegen vgl. oben S. 120 ff. – Zur Berücksichtigung berufsethischer Maximen im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung vgl. oben S. 114 f.

<sup>876</sup> Vgl. diesbezüglich auch BREITSCHMID, Bemerkungen II, S. 884. – Zu den Fallgruppen sittenwidriger Verfügungen von Todes wegen vgl. oben S. 120 ff.

Nach hier vertretener Ansicht sollten bei Verfügungen, welche eine Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung beinhalten, zwei Untergruppen differenziert werden. Während sich eine erste Untergruppe dadurch auszeichnet, dass der Erblasser den Bedachten durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen in seiner freien Willensentscheidung beeinträchtigt<sup>877</sup>, umfasst eine zweite Untergruppe erbrechtliche Verfügungen, denen eine *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch Handlungsweisen einer Vertrauensperson* zu Grunde liegen. Dieser Tatbestand gilt dann als erfüllt, wenn eine *Vertrauensperson durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses* den Erblasser in seiner Willensfreiheit derart beeinträchtigt und beeinflusst, dass dieser die Vertrauensperson auf deren Veranlassung hin mit erbrechtlichen Zuwendungen begünstigt. Es handelt sich ergo um ein Verhalten, welches – wie bereits dargelegt wurde<sup>878</sup> – landläufig als „*Erbschleicherei*“ betitelt wird.

Soweit aus den publizierten Entscheiden ersichtlich, hat sich das Bundesgericht erst in einem – nota bene das Obligationenrecht betreffenden – Fall explizite mit dem Phänomen der Erbschleicherei befasst<sup>879</sup>. Die Erbschleicherei spielte indessen bei diesem Entscheid auf Grund der obligationenrechtlichen Natur der Streitsache nur eine untergeordnete Bedeutung. Das Bundesgericht hat sich dazu denn auch diesbezüglich nicht weiter geäußert, sondern nur – aber immerhin – festgestellt, dass die *Erbschleicherei* „*an und für sich schon anstössig ist*“<sup>880</sup>. Besonders verwerflich erschien aber in casu, dass insbesondere ein Rechtsanwalt in solch dubiose Machenschaften verstrickt war.

Es gilt im Folgenden zu untersuchen, ob im Lichte des Erbrechts die *Erbschleicherei* – also die von einer Vertrauensperson bewirkte Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Erblassers mittels Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses mit der Folge, dass der Erblasser die Vertrauensperson auf deren Veranlassung hin mit erbrechtlichen Zuwendungen begünstigt – *einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellt* und demnach zur Ungültigkeit einer infolge dieses Verhaltens errichteten Verfügung von Todes wegen führen muss. Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtung ist die Schutzfunktion des Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

Wenn – wie die Doktrin ausdrücklich festhält – die *Schutzfunktion des Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB* darin besteht, aus frei gebildeter Überzeugung zu treffende *Entschlüsse gegen Einwirkungen zu schützen*, kann dies m.E. nicht nur in Bezug auf die Errichtung einer erbrechtlichen Verfügung und der damit verbundenen Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Bedachten gelten<sup>881</sup>. Auf Grund dieser Schutzfunktion muss vielmehr auch eine mittels Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses *durch eine Vertrauensperson bewirkte Beeinflussung des Erblassers* in Bezug auf die Gestaltung seines

---

<sup>877</sup> Vgl. dazu oben S. 124 und S. 127 ff.

<sup>878</sup> Vgl. oben S. 125.

<sup>879</sup> Vgl. BGE 66 II 256 ff. – Zu diesem Entscheid vgl. auch die Ausführungen oben S. 114.

<sup>880</sup> BGE 66 II 256, 258; der guten Ordnung halber sei hier noch erwähnt, dass die Klage von sämtlichen kantonalen Gerichten und auch vom Bundesgericht unter Berufung auf Art. 66 OR abgewiesen wurde. – Nach (fragwürdiger) Auffassung von BREITSCHMID, *Begünstigung*, S. 52 f. FN 13, ist der Erbschleicher in der Regel – m.E. aber allerhöchstens in den verklärten Augen des Erblassers! – ein sehr netter Mensch, sozusagen ein „Traumschwiegersonn“; vgl. in gleichem Sinne BREITSCHMID, *Entwicklungen II*, S. 124 mit FN 5.

<sup>881</sup> Vgl. so ausdrücklich HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 13.

Nachlasses einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellen. Diese These lässt sich auf folgende zwei – geschlossen zu betrachtende – Überlegungen abstützen.

Zum einen gilt es zu berücksichtigen, dass – wie bereits skizziert wurde – das für die Ausübung der Tätigkeit der Vertrauensperson unabdingbare Vertrauensverhältnis auf *privaten und öffentlichen Interessen* sowie auf *Eigeninteressen der Berufsträger* basiert. Das Vertrauensverhältnis besteht zu Personen, welche von Berufs wegen besondere Einsichten in wirtschaftliche oder persönliche Belange der Klienten geniessen. Die berufliche Tätigkeit kann nur dann korrekt verrichtet werden, wenn das unerlässliche Vertrauensverhältnis gewährleistet ist, weshalb dieses als besonders sensibel und schützenswert erscheint. Hinter der getreuen Ausübung der fraglichen Berufe stehen erhebliche individuelle und öffentliche Interessen der Allgemeinheit<sup>882</sup>. Hauptsächlich auf Grund der involvierten Interessen der Öffentlichkeit sowie denen der Berufsträger selbst erscheint es selbstverständlich und geradezu ein Gebot der Selbstachtung, dass eine Vertrauensperson nicht in irgend einer unlauteren Weise ihre Macht- und Vertrauensstellung ausnutzt und auf den Erblasser einwirkt, um erbrechtliche Vorteile zu erlangen. Tut sie es gleichwohl, besteht nach hier vertretener Auffassung ein krasser Widerspruch zur Alltagsmoral und zum Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Wohl können Erbschaften nicht nur von Vertrauenspersonen erschlichen werden. Im Gegensatz zu anderen erbschleichenden Personen erscheint die Erbschleichung durch eine Vertrauensperson aber als besonders verwerflich, zumal ein Vertrauensverhältnis ausgenutzt wird, welches auf unterschiedlichen (nicht ausschliesslich privaten) Interessen basiert.

Zum anderen stützt sich diese These auf die Überlegung, dass die *Entscheidungsfreiheit* an sich eines der Schutzobjekte der guten Sitten darstellt<sup>883</sup>. In Bezug auf das Erbrecht beinhaltet diese Entscheidungsfreiheit die Fähigkeit des Erblassers, seinen autonomen Willen zu artikulieren. Für die Errichtung und Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen stellt der *selbstbestimmte Wille* des Verfügenden das beherrschende Element dar; „ohne diesen Willen [...] kann es rechtsgeschäftliche Rechtsfolgen nicht geben“<sup>884</sup>. Nur wenn der Erblasser die rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen unbeirrt, entschlossen und persistent gewollt hat, kann die Regelung der Vermögensnachfolge als vorbedachter Akt des Erblassers gelten und diesem die Verfügung von Todes wegen auch zugerechnet werden. Diese Zurechnung ist aber nur dann möglich, wenn die Willensbildung nicht erzwungen wurde, sondern frei von (Ab-) Lenkung, Behelligung sowie tendenziöser Suggestion oder Manipulation verlaufen ist. Der Gesetzgeber hat in Art. 481 Abs. 1 ZGB den *Grundsatz der Testierfreiheit* statuiert; danach kann der Erblasser grundsätzlich über sein Vermögen mittels Verfügung von Todes wegen verfügen und „bestimmen, was er will“<sup>885</sup>. Diese tragende Maxime des Erbrechts geht ihrer Funktion

---

<sup>882</sup> Vgl. dazu oben S. 23 ff.

<sup>883</sup> Zu den verschiedenen Schutzobjekten der guten Sitten vgl. oben S. 111.

<sup>884</sup> WOLF, Entscheidungsfreiheit, S. 27; vgl. auch PICENONI, Auslegung, S. 47; FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 136.

<sup>885</sup> ZK-ESCHER, Einleitung zu den Verfügungsarten von Todes wegen N 1. – Vgl. eingehend zur Testierfreiheit TSCHÄPPELER, Testierfreiheit, S. 2 ff.; STEIN, Testierfreiheit, S. 27 ff. – BK-KRAMER, Art. 19-20 N 18 i.V. m. N 20, weist darauf hin, dass die erbrechtliche Testierfreiheit einen besonders markanten Ausfluss der Privatautonomie darstellt; vgl. in diesem Zusammenhang auch BUSCHE,

verlustig, wenn der erzwungene Wille als mögliche Grundlage für die Regelung der Vermögensnachfolge zugelassen wird. Aus dem Grundsatz der Testierfreiheit erhellt demgemäss, dass „nur der freie selbstbestimmte Wille [...] rechtsgeschäftliche Rechtsfolgen erzeugen“<sup>886</sup> kann; denn nur in diesem Falle – und das ist massgeblich – kann die Verfügung dem Erblasser zugerechnet werden.

Die Funktion des Kontrollkriteriums der guten Sitten besteht folglich darin, dem Erblasser Gewähr dafür zu bieten, dass er nach eingehender Überlegung und seiner eigenen Überzeugung entsprechend, ohne Bedrängnis und psychologische Beeinträchtigung durch eine andere Person oder Institution, von Todes wegen verfügen und seinen *spontanen (intuitiv-natürlichen) und unverfälschten Willen* äussern kann. Daher liegt ein Verstoss gegen die guten Sitten vor, wenn – gegebenenfalls durch subtiles, objektiv kaum greifbares und nicht justitierbares Gebaren der Vertrauensperson<sup>887</sup> – auf den absolut höchstpersönlichen Entschluss des Erblassers Einfluss genommen wird, wie die Vermögensnachfolge zu regeln ist (namentlich in Bezug auf das Subjekt und/oder die Quantität der Zuwendung, eventuell aber auch in Bezug auf das Objekt)<sup>888</sup>.

Die Anfechtbarkeit kraft inhaltlicher Sittenwidrigkeit (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) stellt somit die *Sanktion* dar, welche Platz greifen muss, wenn eine Vertrauensperson den Erblasser bei Regelung seiner Vermögensnachfolge durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses beeinflusst und Letzterer in der Verfügung nicht seinen wirklichen

---

Privatautonomie, S. 57 f. FN 74; MERZ, Privatautonomie, S. 2 und S. 5; GLAUS, Irrtumsanfechtung, S. 179; LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, S. 24 f.; LEIPOLD, Erbrecht, N 182. – Anzufügen ist, dass der Grundsatz der Testierfreiheit aber nicht absolut gilt; zivilrechtliche *Einschränkungen der Testierfreiheit* ergeben sich aus dem Pflichtteilsrecht (Art. 470 ff. ZGB), dem Verbot unsittlicher oder rechtswidriger Verfügungen, Bedingungen oder Auflagen (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 482 Abs. 2 ZGB), dem Verbot der Einsetzung mehrerer sukzessiver Nacherben (Art. 488 Abs. 2 ZGB) sowie dem Anspruch auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes (Art. 19 Abs. 2 BGGB). Daneben wird diese Gestaltungsfreiheit des Erblassers durch das Verfassungs- und das Strafrecht (i.V.m. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) begrenzt, so etwa bei der Errichtung einer Verfügung, deren Inhalt gegen das Verbot der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB) verstösst; vgl. zu diesen Einschränkungen etwa BK-TUOR, Art. 481 N 2 i.V.m. Art. 467 N 11; ZGB-STAEHELIN, Art. 481 N 1; DRUEY, Erbrecht, § 4 N 17 ff.; MERZ, Privatautonomie, S. 9; BREITSCHMID, Bemerkungen II, S. 885 m.w.H.

<sup>886</sup> WOLF, Entscheidungsfreiheit, S. 27. – Dieser Gedanke ist gerade auch dem Willensprinzip inhärent, demzufolge – so treffend SIMONIUS, Vertrauensprinzip, S. 264, – „nur eine von einem wahren Willen getragene Erklärung gültig ist“. – Zum Willensprinzip vgl. auch oben S. 77. – Die Erkenntnis, dass nur der selbstbestimmte Wille des Erblassers von der Rechtsordnung berücksichtigt werden kann, erhellt des weiteren aus dem Umstand, dass die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ein absolut höchstpersönliches Rechtsgeschäft darstellt. Der Erblasser muss demnach den Inhalt seiner Verfügung selber bestimmen und darf sich weder auf die Ergänzung seiner Verfügung durch Dritte verlassen, noch einem Dritten die Befugnis einräumen, zu entscheiden, wer eine bestimmte Zuwendung oder eine was eine bestimmte Person erhalten soll (sog. Grundsatz der Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen); vgl. BGE 68 II 115 ff.; 81 II 22 ff.; vgl. eingehend SCHÄRER, Materielle Höchstpersönlichkeit, S. 37 und S. 61 ff.; STEIN, Testierfreiheit, S. 28 f.; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 51, der zu Recht betont, dass die Testierfreiheit ein Persönlichkeitsrecht des Erblassers darstellt.

<sup>887</sup> Vgl. in diesem Sinne prägnant STEIN, Testierfreiheit, S. 77.

<sup>888</sup> Vgl. in diesem Sinne ZUFFEREY-WERRO, Bonnes moeurs, N 821 und N 824; BK-KRAMER, Art. 19-20 N 121; WOLF, Entscheidungsfreiheit, S. 195. – Zu den verschiedenen Schutzobjekten der guten Sitten vgl. oben S. 111.

spontanen, sondern einen von einer Vertrauensperson aufoktroierten Willen ausgedrückt hat. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der *Inhalt* einer Verfügung von Todes wegen – wie schon erörtert wurde<sup>889</sup> – in einem *untechnisch-weiten Sinne* verstanden wird. Es ist demnach geboten, bei der Prüfung der Sittenkonformität auch die Umstände, die zur Vornahme des Rechtsgeschäfts geführt haben, sowie die Absichten und Motive der Parteien in Betracht zu ziehen<sup>890</sup>.

Das tatsächliche Vorliegen dieser die Erbschleicherei begründenden Umstände kann indes in einem Ungültigkeitsprozess – wenn überhaupt – nur durch die Beweiserhebung eruiert werden. Wie etwa bei der Verfügungsunfähigkeit<sup>891</sup> sollte das Gericht m.E. auch bei der Sittenwidrigkeit im Rahmen der Beweiswürdigung dem Faktum Rechnung tragen, dass hinsichtlich der Umstände bei der Errichtung einer Verfügung sowie des Kausalzusammenhangs zwischen Beeinflussung des Erblassers und dem Inhalt der Verfügung vom Kläger ein stringenter Beweis nur schwer zu erbringen ist. Von selbst versteht sich, dass die Beeinflussung des Willens des Erblassers durch eine Vertrauensperson – wie auch die Errichtung einer letztwilligen Verfügung überhaupt – in aller Regel im „stillen Kämmerlein“ und somit ohne Wahrnehmung durch andere Person erfolgt. Durchaus im Rahmen des Möglichen (wenn nicht gar die Regel) ist überdies, dass der Erblasser – gleichsam als „flankierende Massnahme“ – von der Vertrauensperson vollständig von Einflüssen der Aussenwelt oder von aussenstehenden Personen abgeschirmt wird<sup>892</sup>, wodurch sich die Beweisnot des Klägers noch vergrössert. Da indes die Anwendung der Sanktion der Sittenwidrigkeit überhaupt nur sehr restriktiv gehandhabt wird und sich die publizierten höchstrichterlichen Entscheide betreffend die Sittenwidrigkeit im schweizerischen Erbrecht – zumindest bisher – ausschliesslich auf das sog. *Maîtrestestament* sowie auf Sachverhalte beziehen, bei denen „ein Erblasser groben historischen Abartigkeiten nachhängt“<sup>893</sup>, darf m.E. bei den eben skizzierten Tatbeständen zu Gunsten einer *gewissen Grosszügigkeit in der Annahme der Sittenwidrigkeit* plädiert werden.

*Zusammenfassend* kann somit festgehalten werden, dass Zuwendungen des Erblassers an Vertrauenspersonen *de lege lata* nicht nur fragwürdig sind, sondern vielmehr – wenn der Nachweis gelingt, dass der Einsetzung der Vertrauensperson als Erbe oder Vermächtnisnehmer eine mittels Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses erfolgte Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Erblassers zu Grunde liegt – als sittenwidrig qualifiziert werden können<sup>894</sup>.

---

<sup>889</sup> Vgl. oben S. 113 und S. 118.

<sup>890</sup> Vgl. in Bezug auf Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer im deutschen Recht MÜLLER, *Zuwendungen des Betreuten*, S. 223, die auch von sog. „Umstandssittenwidrigkeit“ spricht.

<sup>891</sup> Vgl. zur Beweislast bei der Verfügungsunfähigkeit (kraft Suggestion) oben S. 75.

<sup>892</sup> Vgl. dazu oben S. 190. – Zu den Beweisproblemen des Klägers bei den Zuwendungen an eine Vertrauensperson vgl. auch oben S. 75 (in Bezug auf den Klagegrund der Verfügungsunfähigkeit [Suggestion]) sowie oben S. 137.

<sup>893</sup> BREITSCHMID, *Bemerkungen II*, S. 884. – Zur restriktiven Handhabung der Sittenwidrigkeit vgl. beispielsweise HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 8. – Vgl. diesbezüglich auch oben S. 136 f. – Zur Judikatur betreffend der Sittenwidrigkeit im Erbrecht vgl. den Überblick bei ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 21.

<sup>894</sup> Vgl. im Ergebnis gleich – aber mit anderer dogmatischer Begründung – in Bezug auf Zuwendungen an Betreuer MÜLLER, *Zuwendungen des Betreuten*, S. 224.

## C. Lösungsvorschlag II: Sittenwidrigkeit kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen

### 1. *Im Allgemeinen*

Wie bereits dargelegt wurde, finden sich berufsethische Maximen im – geschriebenen oder ungeschriebenen – *Standes- oder Berufsrecht*. Diese Normen treten vornehmlich bei Berufen in Erscheinung, an deren korrekter Ausübung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und die nur auf Grund eines besonderen staatlichen Befähigungsausweises ausgeübt werden können; dazu zählen hauptsächlich die freien Berufe. Die Bestimmungen des Standesrechts enthalten in aller Regel einen Verhaltenskodex für die Berufsträger, geben dem allgemein Wünschbaren Ausdruck und bilden die *communis opinio* der Berufsgruppen. Sie bezwecken die „Propagierung einer besonderen Berufsethik“<sup>895</sup> der jeweiligen Berufsgruppen und reflektieren damit die herrschenden Sitten und Anschauungen. In diesem Sinne stellen die berufsethischen Maximen gewissermassen eine Kodifikation der in einem bestimmten Berufs- oder Gewerbebezweig geltenden guten Sitten dar<sup>896</sup>.

Mit der Rechtsfrage, inwiefern ein Verhalten, das einen Verstoss gegen berufsethische Maximen darstellt und deshalb als standeswidrig anzusehen ist, gleichzeitig auch zur Sittenwidrigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führt, hat sich insbesondere die *deutsche Rechtsprechung und Doktrin* auseinandergesetzt. In Bezug auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden hat der BGH in einem obiter dictum festgehalten, dass in der Regel „Vereinbarungen, die von den Berufsorganisationen der vertragsschliessenden Parteien als standeswidrig angesehen werden, nach dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden auch gegen die guten Sitten“<sup>897</sup> verstossen. Diese Rechtsprechung kann auf einseitige Rechtsgeschäfte von Todes wegen übertragen werden: Beinhalten sie Verstösse gegen Standesrecht, müssen sie gleichzeitig als sittenwidrig qualifiziert werden. Die Doktrin hat indes die Gleichsetzungsthese des BGH als zu weit gehend abgelehnt. Die Brücke von der Standeswidrigkeit zur Sittenwidrigkeit sei vielmehr nur dann geschlagen, wenn auch andere Elemente (wie etwa eine Äquivalenzstörung) eingriffen oder eine *besonders wichtige Standesregel verletzt* werde. Der BGH hat sich in der Folge dieser Auffassung angeschlossen<sup>898</sup>.

Nach der deutschen Rechtsprechung stellt die *Vereinbarung eines anwaltlichen Erfolgshonorars* (pactum de quota litis) einen Verstoss gegen eine wichtige Standesregel dar. Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ bzw. ein Mitarbeiter der Rechts-

---

<sup>895</sup> BRÜHWILER-FRÉSEY, *Behandlungsvertrag*, S. 10.

<sup>896</sup> Vgl. in diesem Sinne etwa Art. 1 Abs. 5 der Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung, wo betont wird, dass in den Standesregeln geltende Regeln einer den guten Sitten entsprechenden Geschäftsführung verbindlich festgelegt sind. – Zum Berufs- und Standesrecht sowie den berufsethischen Maximen vgl. oben S. 16 ff. und S. 114 f.

<sup>897</sup> BGHZ 22, 347, 357.

<sup>898</sup> Vgl. beispielsweise MK-MAYER-MALY, § 138 N 40; SOERGEL/HEFERMEHL, BGB, § 138 N 233; PALANDT/HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 138 N 57; vgl. auch HANNA, *Standesrecht*, S. 33 ff.; vgl. nun auch etwa BGHZ 39, 142, 148.

pflüge<sup>899</sup> sowie „der berufene und unabhängige Berater und Vertreter seines Auftraggebers in allen Rechtsangelegenheiten“<sup>900</sup> und fungiert als Träger wichtiger, ihm im öffentlichen Interesse anvertrauter Aufgaben. Aus diesen Gründen lässt der Standesverstoß, der sich in der Verknüpfung wirtschaftlicher Interessen des Anwalts mit denen seines Mandanten manifestiert, das Rechtsgeschäft als sittenwidrig erscheinen<sup>901</sup>.

Eine ganz zentrale Regel stellt zweifellos auch das *Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen* dar, welches letztlich auch die *Unabhängigkeit* der Vertrauensperson gewährleisten soll<sup>902</sup>. Diese fundamentale Maxime gilt nicht nur für Anwälte, sondern beispielsweise auch für Ärzte und – kraft Mandatsrecht – für alle Personen, welche im Rahmen eines Vertragsverhältnisses für eine andere Person entgeltlich oder unentgeltlich Geschäfte oder Dienste besorgen<sup>903</sup>. Ein Anwalt darf etwa nicht in einem Strafpro-

---

<sup>899</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 55 f.

<sup>900</sup> BGHZ 39, 142, 148.

<sup>901</sup> Zur Funktion des Anwalts im Gefüge der Rechtspflege vgl. BGE 123 I 12, 16 f.; 108 Ia 316, 319 f.; 106 Ia 100, 105; PFEIFER, Nichtsnutz oder Nothelfer, S. 802 ff. – Zum pactum de quota litis vgl. Ziff. 18 der internationalen Grundsätze des Standesrechts (angenommen von der Delegierten-Versammlung der International Bar Association in Oslo am 15. Juli 1956); Ziff. 3.3.1. bis 3.2.3. des Code of Conduct/Code de déontologie for Lawyers in the European Union (angenommen von den Delegationen der 18 Mitgliedstaaten, welche die Anwaltschaften der Europäischen Union vertreten, an der Plenarsitzung der CCBE in Lyon am 28. November 1998); Ziff. 13 Abs. 2 der Richtlinien SAV für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände (gutgeheissen vom Geschäftsausschuss des SAV am 5. November 1973); § 15 Abs. 2 der Standesregeln der Advokatenkammer Basel (beschlossen an der ordentlichen Kammersitzung vom 7. Mai 1998); Ziff. 14 Abs. 2 der us et coutumes du Barreau de Genève (angenommen vom Conseil de l'ordre an der Sitzung vom 5. September 1979). – Vgl. diesbezüglich auch den historischen Überblick bei GATTIKER, Erfolgshonorar, S. 35 ff. sowie WEGMANN, Berufspflichten, S. 210 ff.; FELLMANN/SIDLER, Standesregeln, S. 79 ff.; WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 165 ff.

<sup>902</sup> Vgl. etwa HENGgeler, Disziplinarrecht, S. 119, wonach „die gleichzeitige Vertretung beider Parteien [...] die Treupflicht gegenüber jeder der beiden Parteien in schwerwiegender Weise verletzt“. Die besondere Wichtigkeit dieses Prinzips erhellt neuerdings auch aus Art. 12 lit. b und c BGFA, welches – gemäss BOTSCHAFT BGFA, S. 6054 – nur wesentliche Berufsregeln enthält; zum BGFA vgl. auch oben S. 17. – Zum inhaltlichen Zusammenhang zwischen dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und dem Gebot der Unabhängigkeit vgl. BGE 123 I 193, 195 f.

<sup>903</sup> Vgl. für *Anwälte* explizite Ziff. 12 und 13 der internationalen Grundsätze des Standesrechts (angenommen von der Delegierten-Versammlung der International Bar Association in Oslo am 15. Juli 1956); Ziff. 3.2.1. bis 3.2.4. des Code of Conduct/Code de déontologie for Lawyers in the European Union (angenommen von den Delegationen der 18 Mitgliedstaaten, welche die Anwaltschaften der Europäischen Union vertreten, an der Plenarsitzung der CCBE in Lyon am 28. November 1998); Art. 12 lit. b und c BGFA; Ziff. 11 der Richtlinien SAV für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände (gutgeheissen vom Geschäftsausschuss des SAV am 5. November 1973); § 12 der Standesregeln der Advokatenkammer Basel (beschlossen an der ordentlichen Kammersitzung vom 7. Mai 1998); Ziff. 11 der us et coutumes du Barreau de Genève (angenommen vom Conseil de l'ordre an der Sitzung vom 5. September 1979); § 7, 8 und 11 des zürcherischen AnwaltsG vom 3. Juli 1938. – Für *Ärzte* vgl. insbesondere Art. 33 StandesO FMH sowie die implizite Regelung in den Art. 1, 3, 4, 31 und 42 StandesO FMH (beschlossen von der Schweizerischen Ärztekammer am 12. Dezember 1996, in Kraft seit dem 1. Juli 1997). – Für *Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten* vgl. Ziff. 5 der Berufsordnung für Mitglieder der Treuhandkammer (genehmigt von der GV der Treuhand-Kammer am 6. November 1997, in Kraft seit dem 1. Januar 1998). – Für *Vermögensverwalter* vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a und Art. 9 (mit Ausführungsbestimmung Ziff. 41) der Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung. – Zum mandatsrechtlichen Verbot von Insich-

zess den Schädiger und im nachfolgenden Zivilprozess den Geschädigten vertreten. Bei einem Arzt liegt ein solcher Interessenkonflikt etwa dann vor, wenn er (beispielsweise wegen Kapazitätsproblemen) eine bestimmte Behandlung nur gerade einem Patienten gewähren kann, oder wenn er in einer Behandlung teure Untersuchungen anordnet oder Medikamente verschreibt und ihn dabei nicht das Wohl des Patienten, sondern eigene wirtschaftliche Interessen leiten (weil er beispielsweise Mitinhaber des betreffenden untersuchenden Instituts ist oder den Absatz eines von ihm erfundenen, patentierten oder importierten Medikaments fördern will)<sup>904</sup>.

Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen dient dem Schutz des zur Berufsausübung notwendigen Vertrauensverhältnisses. Der Mandant kann sich nur dann einer Vertrauensperson offenbaren, wenn er nicht zu befürchten hat, dass sich die Tätigkeit der Vertrauensperson gegen ihn richten könnte. Missbilligt wird schon die bloße Übernahme von Mandaten, welchen eine Interessenkollision inhärent ist, auch wenn die Vertrauensperson noch nicht praktisch tätig geworden ist. Unerheblich ist, ob die Interessen des Mandanten verletzt worden sind oder nicht. Es soll bereits verhindert werden, dass der Mandant das Gefühl bekommt, seine Interessen würden ungenügend gewahrt<sup>905</sup>.

Diese standesrechtliche Grundregel findet nicht nur Anwendung bei Tätigkeiten, bei denen konträre Interessen zweier oder mehrerer Mandanten der Vertrauensperson vorliegen (wie beispielsweise bei der Doppelvertretung). Sie gilt vielmehr auch bei einem Widerstreit zwischen den subjektiven Interessen der Vertrauensperson und denen des Mandanten. *Ein Rechtsanwalt – und eine Vertrauensperson überhaupt – „darf kein Mandat übernehmen, bei dem seine persönlichen Interessen mit jenen des Klienten in Konflikt geraten“*<sup>906</sup>. Keimen Eigeninteressen – wie etwa wirtschaftliche Interessen – auf, geht die Vertrauensperson ihrer Unabhängigkeit verlustig; sie agiert diesfalls unfrei und kann nicht mehr bestmöglichst die Interessen des Mandanten wahrnehmen. Mit Fug und Recht kann unterstellt werden, dass die Verfolgung eigennütziger Ziele unweigerlich in den Vordergrund rückt. Der Interessenkonflikt ist speziell bei Ärzten von besonderer Schärfe, da sie es in den Händen haben, auf Grund ihrer beruflichen Fähigkeiten und Möglichkeiten den zeitlichen Eintritt eines Erbfalls zu steuern.

Wird eine Vertrauensperson kraft ihrer beruflichen Stellung von einem Erblasser zum (Allein-) Erben eingesetzt, so vertritt sie auf Grund der tatsächlichen Umstände notgedrungen zwei Personen: Zum einen den Erblasser, indem sie diesen etwa medizinisch betreut oder in rechtlichen Angelegenheiten berät; zum anderen aber auch sich

---

geschäften vgl. oben S. 14 ff.

<sup>904</sup> Vgl. in Bezug auf die Anwälte WEGMANN, Berufspflichten, S. 190 und S. 195; DUBACH, Disziplinarrecht, S. 75a f.; vgl. zum genannten Exempel in Bezug auf die Ärzte Art. 3 Abs. 2 StandesO FMH.

<sup>905</sup> Vgl. zum Ganzen TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 94 f.; WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 141 ff.; WEGMANN, Berufspflichten, S. 189 ff.

<sup>906</sup> VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Handbuch, S. 134; vgl. zu diesem persönlichen Interessenkonflikt auch TESTA, Pflichten des Rechtsanwalts, S. 96 und S. 129 ff.; WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 142; HENGgeler, Disziplinarrecht, S. 120 f. – Völlig zu Recht kehrt KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 115, hervor, dass etwa ein Anwalt nicht auf Geschäfte mit seinem Mandanten angewiesen ist.



selbst als Privatperson, da nun in der Angelegenheit Eigeninteressen der Vertrauensperson involviert sind, welche vorrangig wirtschaftlicher Natur sind. Eine Vertrauensperson, welche von Berufs wegen die Interessen einer anderen Person wahrnimmt und von dieser mit erbrechtlichen Zuwendungen bedacht wird, agiert damit als „Diener zweier Herren“<sup>907</sup>.

Eine Verletzung des Verbots widerstreitender Interessen und damit ein verpönter Interessenkonflikt kann indes nur dann vorliegen, wenn *die bedachte Vertrauensperson Kenntnis von der sie begünstigenden Verfügung* hat. Hinter dieser einschränkenden Feststellung steht die Überlegung, dass das Gefühl des Erblassers, die Vertrauensperson wahre auf Grund der Konfliktsituation seine Interessen nur ungenügend, sich nur dann einstellen kann, wenn die Vertrauensperson von den relevanten Umständen weiss und ihr somit erst die Möglichkeit offen steht, eigennützige Interessen zu verfolgen. Hat die Vertrauensperson keine Kenntnis davon, dass der Erblasser sie als Erbin oder Vermächtnisnehmerin eingesetzt hat, besteht keine Gefahr der Verfolgung eigener Interessen durch die Vertrauensperson und der Vernachlässigung der Interessen des Erblassers.

Tritt aber die Problematik der Kenntnis des Bedachten in den Vordergrund, wird unweigerlich die *Frage der Beweisbarkeit* dieser Kenntnis prozessrelevant. Der bedachte Beklagte wird sich selbstverständlich darauf berufen, von der Begünstigung nichts gewusst zu haben. Bezüglich der Beweislast gilt, dass – ausgehend von Art. 8 i.V.m. Art. 519 ZGB – grundsätzlich derjenige das tatsächliche Vorhandensein einer rechtshindernden Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Im Rahmen der Ungültigkeitsklage wegen Sittenwidrigkeit (kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen) obliegt es somit dem Kläger beweismässig zu erhärten, dass die bedachte Vertrauensperson von der sie begünstigenden Verfügung von Todes wegen Kenntnis hatte. Der Kläger muss Tatsachen beibringen, aus denen die Kenntnis der Vertrauensperson positiv hervorgeht. Sofern keine schriftliche Orientierung der Vertrauensperson durch den Erblasser vorliegt oder nicht eine mündliche Information in Gegenwart von Zeugen erfolgte, wird sich das Beibringen solcher Tatsachen durchweg als ausserordentlich problematisch erweisen. Verschiedentlich wurde schon darauf hingewiesen, dass bei der Regelung der Vermögensnachfolge – sei es bei der Errichtung, aber auch bei der Orientierung – gemeinhin ein Klima der Intimität und Vertraulichkeit herrscht<sup>908</sup>, womit die Beweisprobleme des Klägers noch verstärkt werden. Äusserst fragwürdig erscheint somit, ob es dem Kläger im Einzelfall gelingt, der Vertrauensperson Kenntnis vom Inhalt einer sie begünstigenden letztwilligen Verfügung nachzuweisen. Es steht zu befürchten, dass sich der Beweis in der Praxis wohl regelmässig als unerbringbar erweisen wird.

## **2. Berufsethische Maximen der Ärzte im Besonderen**

Wohl um den eben geschilderten Problemen general-präventiv zu begegnen und zu verhindern, dass ein Arzt überhaupt in einen solchen Interessenkonflikt gerät, findet sich

---

<sup>907</sup> Vgl. diesbezüglich oben S. 14.

<sup>908</sup> Zu den damit verbundenen Beweisproblemen des Klägers vgl. etwa oben S. 193 und oben S. 137. – Vgl. diesbezüglich auch KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 111, S. 122 f. und S. 126 f.; STEIN, Testierfreiheit, S. 73 ff.

in Bezug auf die Zuwendungen an Ärzte im massgebenden Standesrecht eine einzigartige und fortschrittliche Regelung. Die sog. „Standesordnung FMH“, welche auf den 1. Juli 1997 in Kraft gesetzt wurde, ist für alle Mitglieder der FMH verbindlich und enthält einen Verhaltenskodex der Schweizerischen Ärzteschaft für alle Ärzte<sup>909</sup>. Da zu diesem Regelungswerk – zumindest bis heute – weder Materialien publiziert wurden noch Literatur existiert, wird im Folgenden versucht, die für Zuwendungen an Ärzte massgebliche Bestimmung mit Hilfe der ratio der Standesordnung zu interpretieren.

Der hier interessierende Art. 38 StandesO FMH lautet wie folgt:

*„Art. 38. Annahme von Geschenken*

Die Annahme von Geschenken, Verfügungen von Todes wegen oder von anderen Vorteilen, sei es von Patienten, Patientinnen oder von Dritten, die den Arzt oder die Ärztin in ihren ärztlichen Entscheidungen beeinflussen können und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen, ist unzulässig.“

Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass es mit dem Berufsethos und den sittlichen Anschauungen der Ärzteschaft nicht vereinbar ist, dass ein Arzt von Patienten – oder von Dritten im Hinblick auf die Behandlung eines Patienten – vermögenswerte Zuwendungen erhält. Unerheblich ist, ob diese Zuwendungen unter Lebenden oder von Todes wegen erfolgen. Da diese Regelung einen besonderen Anwendungsfall eines verpönten Interessenkonflikts normiert, verfolgt sie den gleichen Schutzzweck wie das generelle Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen; auch sie ist demzufolge als *zentrale Standesnorm* zu qualifizieren.

Die Standesordnung normiert das Verhalten von Ärzten gegenüber ihren Patienten, den Kollegen, den anderen Partnern im Gesundheitswesen und in der Öffentlichkeit. Sie bezweckt, das Vertrauen in die Beziehung zwischen Arzt und Patient zu fördern; die Gesundheit der Bevölkerung durch integere und kompetente Ärzte zu fördern; die Qualität der ärztlichen Ausbildung und Tätigkeit sicherzustellen; das Ansehen und die Freiheit des Arztberufs zu wahren; das kollegiale Verhältnis unter Ärzten zu fördern; standeswürdiges Verhalten zu fördern und standesunwürdiges Verhalten zu definieren, zu verhüten und zu ahnden (vgl. Art. 1 StandesO FMH). Diese Umschreibung des *Zwecks der Standesordnung* lässt den Schluss zu, dass der Schutzzweck von Art. 38 StandesO FMH *verschiedenen Interessen gerecht werden* soll: Zum einen geht es um den Schutz privater Interessen, zum anderen aber auch den Schutz öffentlicher Interessen; überdies sollen durch Art. 38 StandesO FMH wohl auch die Eigeninteressen der Ärzteschaft geschützt werden.

Die Pönalisierung der Annahme von Geschenken und Verfügungen von Todes wegen schützt das *private Interessen* eines jeden Patienten, dass kein Mitglied der Ärzteschaft seine besondere Vertrauensstellung zum Patienten oder seine fachlichen Fähigkeiten zur Erlangung unrechtmässiger Vermögensvorteile ausnutzt. Die Bestimmung wird somit dem Zweck der Standesordnung gerecht, das Vertrauen in die Beziehung zwischen Arzt und Patient zu fördern (vgl. Art. 1 Abs. 2 Teilsatz 1 StandesO FMH).

Durch das Verbot der Annahme von Geschenken und Verfügungen von Todes wegen wird die Integrität der Ärzteschaft erhöht: Dadurch fällt es der Bevölkerung leichter,

---

<sup>909</sup> Vgl. zur FMH beispielsweise OTT, *Ärztliches Berufsrecht*, S. 265 ff.

sich den Ärzten anzuvertrauen und medizinischen Rat einzuholen, was letztlich für die Volksgesundheit von erheblicher Bedeutung ist. Der Staat und damit auch die Öffentlichkeit ist unweigerlich an einer gesunden Bevölkerung interessiert (vgl. auch Art. 41 Abs. 1 lit. b und Art. 118 BV), ist doch eine solche für das Funktionieren des Staatslebens und der Demokratie an sich eine wesentliche Voraussetzung. Es kann folglich argumentiert werden, dass Art. 38 StandesO FMH auch dem *öffentlichen Interesse* dient, die Gesundheit der Bevölkerung durch integere und kompetente Ärzte zu fördern (vgl. Art. 1 Abs. 2 Teilsatz 2 StandesO FMH).

Art. 38 StandesO FMH schützt wohl auch die *Eigeninteressen der Ärzteschaft*, da das Verbot der Annahme von Vorteilen das Ansehen und die Freiheit der Ärzteschaft wahrt und verstärkt sowie überdies das standeswürdige Verhalten fördert (vgl. Art. 1 Abs. 2 Teilsatz 4 und 6 StandesO FMH). Diese Bestimmung gewährleistet in besonderem Masse die Integrität der Ärzteschaft, wodurch sich der Respekt ihr gegenüber, deren soziales Prestige und Anerkennung in der Gesellschaft steigern; die Vorschrift ermöglicht es der Ärzteschaft, über allfällige Verdächtigungen erhaben zu sein<sup>910</sup>.

Das Verbot der Annahme von Zuwendungen gilt indes nicht absolut: Zum einen setzt es voraus, dass der Arzt von der Zuwendung zu Lebzeiten des Patienten Kenntnis hat, da ansonsten die Möglichkeit der Beeinflussung des Arztes in seinen ärztlichen Entscheidungen undenkbar ist. Zum anderen greift das Verbot des Art. 38 StandesO FMH dann nicht Platz, wenn die Zuwendungen „das übliche Mass kleiner Anerkennungen“ übersteigen. In Ermangelung einschlägiger Doktrin und publizierter Entscheide der kantonalen Standeskommissionen und des Schweizerischen Ärztlichen Ehrenrates (vgl. Art. 43 StandesO FMH) bleibt unklar, wie das übliche Mass kleiner Anordnungen zu beziffern ist. Bei der vergleichbaren Bestimmung des deutschen Rechts (§ 14 HeimG)<sup>911</sup> befindet sich die Höchstgrenze für die zulässige Gewährung bloss „geringwertiger Aufmerksamkeiten“ an Heimträger und -personal (vgl. § 14 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 5 HeimG) nach Ansicht der massgebenden Doktrin bei DM 50.—<sup>912</sup>. Sofern eine solch starre Grenze überhaupt befürwortet wird, liegt es nahe, für „kleine Anerkennungen“ i.S.v. Art. 38 StandesO FMH eine Grenze von CHF 50.— zu postulieren.

Art. 38 StandesO FMH bestimmt, dass gewisse Sachverhalte – insbesondere die Annahme erbrechtlicher Begünstigungen seitens eines Patienten durch seinen Arzt – im Widerstreit mit dem kodifizierten Berufsethos und damit mit den im jeweiligen Berufsstand herrschenden Sitten und Anschauungen stehen. Eine Norm des Ständesrechts findet aber nicht ausschliesslich auf die Mitglieder der jeweiligen Verbände Anwendung, sondern kann auch bei der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften Bedeutung erlangen<sup>913</sup>. Es gilt deshalb m.E. zu bedenken, dass wenn kraft Art. 38 StandesO FMH schon die Annahme einer erbrechtlichen Begünstigung als standeswidrig gilt, auf Grund der inhärenten ratio entsprechendes auch für das begünstigende Rechtsgeschäft an sich (die Einsetzung des Arztes als Erbe oder Vermächtnisnehmer)

---

<sup>910</sup> Vgl. in diesem Sinne – in Bezug auf die Regelung in Frankreich – namentlich KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 91 m.w.H.

<sup>911</sup> Vgl. dazu oben S. 175 ff.

<sup>912</sup> Vgl. oben S. 178.

<sup>913</sup> Vgl. dazu unten S. 201.

gelten muss<sup>914</sup>. Diese Überlegung stützt sich auf die Gegebenheit, dass die Einsetzung eine unabdingbare Voraussetzung für die Annahme darstellt und durch sie – verbunden mit der Kenntnis des Arztes – der unerwünschte Interessenkonflikt erst begründet wird. Demzufolge – und vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass Normen, welche eine Interessenkollision verhindern wollen, als zentrale Standesregeln zu qualifizieren sind<sup>915</sup> –, steht eine erbrechtliche Begünstigung eines Arztes mit dessen Wissen durch dessen Patienten im Widerspruch zu berufsethischen Maximen der Ärzteschaft und kann vom Ungültigkeitskläger als Verstoss gegen die guten Sitten gerügt werden. Nach hier vorgenommener Auslegung wird der Tatbestand des Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB somit dann erfüllt, wenn der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen den Arzt bedenkt und Letzterer von dieser Begünstigung Kenntnis hat.

#### **D. Erkenntnisse**

Die erläuterten Lösungsvorschläge I und II haben aufgezeigt, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, de lege lata erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit mit der Ungültigkeitsklage anzufechten. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die Vertrauensperson den Erblasser in seiner freien Willensentscheidung beeinflusst hat oder wenn das Verhalten der Vertrauensperson gegen spezifische berufsethische Maximen (namentlich das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) verstösst.

Beide Lösungsvorschläge greifen aber nur dann Platz, wenn die Vertrauensperson von der erbrechtlichen Begünstigung *Kenntnis* hat. Beim Lösungsvorschlag I besitzt die Vertrauensperson augenfälligerweise Kenntnis von Begünstigung, da die Errichtung der sie begünstigenden Verfügung auf deren provozierendes Verhalten bzw. subtiles Drängen hin und wohl meist – um vordergründig behilflich zu sein – in deren Gegenwart erfolgt. Auch der dem Lösungsvorschlag II zu Grunde liegende verpönte Interessenkonflikt kann nur dann eintreten, wenn die Vertrauensperson überhaupt um den Inhalt der Verfügung von Todes wegen weiss. Auch hier ist das bedeutsame Vertrauensverhältnis ohne Wissen der Vertrauensperson nicht gefährdet, da der Erblasser nicht befürchten muss, dass sich die Tätigkeit der Vertrauensperson letztlich gegen ihn richtet.

Im Zusammenhang mit der Beeinflussung durch eine Vertrauensperson bei Lösungsvorschlag I und der Kenntnis der Vertrauensperson um den Inhalt der Verfügung bei Lösungsvorschlag II werden in einem Ungültigkeitsprozess notgedrungen die beweisrechtlichen Aspekte in besonderem Masse ausschlaggebend. Dem Ungültigkeitskläger obliegt die *Crux*, die tatsächliche (und – was besonders schwierig sein dürfte – kausale) Beeinflussung des Erblasserwillens sowie die Kenntnis der Vertrauensperson vom Inhalt der Verfügung nachzuweisen. Die *Beweisschwierigkeiten des Klägers* sind umso augenfälliger, wenn veranschaulicht wird, dass die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft darstellt und in erbrechtlichen Angelegenheiten per se eine vertrauliche, dezente und verschwiegene Atmosphäre

---

<sup>914</sup> Vgl. in diesem Sinne auch – allerdings in Bezug auf § 14 HeimG – SOERTEL/STEIN, BGB, § 1943 N 7 m.w.H.

<sup>915</sup> Vgl. dazu oben S. 195 f. und S. 198.

herrscht. Entsprechendes gilt insbesondere auch dann, wenn der Ungültigkeitskläger gar nicht damit rechnen musste, erbrechtlich begünstigt zu werden und er deshalb keinen Anlass hatte, mit Argusaugen zu beobachten, was der Erblasser unternimmt resp. welchen Einflüssen er ausgesetzt ist und somit für ihn keine Ursache bestand, „vorsorglich“ – im Hinblick auf einen späteren Ungültigkeitsprozess – Beweise zu sammeln. Auch diesfalls ist der erbschleichende Ungültigkeitsbeklagte im Vorteil, da er sich in beweisrechtlicher Hinsicht sicherlich prophylaktisch absichern wird.

Es steht folglich zu befürchten, dass auf Grund der Beweisschwierigkeiten des Klägers die Lösungsvorschläge I und II leerlaufen könnten. Dies hätte zur Folge, dass de lege lata in einem Ungültigkeitsprozess wegen der ungünstigen Beweislage die eine Vertrauensperson begünstigende Verfügung nicht für ungültig erklärt werden könnte, wenngleich auch ein unbefangener Dritter zugestehen müsste, dass dem Rechtsstreit ein schlechthin suspekter Sachverhalt zu Grunde liegt. Dass diese Feststellung nicht behagen kann, liegt auf der Hand.

Die Unzufriedenheit über diese Erkenntnis potenziert sich insbesondere dann, wenn neben der Tatsache, dass der Erblasser eine Vertrauensperson bedacht hat, weitere Gegebenheiten hinzutreten, welche die erbrechtliche Begünstigung als verdächtig erscheinen lassen. Zu denken ist etwa an den Umstand, dass der Vertrauensperson im Sinne einer Maximallösung eine *Exklusivbegünstigung* zukommt, beispielsweise bei der Ernennung zum Alleinerben (allenfalls noch verbunden mit der gleichzeitigen Einsetzung als Willensvollstrecker!), oder an den Umstand, dass die Vertrauensperson schon *wiederholt* von anderen Klienten, Patienten oder dgl. *erbrechtlich bedacht* worden ist. Zweifel sind m.E. auch dann angebracht, wenn die Verfügung zu Gunsten der Vertrauensperson ein „*last-minute-Testament*“ darstellt, also eine letztwillige Verfügung, welche inhaltlich in krassem Widerspruch zum Lebensplan oder zu dokumentarisch belegten früheren Anordnungen oder Abmachungen – beispielsweise mit dem Ehegatten – steht<sup>916</sup>. Von Relevanz ist endlich auch die *Höhe der Zuwendung*, denn – so KEMPERMANN treffend – „je bedeutender der Betrag, desto unwahrscheinlicher ist es, dass [...] das Testament auf ein vernünftiges Motiv zurückzuführen“<sup>917</sup> ist.

Anzufügen ist, dass Lösungsvorschlag II nur dort Platz greift, wo für einen Berufsstand überhaupt berufsethische Maximen bestehen. Standesrecht ist in aller Regel als *privates Vereinsrecht* zu qualifizieren, welches grundsätzlich die Vereinsmitglieder berechtigt und verpflichtet, was indes nicht ausschliesst, dass diese Normen als Verkehrsauffassung oder –übung bei der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften berücksichtigt werden können<sup>918</sup>. Ein Berufsstand hat es somit grundsätzlich selbst in der Hand, sich solche zusätzlichen Pflichten und Verhaltensregeln aufzuerlegen. Wo genügend starke Gegeninteressen der Berufsträger bestehen, wird ein Berufsstand wohl von der Statuierung solcher Grundsätze absehen.

---

<sup>916</sup> Zu den „last-minute-“ oder „Kurswechsel-Testamenten“ vgl. insbesondere ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14; vgl. ferner auch oben S. 65.

<sup>917</sup> KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 23.

<sup>918</sup> Vgl. ausführlich WOLFFERS, Rechtsanwalt, S. 117 ff.; ferner OTT, Ärztliches Berufsrecht, S. 257 ff.; FREY, Freiberufliche Praxis, S. 16; BRÜHWILER-FRÉSEY, Behandlungsvertrag, S. 8 ff. – Zum Standesrecht und den berufsethischen Maximen vgl. oben S. 16 ff. und S. 114 f.

### III. Lösungsvorschlag de lege ferenda

#### A. Vorbemerkungen und Würdigung der Regelungen in anderen Rechtsordnungen

Die vorstehenden Ausführungen haben erkennen lassen, dass im schweizerischen Recht erbrechtliche Verfügungen, welche Zuwendungen an Vertrauenspersonen enthalten, mit der Ungültigkeitsklage unter dem Titel der Sittenwidrigkeit angefochten werden können. Die prozessualen Aussichten des Ungültigkeitsklägers sind aber in aller Regel mehr als ungewiss, was insbesondere auf den beweisrechtlichen Notstand des Klägers zurückzuführen ist. Eine allgemeingültige, generell-abstrakte Regelung betreffend erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen besteht indes in der Schweiz nicht.

Der *rechtsvergleichende Überblick*<sup>919</sup> hat zu folgenden *Erkenntnissen* geführt: Erstens, dass in anderen Rechtsordnungen den erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen erhebliche praktische Relevanz zukommt; zweitens, dass in den ausländischen Rechtskreisen diese fragwürdigen Tatbestände schon vertieft diskutiert worden sind; drittens, dass sich bezüglich diesen Sachverhalten in den Rechtsordnungen der umliegenden Staaten teilweise umfassende einschlägige Regelungen finden; viertens, dass zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften regelmässig auch die Zuwendungen an Familienangehörige oder Büopartner der Vertrauensperson betroffen werden; fünftens, dass regelmässig Ausnahmen bei Verwandtschaft der Vertrauensperson bestehen; sechstens, dass die Höhe der erbrechtlichen Begünstigung oftmals von Relevanz ist.

Wenngleich den Regelungen durchaus deckungsgleiche Sachverhalte zu Grunde liegen – nämlich erbrechtliche Zuwendungen an eine Vertrauensperson –, bestehen zwischen den massgeblichen Ordnungen der einzelnen Staaten doch erhebliche Unterschiede. Dies gilt nicht nur hinsichtlich den betroffenen Vertrauenspersonen, sondern insbesondere auch in Bezug auf die Frage, wo die einzelnen Regelungen systematisch eingebettet sind. Unter diesem Gesichtspunkt vermögen die Bestimmungen deshalb unterschiedlich zu überzeugen.

In Bezug auf die Regelung in *Deutschland*<sup>920</sup> fällt primär auf, dass es sich bei § 14 HeimG um eine Vorschrift des öffentlich-rechtlichen Gewerberechts handelt, welche sowohl dem Schutz privater als auch öffentlicher Interessen dient. Auf Grund der erheblichen zivilrechtlichen Dimension von § 14 HeimG – die Bestimmung bildet in Verbindung mit der Verweisungsnorm von § 134 BGB eine Schranke der Testierfreiheit – mutet dies in systematischer Hinsicht als befremdend an. Es erscheint verfehlt, dass eine Vorschrift solcher erbrechtlicher Relevanz in einem Nebengesetz des öffentlichen Rechts enthalten ist. Richtiger Ansicht nach sollte eine solche Norm in den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB geregelt sein. Die Bestimmung erfasst Zuwendungen an den Heimträger, das Heimpersonal oder die jeweiligen Angehörigen. Eine Ausnahme gilt für geringwertige Aufmerksamkeiten; als solche gelten Zuwendungen bis DM 50.--. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein solch starrer, objektiver Grenzwert wenig sachgerecht, da für den einen Erblasser ein solcher Betrag eine erhebliche Summe, für

---

<sup>919</sup> Vgl. oben S. 175 ff.

<sup>920</sup> Vgl. dazu oben S. 175 ff.

einen anderen ein blosses Trinkgeld darstellt. Deshalb schiene es adäquater, für die wertmässige Bestimmung auf die konkreten persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Erblassers zur Zeit der Vornahme der Zuwendung abzustellen<sup>921</sup>.

Die einschlägige Ordnung in *Österreich*<sup>922</sup> betrifft die erbrechtlichen Zuwendungen an Geistliche und ist – systematisch sachgerecht – im Erbrecht des ABGB angesiedelt. Sie enthält eine Einschränkung der Erbfähigkeit, was letztlich zu einer de facto-Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers führt. Nach den Bestimmungen des ABGB werden die Geistlichen durch Ablegung des feierlichen Gelübdes der Armut grundsätzlich absolut erbunfähig, mit der Folge, dass sie von schlechthin keinem Erblasser erbrechtliche Zuwendungen erhalten können. Kraft kanonischem Recht sind die Bestimmungen indes materiell ausser Kraft.

Eine überwiegend ansprechende Regelung findet sich m.E. in der Rechtsordnung *Frankreichs*<sup>923</sup>. Die wesentlichsten Bestimmungen sind – systematisch und inhaltlich logisch – im Code Civil enthalten (Art. 907, 909, 911 und 995 CC fr.), jedoch finden sich auch in Nebengesetzen gewisse Regelungen. Betroffen sind namentlich Vormünder, Ärzte, Heilbehandler, Apotheker, Geistliche, Handelsschiffsoffiziere, Inhaber, Geschäftsführer oder Angestellte von Alters-, Pflege- und Armenheimen sowie Notare. Solche Vertrauenspersonen gelten als „incapables“, sie sind mithin relativ erbunfähig, was de facto zu einer Beschränkung der Verfügungs- resp. Testierfreiheit des Erblassers führt<sup>924</sup>. Diesen Normen sind drei Schutzrichtungen inhärent. Sie erstreben den Schutz des Verfügenden, den Schutz seiner Familie sowie den Schutz der Berufsträger selbst. In Bezug auf die Medizinalpersonen muss indes betont werden, dass ihre relative Erbunfähigkeit nur dann Platz greift, wenn die Medizinalperson eine schliesslich zum Tod führende Krankheit behandelte. Diese Einschränkung erscheint m.E. als äusserst problematisch, da sie von der Vertrauensperson mit Leichtigkeit umschlichen werden kann, was zu einer Vereitelung des Schutzzwecks von Art. 909 CC fr. führt und grösstem Missbrauch Tür und Tor öffnet. Zu denken ist daran, dass die begünstigte Medizinalperson das Mandat rechtzeitig niederlegt und so nicht mehr als der Arzt qualifiziert werden kann, der die letzte Krankheit behandelt. Oder dass die Vertrauensperson behauptet und mit vorsorglich angehäuften Beweismitteln zu untermauern versucht, dass der Patient an Altersschwäche gestorben sei, da diese nicht als Krankheit i.S.v. Art. 909 Abs. 1 CC fr. gilt. Praktische Schwierigkeiten treten auch zu Tage, wenn der Patient in der letzten Zeit vor seinem Ableben nicht vom begünstigten Hausarzt, sondern im Krankenhaus behandelt worden ist, resp. wenn der Patient nach einer Schenkung unter Lebenden wieder geheilt wird<sup>925</sup>. Zudem ist offensichtlich, dass die Schwäche des Patienten einerseits und die Autorität der Vertrauensperson andererseits nicht nur während der letzten Krankheit zu unlauteren Zwecken ausgenutzt werden können.

---

<sup>921</sup> So auch die Regelung betreffend der Ausgleichung üblicher Gelegenheitsgeschenke, vgl. etwa BK-TUOR/PICENONI, Art. 632 N 4 i.V.m. Art. 629 N 25 ff.; eingehend EITEL, Zuwendungen, § 7 N 1 ff.

<sup>922</sup> Vgl. dazu oben S. 179 f.

<sup>923</sup> Vgl. dazu oben S. 180 ff.

<sup>924</sup> So richtigerweise auch die einschlägige Doktrin, vgl. KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 123.

<sup>925</sup> Vgl. diesbezüglich auch KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 94 f.

Sachgerecht mutet hingegen die Tatsache an, dass nach Ansicht des französischen Erbrechtsgesetzgebers bei Verwandtschaft mit dem Erblasser die Erbfähigkeit der Vertrauensperson in der Regel nicht tangiert wird. Hier wird zu Recht davon ausgegangen, dass die Vertrauensperson nicht als Berufsträger, sondern eben als Familienangehöriger gilt; die familiäre Bindung steht im Vordergrund. Daneben gelten Zuwendungen an Medizinalpersonen als zulässig, wenn sie ein Speciesvermächtnis enthalten oder in opportuner Relation zu den erbrachten Leistungen und den Vermögensverhältnissen des Erblassers stehen. Überwiegend positiv ist m.E. auch der Umgehungstatbestand (Art. 911 CC fr.) zu beurteilen, da mit dieser Bestimmung danach getrachtet wird, die Schutzzwecke der Normen auch bei Zwischenschaltung von Strohmännern Platz greifen zu lassen.

In der Rechtsordnung *Englands*<sup>926</sup> sind in Bezug auf Zuwendungen an Vertrauenspersonen die Regel von „undue influence“ sowie die Regel vom „want of knowledge and approval“ von Relevanz. Sie beinhalten eine Umkehr der Beweislast; dem Begünstigten obliegt die Darlegung, dass das Rechtsgeschäft auf loyale Weise zustandegekommen ist. Nach Ansicht der Gerichte bilden die Beziehungen zwischen Anwalt-Klient, Arzt-Patient, Geistlicher-Gläubiger, Vormund-Mündel und trustee-beneficiary sog. „verdächtige Vertrauensverhältnisse“. Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften hat die englische Rechtspraxis diese Regeln auch bei Zuwendungen an nahe Familienangehörige des Begünstigten angewendet. Von erheblicher Bedeutung ist jeweils die Höhe der Zuwendung; bei substantiellen Begünstigungen sind die Gerichte besonders wachsam und argwöhnisch. Wegen der Gefahr der unlauteren Suggestion befassen sich neben dem case law auch die generell-abstrakten Standesregeln der law society mit Zuwendungen an den solicitor, dessen Büropartner, Angestellte oder Familienangehörige.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt eine Umkehr der Beweislast keine befriedigende Lösung dar. Sie schafft keine klaren Verhältnisse und ist der Rechtssicherheit abträglich, zumal sie nur dann Platz greift, wenn die Umstände bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung Zweifel an der Testierfähigkeit oder dem Testierwillen des Erblassers aufkommen lassen. Die Beweisproblematik wird nicht gelöst, sondern nur verlagert. Eine Umkehr der Beweislast birgt die Gefahr in sich, dass die Vertrauensperson im Vorfeld der Errichtung der Verfügung ihre Machtstellung und Autorität verstärkt ausnutzt, um Beweise zu sichern oder zu produzieren, um die (angebliche) Lauterkeit der Zuwendung belegen zu können. Die Beweislastumkehr kann sich somit kontraproduktiv auswirken. Der Begünstigte kann damit einen allfälligen Prozess von vornherein aussichtslos machen oder sich im Hinblick auf einen solchen beweismässig eine gute Situation zu verschaffen, womit der Erblasser noch verstärkt der Vertrauensperson ausgeliefert wird. Die Vertrauensperson kann etwa beim Erblasser Dankeskarten oder schriftliche Bekundungen der Freundschaft oder dgl. erschleichen (um sie später als Urkundenbeweis zu verwenden) oder dem Erblasser einschärfen, sich gegenüber Dritten besonders angetan über die Vertrauensperson zu äussern (um diese Personen später als Zeugen aufrufen zu können). Durchaus im Bereich des Möglichen erscheint, dass die Vertrauensperson mit ihrer einnehmenden Art den Erblasser auch dazu anstiften wird, Kontakte mit langjährigen Freunden oder Verwandten abubrechen oder dass die

---

<sup>926</sup> Vgl. dazu oben S. 184 ff.



Vertrauensperson in weiser Voraussicht ärztliche Atteste über die Testierfähigkeit des Erblassers errichten lässt – ein Blick in die Praxis zeigt, dass die Impertinenz von Erbschleichern keine Grenzen kennt<sup>927</sup>.

Hinsichtlich der Standesregeln der law society ist festzuhalten, dass standesrechtliche Normen, welche erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen thematisieren, m.E. grundsätzlich zu begrüssen sind. Indes darf nicht übersehen werden, dass es sich bei ihnen regelmässig um privates Vereinsrecht handelt, welches von den privatrechtlichen Vereinen nicht zwingend erlassen werden muss. Jeder Berufszweig kann frei entscheiden, ob er sich zusätzliche standesrechtliche Beschränkungen auferlegen will. Sind in einem Berufszweig (allzu) starke Gegeninteressen vertreten, lassen sich bestimmte Beschränkungen wohl nicht realisieren. Eine klare, gesamtheitliche und für alle Vertrauenspersonen geltende Regelung kann mit standesrechtlichen Normen somit nicht erzielt werden. Das punktuell auftretende Standesrecht erscheint insofern als stumpfe Waffe.

## **B. Lösungsvorschlag III: Erbunfähigkeit von Vertrauenspersonen**

### ***I. Textvorschlag***

Auf Grund der bisherigen Erörterungen ist davon auszugehen, dass in der Schweiz de lege lata keine zulängliche Handhabe für erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen besteht. Gestützt auf diesen Befund und angesichts der dargelegten und gewürdigten Regelungen im Ausland kann man sich fragen, ob es in Anbetracht der unbefriedigenden Rechtswirklichkeit rechtspolitisch de lege ferenda nicht wünschbar wäre, die erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen in der Schweiz auf eine umfassende – nicht bloss auf ausgewählte Berufsträger beschränkte – Weise zu regeln.

Zu diesen Behuf wird nachstehend im Sinne einer *Diskussionsgrundlage* die Schaffung einer – bewusst weitgreifenden – *generell-abstrakten Norm im ZGB* postuliert, welche einen Tatbestand *relativer Erbunfähigkeit von Personen* enthält, *die gegenüber dem sie begünstigenden Erblasser von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis stehen*. Vorweggenommen ist, dass die vorgeschlagene Norm einerseits von den ausländischen Regelungen inspiriert ist, andererseits erheblich weiter geht:

„Art. 541a.

c. Zuwendungen an Vertrauenspersonen

<sup>1</sup> Personen, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sind diesem gegenüber unfähig, aus einer Verfügung von Todes wegen irgend etwas zu erwerben.

<sup>2</sup> Die Unfähigkeit besteht auch für Personen, welche zur Umgehung vorgeschoben werden, wie insbesondere Verwandte in gerader Linie oder Geschwister sowie den Ehegatten oder Partner der Vertrauensperson.

---

<sup>927</sup> Vgl. beispielsweise NZZ vom 6. Juli 2000 (Nr. 155), S. 47, sowie NZZ vom 11. Januar 2001 (Nr. 8), S. 40 (betr. einen Zürcher Finanzberater, der sich Anfang der neunziger Jahre von einer im Jahre 1899 geborenen, alleinstehenden Klientin ein Millionenvermögen vermachen liess); vgl. zu diesem Fall auch oben S. 26 mit FN 119.

<sup>3</sup> Zuwendungen, welche auf Grund verwandtschaftlicher, ehelicher oder eheähnlicher Beziehung erfolgen, sowie solche, welche das Mass üblicher Gelegenheitsgeschenke nicht übersteigen, sind vorbehalten.“

## 2. *Erläuterungen*

### a. *Allgemeines und Schutzzweck der Norm*

Die postulierte Norm enthält einerseits den Vorteil, dass sie eine Vielzahl von Fällen erfasst, welche auf *konvergierenden Gegebenheiten* basieren. Allen erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen ist gemein, dass ihnen die Gefahr der unlauteren Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses inhärent ist und dass solche Zuwendungen – auf Grund der konkreten Umstände und der meist desolaten Beweislage des Ungültigkeitsklägers – wohl nur selten mit durchschlagendem Erfolg angefochten werden können<sup>928</sup>. Es will scheinen, dass nicht nur bei den klassischen „verdächtigen Vertrauensverhältnissen“<sup>929</sup> der Einfluss einer Person über eine andere schwer zu erfassen ist. Die Gefahr, dass eine Verfügung von Todes wegen, welche eine Berufsperson begünstigt, nicht auf einem spontanen, unbeeinflussten und wohlüberlegten Akt des Erblassers beruht, besteht vielmehr überall dort, wo der Bedachte kraft beruflicher Stellung in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser steht. Auf Grund dieser Überlegung sollten nicht einzelne namentlich bezeichnete Berufsträger hervorgehoben werden – eine solche Anknüpfung an ausgewählte Berufsträger könnte allenfalls willkürlich anmuten. Vielmehr *muss danach gefragt werden, ob im Einzelfalle zwischen dem Begünstigten und dem verfügenden Erblasser von Berufs wegen ein Vertrauensverhältnis besteht*. Ein solches besteht in aller Regel etwa nicht nur beim Arzt, Anwalt oder Notar, sondern – wie bereits skizziert wurde<sup>930</sup> – beispielsweise auch bei Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Psychologen, Vormünder, Beiständen und Beiräten, Geistlichen und Laienseelsorgern, Banquiers, Treuhänder, Finanzberatern etc. Es ist deshalb m.E. nicht einzusehen, wieso – wie in Frankreich<sup>931</sup> – die Erbfähigkeit bloss einzelner ausgewählter Berufspersonen von Gesetzes wegen beschnitten werden soll, wenn es doch unzählige Fälle gibt, die auf gleichartigen Tatbeständen basieren.

Andererseits birgt die unterbreitete Regelung den Vorteil in sich, dass sie gleichermaßen eine nachhaltige Lösung zum *Schutz verschiedener Interessen* darstellt. Es besteht kein rechtspolitisches Anliegen, einzelne Berufsträger unbegründet zu verdächtigen oder erbrechtlich zu diskriminieren – im Gegenteil: Der Zweck der vorgeschlagenen Norm besteht nicht nur darin, die *Interessen des Einzelnen* sowie die *Interessen der Öffent-*

---

<sup>928</sup> In der Praxis werden wohl viele derartige Fälle aussergerichtlich durch Vergleich erledigt werden. Dadurch kann der Ungültigkeitskläger zum einen – trotz dürftiger Beweislage – immerhin einen Teilerfolg erzielen, der erbschleichende Ungültigkeitsbeklagte erzielt zum anderen eine Prozess erledigung unter Ausschluss der Öffentlichkeit und erspart sich so peinliche und berufsschädigende Publizität; vgl. diesbezüglich DRUEY, Bemerkungen, S. 735 i.f.; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 467-469 N 8 i.f.; ZGB-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14.

<sup>929</sup> Vgl. dazu oben S. 204.

<sup>930</sup> Vgl. insbesondere oben S. 26.

<sup>931</sup> Vgl. dazu oben S. 180 ff.

lichkeit zu schützen; vielmehr geht es auch um den Schutz der *Interessen der Berufspersonen* selbst. Der Norm liegt somit ein dreifacher Schutzzweck zu Grunde.

*Die postulierte Norm schützt zum einen die privaten Interessen jedes einzelnen Erblassers.* Die vorgeschlagene relative Erbunfähigkeit von Vertrauenspersonen bewirkt, dass die Vertrauensperson vom Erblasser keine erbrechtlichen Zuwendungen erhalten kann. Diese Konsequenz mag zwar – vordergründig – als eine beträchtliche Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers scheinen<sup>932</sup>. Die unterbreitete Norm wirkt aber nicht nur beschränkend, sondern gleichermassen schützend, da die relative Erbunfähigkeit zur Folge hat, dass das schwächere Rechtssubjekt nicht mehr befürchten muss, die von der Norm betroffene Person nutze eine kraft beruflichem Verhältnis bestehende Vertrauens- und Machtstellung aus, um erbrechtliche Begünstigungen zu erlangen. Der Einzelne wird demgemäss davor geschützt, dass eine natürliche Person über eine andere unredlich Einfluss nimmt und dass ein solcher Einfluss obendrein „unter Umständen ausgeübt wird, die seinen Nachweis unmöglich machen“<sup>933</sup> würden. Es wird vereitelt, dass die Vertrauensperson ihre Stellung und Autorität zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Erblassers missbraucht. Bei Lichte betrachtet stellt die postulierte Norm somit eine Sicherung dar, welche *dem wirksamen Schutz der Testierfreiheit eines jeden Erblassers dient* und soweit wie möglich gewährleistet, dass die Verfügung von Todes wegen mit dem frei gebildeten Willen des Erblassers übereinstimmt. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die dargelegte Norm nicht ausnahmslos gilt<sup>934</sup>.

*Die postulierte Norm schützt zum anderen die öffentlichen Interessen der Allgemeinheit.* Auf Grund der Schutzbedürftigkeit jedes einzelnen Erblassers vor unlauterer Ausnutzung beruflicher Vertrauensverhältnisse besteht letztlich auch ein öffentliches Interesse und Bedürfnis für die relative Erbunfähigkeit von Vertrauenspersonen. Durch eine Beschränkung der Erbfähigkeit kann verhindert werden, dass – wie in der gerichtlichen Praxis tatsächlich schon vorgekommen<sup>935</sup> – ein Arzt seinem Patienten während einer Krankheit derartig durch Quälen und Drängen zusetzt, dass der Patient, um endlich Ruhe zu haben, den Arzt als Erben einsetzt. Die vorgeschlagene Regel garantiert die Integrität von Vertrauenspersonen, indem bereits der böse Anschein vermieden wird, der Begünstigte habe in irgend einer unlauteren Weise seine Macht- und Vertrauensstellung ausgenutzt, um auf die Nachlassgestaltung des Erblassers Einfluss zu nehmen und ihm einen bestimmten Inhalt einer Verfügung nahezu legen (oder einen solchen zu provozieren). Die Norm bewirkt mithin eine Festigung und Verstärkung der Ehrlichkeit, Anständigkeit und Aufrichtigkeit von Vertrauenspersonen. Dadurch intensiviert sich – nunmehr zu Recht – das unentbehrliche Vertrauen der Öffentlichkeit in diese Berufskreise, mit der Konsequenz, dass diese mit den Berufsträgern unbelastet verkehren kann,

---

<sup>932</sup> Es erscheint an dieser Stelle angebracht, in Erinnerung zu rufen, dass (auch) im schweizerischen Erbrecht die Testierfreiheit des Erblassers nicht unbeschränkt gilt; vgl. diesbezüglich oben S. 191 f., insb. FN 885.

<sup>933</sup> KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 21.

<sup>934</sup> Zum Schutz der Testierfreiheit vgl. etwa auch MÜLLER, Zuwendungen des Betreuten, S. 221, welche andeutet, dass bei einem besonderen Vertrauensverhältnis bzw. bei einem Abhängigkeitsverhältnis der Schutz der Testierfreiheit „über die engen Grenzen der Geschäftsunfähigkeit (bzw. Testierunfähigkeit) oder Sittenwidrigkeit hinaus“ geboten sein kann. – Zu den in der Norm enthaltenen Ausnahmen vgl. unten S. 210 f.

<sup>935</sup> Vgl. dazu KEMPERMANN, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen, S. 28 m.w.H.

ohne abstrakt befürchten zu müssen, dass die Vertrauensperson eigene Interessen verfolgt. Eine Interessenkollision oder ein Verlust der Unabhängigkeit wird durch die positivrechtliche Regelung general-präventiv ausgeschlossen. Dergestalt kann dem Bedürfnis der Allgemeinheit Rechnung getragen werden, Vertrauensverhältnisse zu Berufspersonen von sachfremden Einflüssen weitmöglichst freizuhalten. Dies hat zur Konsequenz, dass Berufe, welche im Dienste des Gemeinwohls stehen und öffentliche Aufgaben wahrzunehmen haben, bestmöglichst, wirkungsvoll und nach den Regeln der Kunst ausgeübt werden können, was der Allgemeinheit dienlich ist (zu denken ist nur an das Funktionieren des Gesundheitswesens oder an die richtige Wahrnehmung und Durchsetzung des Rechts). Mit Fug wird in der Doktrin denn auch darauf hingewiesen, dass es den Bürgern „gespenstisch“<sup>936</sup> anmuten muss, wenn Erblasser die Pfleger von Alten- oder Behindertenheimen zu Erben einsetzen, und dass dadurch das öffentliche Vertrauen in diese Berufe nachhaltig erschüttert wird. Aus dem Gesagten erhellt, dass die postulierte Norm auch dem öffentlichen Wohl dient und insbesondere die Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr bezweckt.

*Die postulierte Norm schützt endlich die Eigeninteressen der Berufsträger selbst.* Wie bereits mehrfach diskutiert, resultiert aus der erbrechtlichen Begünstigung von Berufsträgern eine nachhaltige Erschütterung des Vertrauens, welches diesen Berufen entgegengebracht wird und auch entgegengebracht werden muss. Dieser generelle Vertrauensverlust beeinträchtigt aber unweigerlich die Interessen gewissenhafter Berufsträger, da die jeweiligen Tätigkeiten nur dann lege artis ausgeübt werden können, wenn sich die schwächere Partei der Vertrauensperson vollumfänglich anvertrauen kann. Ein – berechtigterweise – hohes Mass an Vertrauen in eine Berufsgruppe hat notgedrungen zur Folge, dass persönliche und berufliche Integrität, soziales Prestige, gesellschaftliches Ansehen und Reputation der Berufsträger nicht bloss erhalten, sondern vielmehr potenziert werden. Eine Norm im postulierten Sinn fördert das Bewusstsein aller Rechtssubjekte, dass Personen, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, von diesem keine erbrechtlichen Zuwendungen empfangen können und vermeidet – im Interesse der redlichen Berufsträger – bereits den bösen Anschein. Damit sind diese Berufsträger über jeden Verdacht erhaben; dieser Umstand dient der Ehre und Würde der Berufspersonen sowie dem Ansehen und der Funktionsfähigkeit dieser Berufskreise.

#### *b. Systematische Aspekte*

Die unterbreitete Regelung stellt einen neuen Tatbestand relativer Erbunfähigkeit dar und enthält in Abs. 1 eine Einschränkung der aktiven Erbfähigkeit von Vertrauenspersonen. Die Restriktion hat gleichsam eine de facto-Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers zur Konsequenz. Ausgehend von dieser Feststellung erscheint es unter *systematischen Gesichtspunkten* erforderlich, dass eine Norm solcher Relevanz – wie schon bei der Beurteilung der Regelungen in anderen nationalen Rechtsordnungen erwähnt wurde<sup>937</sup> – nicht in einem Nebengesetz oder gar in nur punktuell auftretenden Standesregeln, sondern im dritten Teil des ZGB enthalten ist.

---

<sup>936</sup> Vgl. STEIN, Testierfreiheit, S. 78.

<sup>937</sup> Vgl. oben S. 202 f.

Das ZGB spricht sich über die aktive Erbfähigkeit in Art. 539 aus. Die Art. 540 f. ZGB regeln die möglichen Gründe und Wirkungen einer im Verhältnis zu einem bestimmten Erblasser bestehenden Erbnunwürdigkeit (deren Folge darin besteht, dass der Unwürdige relativ erbnunfähig ist)<sup>938</sup>. Art. 542 ZGB hält demgegenüber fest, dass der Erbe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch bzw. schon gelebt haben muss. Angesichts dieser gesetzlichen Ordnung mutet es m.E. am sachgerechtesten an, die postulierte Norm im Anschluss an die Regelung der Erbnunwürdigkeit, als Art. 541a ZGB, zu platzieren. Dies gilt umso mehr, als der Erblasser – auf Grund der involvierten öffentlichen Interessen sowie den Interessen der Berufsträger selbst – nicht von ihr dispensieren kann (vgl. demgegenüber Art. 540 Abs. 2 ZGB) und die Unfähigkeit nicht nur für die Vertrauensperson selbst Platz greift (vgl. demgegenüber Art. 541 Abs. 1 ZGB). Die Marginalie der neuen Bestimmung („c. Zuwendungen an Vertrauenspersonen“) lässt erkennen, dass sie eine Ergänzung der schon bestehenden Normen betreffend die Erbnunwürdigkeit darstellt.

### c. *Inhaltliche Aspekte*

In Anlehnung an die Regelungen in Deutschland, Österreich und insbesondere Frankreich wird in Abs. 1 eine *Beschränkung der Erbfähigkeit* kraft einem *neuen Tatbestand der Erbnunwürdigkeit* postuliert. Da Vertrauensverhältnisse zu Berufspersonen als besonders schützenswert erachtet werden<sup>939</sup>, greift der Tatbestand nur bei Personen Platz, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen; vorbehalten bleibt indes Abs. 2 der Norm. Eine weniger weit gehende blosse Umkehr der Beweislast ist aus bereits skizzierten Gründen<sup>940</sup> abzulehnen. Nach Abs. 1 der postulierten Norm ist es demnach Vertrauenspersonen *per se* verschlossen, eine Nachfolge in das Vermögen eines Erblassers, zu welchem sie von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis stehen, anzutreten.

Es ist offensichtlich, dass der dreifache Schutzzweck der Bestimmung nur dann gewahrt werden kann, wenn *Umgebungsgeschäfte ausgeschlossen* sind; zu diesem Behuf bestimmt Abs. 2 der postulierten Norm, dass die Unfähigkeit auch für Personen besteht, welche zur Umgehung vorgeschoben werden. Anhand der Rechtsordnungen von Frankreich und England erhellt, dass Umgebungsgeschäfte wohl zumeist durch Zuwendungen an Familienmitglieder (Aszendenten, Deszendenten und Ehegatte) oder Büropartner der Vertrauensperson getätigt werden. Mit dem Einbezug des Partners der Vertrauensperson wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auf Bundesebene Vorschläge für gesetzgeberische Massnahmen in Bezug auf die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare in die Vernehmlassung geschickt wurden<sup>941</sup>.

---

<sup>938</sup> Für Personen, welche an der Errichtung einer öffentlichen Verfügung (oder eines Erbvertrages [vgl. Art. 512 Abs. 1 ZGB] mitwirken, findet sich zudem in Art. 503 Abs. 2 ZGB ein Tatbestand relativer Erbnunfähigkeit; vgl. diesbezüglich etwa PIOTET, SPR IV/1, S. 272 f., der hervorkehrt, dass es um den Ausschluss der Möglichkeit geht, dass der Bedachte den Erblasser zu seinen Gunsten beeinflusst.

<sup>939</sup> Vgl. oben S. 24 ff.

<sup>940</sup> Vgl. oben S. 204 f.

<sup>941</sup> Vgl. dazu BERICHT BUNDESAMT, Gleichgeschlechtliche Paare, S. 54 ff.; GEISER, Gleichstellung, S. 101.

Gemäss Abs. 3 der Bestimmung greift ein *Vorbehalt bei verwandtschaftlicher, ehelicher oder eheähnlicher Beziehung* zwischen dem Erblasser und der Vertrauensperson Platz; eine entsprechende Ausnahme sehen auch die Rechtsordnungen Frankreichs und Englands vor. Ohne solche Ausnahme würde etwa eine erbrechtliche Zuwendung der Mutter zu Gunsten ihres Sohnes nur deshalb verunmöglicht, weil der Sohn als Anwalt auch die Interessen der Mutter wahrnimmt. Gleiches gälte für die Ärztin, die ihrem Ehemann auch in medizinischen Belangen zur Seite steht. Die stipulierte Ausnahme muss mithin dort Anwendung finden, wo die Vertrauensperson nicht in ihrer Eigenschaft als Berufsperson aufgetreten ist und die erbrechtliche Zuwendung nicht kraft beruflicher Tätigkeit, sondern kraft familiärer Bindung erfolgte. Hier steht nicht das berufliche, sondern das persönliche Verhältnis zwischen Vertrauensperson und Erblasser im Vordergrund. Entsprechendes gilt auch bei einer eheähnlichen – nicht aber bei einer bloss einfachen freundschaftlichen – Beziehung, welche über gewisse qualifizierende Elemente verfügt. Zu denken ist an den Fall, wo sich das ursprünglich berufliche Arzt-Patient-Verhältnis zu einer festen persönlichen Bindung entwickelt, welche sich äusserlich darin manifestiert, dass die Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben<sup>942</sup>.

Ein weiterer *Vorbehalt* gilt nach Abs. 3 der präsentierten Norm bei Zuwendungen, welche *das Mass üblicher Gelegenheitsgeschenke nicht übersteigen*. Damit wird eine Wendung aufgegriffen, welche sich wiederholt im Familien- und Erbrecht, aber auch im SchKG<sup>943</sup> findet (vgl. insbesondere Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 527 Ziff. 3 und Art. 632 ZGB sowie Art. 286 Abs. 1 SchKG). Durch die Wahl des Wortlauts („das Mass“) wird verdeutlicht, dass hier einzig die Höhe der Zuwendung, nicht aber ihre causa von Relevanz ist. Im Gegensatz etwa zu Art. 632 ZGB spielen deshalb die objektiven Umstände (wie beispielsweise Weihnachten) oder die subjektiv bedeutsamen Daten oder Ereignisse (wie beispielsweise bestandenes Examen) keine Rolle. In Bezug auf die hier interessierende Höhe der Zuwendung vertritt die Doktrin zu den genannten Bestimmungen des ZGB einhellig die Auffassung, dass übliche Gelegenheitsgeschenke von geringem Wert sind und dass es sich nicht um einen objektiv-starren, sondern um einen relativen Wert handelt, der je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls variiert und sich nach den finanziellen Verhältnissen des Erblassers bestimmt<sup>944</sup>.

Die ältere Doktrin, namentlich vertreten durch THORENS, geht davon aus, dass eine Zuwendung im Wert von 5 % des Nachlasses kein übliches Gelegenheitsgeschenk mehr darstelle; diese Faustregel soll zumindest dann Anwendung finden, wenn die Zuwendung in einer Bandbreite von CHF 100.— bis CHF 100'000.— liege. Eine Zuwendung über CHF 100'000.— ist demnach in keinem Fall ein übliches Gelegenheitsgeschenk<sup>945</sup>. In der jüngeren Literatur verfiert EITEL die Auffassung, dass – unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und den schenkungssteuerrechtlichen Regelungen einzelner kantonaler Steuergesetze – unter „gewöhnlichen“ Umständen die relative

---

<sup>942</sup> Vgl. diesbezüglich auch die Ausführungen oben S. 27 f.

<sup>943</sup> SR 281.1.

<sup>944</sup> Vgl. beispielsweise EITEL, Zuwendungen, § 7 N 3; SEEBERGER, Richterliche Erbteilung, S. 267 f.; PIOTET, SPR IV/1, S. 360; BREITSCHMID, Erbfolge und Teilung, S. 70 f.; BK-TUOR/PICENONI, Art. 632 N 4; ZK-ESCHER, Art. 632 N 3; ZGB-FORNI/PIATTI, Art. 632 N 2.

<sup>945</sup> Vgl. THORENS, Interprétation, S. 360 FN 28 f.

Grenze bei 1 % des Nachlasses zu ziehen sei; gewöhnliche Umstände liegen nach EITEL dann vor, wenn sich die Zuwendungen in einer Bandbreite von CHF 500.— bis CHF 5'000.— bewegen<sup>946</sup>.

Die Auffassung EITELS verdient m.E. Zustimmung. Zum einen erscheint die „5%-Regel“ von THORENS hinsichtlich Zuwendungen an Vertrauenspersonen als zu weitgehend; so mutet eine erbrechtliche Zuwendung in der Höhe von CHF 100'000.— bei einem Nachlass in der Höhe von CHF 2'000'000.— an eine Vertrauensperson doch als recht ansehnliche Begünstigung an, zumal auch berücksichtigt werden muss, dass es sich nicht um Zuwendungen an Nachkommen oder den Ehegatten, sondern um Zuwendungen an *familienfremde* Personen handelt. Zum anderen erscheint die Lösung EITELS insgesamt als ausgewogener, berücksichtigt sie doch die Vorgaben aus Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Da an dieser Stelle ausschliesslich Zuwendungen von Todes wegen thematisiert werden, versteht es sich von selbst, dass nicht – wie etwa bei Art. 632 ZGB – der Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts (unter Lebenden) massgebend sein kann<sup>947</sup>. Vielmehr ist auf den *Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Todes des Erblassers* abzustellen („Todestagsprinzip“)<sup>948</sup>.

Die vorgeschlagene generell-abstrakte Norm, welche einen neuen Tatbestand relativer Erbunfähigkeit von Personen darstellt, ist mit dem Tatbestand der Erbunwürdigkeit (Art. 540 f. ZGB) eng verwandt. Die *Wirkungen der dargelegten Norm* bestehen demnach darin, dass die Vertrauensperson von Gesetzes wegen nicht als Erbin eingesetzt werden kann und somit von jedem Erbanfall seitens des Erblassers ausgeschlossen bleibt. Verfügt die erbunfähige Vertrauensperson dennoch über Vermögenswerte des Nachlasses, sind diese Dispositionen – unter Vorbehalt des Gutgläubensschutzes Dritter – rechtlich unbeachtlich. Ist der Nachlass im Besitz der Vertrauensperson, steht den Erben die Erbschaftsklage offen. Hat die Vertrauensperson keinen Besitz, wird ihre allfällige Klage auf Auslieferung (Erbschaftsklage, Teilungsklage, Vermächtnisklage, Klage um Vollziehung einer Auflage) abgewiesen. Die Erbunfähigkeit stellt zwingendes Recht dar und ist von allen Gerichten und Behörden *von Amtes wegen* zu beachten. Jedem Interessierten steht eine *Klage auf Feststellung der Erbunfähigkeit* zu<sup>949</sup>.

### 3. *Folgerungen*

Der angeregte Lösungsvorschlag III – die Erbunfähigkeit von Vertrauenspersonen – greift auch dann Platz, wenn *die bedachte Vertrauensperson keine Kenntnis von der sie begünstigenden Verfügung* zu Lebzeiten des Erblassers hatte. Damit besteht eine wesentliche Differenz zu den Lösungsvorschlägen I und II.

Diese apodiktische Lösung rechtfertigt sich m.E. auf Grund des manifesten Bedürfnisses, Missbrauchsmöglichkeiten gänzlich auszuschliessen. Jeder Erblasser, insbesondere

---

<sup>946</sup> Vgl. EITEL, Zuwendungen, § 18 N 10 ff.

<sup>947</sup> Vgl. zum relevanten Zuwendungszeitpunkt statt vieler EITEL, Zuwendungen, § 10 N 6 ff.

<sup>948</sup> Dieser Zeitpunkt ist auch massgebend in Art. 474 Abs. 1, Art. 537 Abs. 2 und Art. 630 ZGB.

<sup>949</sup> Vgl. etwa HUGGLER, Erbunwürdigkeit, S. 109 ff.; PIOTET, SPR IV/2, S. 569 f.; ZK-ESCHER, Art. 540 N 2 ff.; BK-TUOR/PICENONI, Art. 540/541 N 31.

aber der betagte, alleinstehende (verwitwete) und sozial isolierte Erblasser, erscheint gegenüber Personen, die zu ihm von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis stehen, als schutzbedürftig. Wie mehrfach erläutert, bergen berufliche Vertrauensverhältnisse ganz besonders die Gefahr in sich, von der Vertrauensperson durch unlautere Ausnutzung ihrer Machtposition missbraucht zu werden, um erbrechtliche Begünstigungen zu erschleichen. Ein überzeugender und *umfassender Schutz* der privaten, öffentlichen und Eigeninteressen der Berufsträger selbst kann m.E. nur mit einem Lösungsansatz erreicht werden, der unabhängig von der Kenntnis der Vertrauensperson um die Begünstigung Anwendung findet. Wäre die Kenntnis der Vertrauensperson von entscheidender Bedeutung, wäre die Frage, ob eine erbrechtliche Zuwendung an eine Vertrauensperson vor der Rechtsordnung standhält oder nicht, weitgehend von beweisrechtlichen Aspekten abhängig. Es ist offensichtlich, dass ein solcher Lösungsansatz letztlich auch nicht im Interesse der Rechtssicherheit liegen würde.

Es sei dem Leser nahegelegt, diesen – provokativen und möglicherweise überschüssenden – Vorschlag als das zu nehmen, was er zu sein gedenkt: eine Diskussionsgrundlage. Der Zweck ist erfüllt, wenn die postulierte Bestimmung einen Dialog zu initiieren vermag.

Bewusst wurden in der vorliegenden Darstellung die weitgehend identischen und gleichermassen praxisrelevanten Rechtsprobleme ausgeklammert, welche bei lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen zu Tage treten.