



St.Galler Erbrechtstagung 2021

Dienstag, 30. November 2021
Grand Casino Luzern



Demenz im Erbrecht – praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung und Prozessführung

RA Julia Blattner, MLaw

ThomannFischer, Elisabethenstrasse 30, 4010 Basel



Übersicht

1. Einleitung
2. Praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung
3. Praxisrelevante Aspekte zur Prozessführung
4. Sonderfragen
5. Rechtsprechungsübersicht
6. Fazit



1. Einleitung (I): Zahlen und Fakten

- In der Schweiz leben schätzungsweise **146 500 demenzkranke Menschen**.
- Das Alter ist der grösste Risikofaktor. Die meisten Erkrankten sind über 80 Jahre alt:
 - 80- bis 89-jährige: ca. 16 %
 - **über 90-jährige: ca. 40 %**
- **Frauen** sind in fast allen Altersgruppen stärker betroffen als Männer.
- Bevölkerungsentwicklung Schweiz 2020 – 2050: Die Zahl der Seniorinnen und Senioren ab 80 Jahren wird sich **mehr als verdoppeln**.



1. Einleitung (II): Begriffsbestimmung

- Demenz ist ein Oberbegriff für verschiedene **neurodegenerative oder vaskuläre Hirnerkrankungen** (vgl. ICD-10 F00 bis F03).
- **Alzheimer** ist die weltweit verbreitetste Form von Demenz.
- **Gemeinsamkeiten** dieser Erkrankungen:
 - Kognitive Störungen in verschiedenen Bereichen (Aufmerksamkeits- und Exekutivfunktionen, Lernen und Gedächtnis, Sprache, höhere perzeptive und motorische Funktionen, soziale Kognition);
 - Störungen führen zur Beeinträchtigung der komplexen täglichen Aktivitäten;
 - Veränderungen der sozialen Beziehungen;
 - Verhaltensstörungen.



1. Einleitung (III): Verlauf

- In der Regel ist eine Demenz **fortschreitend**. Gewisse Demenzformen sind aber **reversibel** (z.B. Vitamin-B12-Mangel).
- **Demenzstadien:**
 - leichte Demenz
 - mittelschwere Demenz
 - schwere Demenz



1. Einleitung (IV): Diagnostik

- **Zeitpunkt:** Eine frühzeitige Diagnose ist wichtig.
- **Ort:** Hausarzt, Spezialklinik, Akutklinik, Pflegeheim, Memory Clinic etc.
- **Vorgehen/Diagnose-Schema (i.d.R.):**
 1. Arztgespräch
 2. Körperliche Untersuchung
 3. Blutbild
 4. Neuropsychologische Testinstrumente (v.a. MMS-Test, Uhrentest etc.)
 5. Bildgebende Diagnostik



1. Einleitung (V): Neuropsychologische Testinstrumente

- **Mini Mental Status (MMS) / Mini Mental State Examination (MMSE):**

Erreichte Punkte	Faustregel (uneinheitlich)
27 - 30 Punkte	keine Demenz
20 - 26 Punkte	leichte Demenz
10 - 19 Punkte	mittelschwere Demenz
≤ 9 Punkte	schwere Demenz

- **Uhrentest:** Max. 7 Punkte; bei weniger als 5 Punkten ist eine eingehende Untersuchung angezeigt.
- **CERAD-NP/CERAD-Plus**
- **weitere (z.B. IQCODE, MoCA)**



1. Einleitung (VI): Literaturhinweise

- Bopp-Kistler Irene (Hrsg.), demenz. Fakten Geschichten Perspektiven, Zürich 2016
- Bundesamt für Statistik (BFS), Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz und der Kantone 2020–2050, Neuchâtel 2020
- MONSCH ANDREAS U., Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz; in: INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Band 13, Bern 2012, 1 ff.
- PETERMANN, FRANK TH., Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008
- SAMW, Medizin-ethische Richtlinien – Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz, genehmigt am 16. November 2017
- SAMW, Medizin-ethische Richtlinien – Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis, genehmigt am 29. November 2018
- URBANIOK FRANK, Testierfähigkeit bei komplexen Rechtsgeschäften; in: AJP 2021, 306 ff.
- Diverse Organisationen, wie:
 - Alzheimer Schweiz
 - Alzheimer's Disease International (ADI)
 - Nationale Plattform Demenz



2. Aspekte zur Nachlassplanung (I): Rechtliche Grundlagen

- **Verfügungsfähigkeit:**
 - Letztwillige Verfügung, Art. 467 ZGB
 - Erbvertrag, Art. 468 ZGB
- Demenz = geistige Behinderung i.S.v. Art. 16 ZGB \neq Urteilsunfähigkeit?
- Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist **nicht** das Ergebnis einer mathematischen Berechnung. Faustregel bei Demenz:

Demenzstadium	Urteilsfähigkeit
leichte Demenz	urteilsfähig
mittelschwere Demenz	genauere Abklärungen sind erforderlich
schwere Demenz	urteilsunfähig



2. Aspekte zur Nachlassplanung (II): Relativität der Urteilsfähigkeit

- **In zeitlicher Hinsicht:**

- In welchem Zeitpunkt erfolgt die Nachlassplanung?
- Ganz konkret: d.h. Jahr, Monat, Tag, Uhrzeit.
- Urteilsfähigkeit in Willensbildungs- und Realisationsphase?
 - Bei öffentlicher Beurkundung:
Gem. BGer ist Urteilsfähigkeit in beiden Phasen erforderlich (vgl. 5A_12/2009, E. 4.2).
 - Bei eigenhändigem Testament:
Urteilsfähigkeit bei Abschluss sollte genügen.
- Luzide Intervalle bei Demenzkranken?
Gemäss neuropsychologischer Literatur nein.



2. Aspekte zur Nachlassplanung (III): Relativität der Urteilsfähigkeit

- **In sachlicher Hinsicht:**

- Wie komplex ist die Nachlassplanung?
- Wandel der Rechtsprechung:
 - Das Testament «*zählt [...] zu den eher anspruchsvolleren Geschäften; dies trifft insbesondere dann zu, wenn komplizierte Verfügungen getroffen werden*»
vgl. BGE 124 III 5 E. 1a
 - «*ein Testament [kann] unter gewissen Umständen ein Geschäft einfacherer Natur sein*»
vgl. BGer 5C.193/2004 E. 2.3.1
- Entscheidend also: Komplexität der Anordnungen, aber auch Zusammensetzung des Vermögens und Tragweite der Verfügungen.



2. Aspekte zur Nachlassplanung (IV): Prüfung der Verfügungsfähigkeit

- Beim **eigenhändigen Testament**:
 - Meist ohne Kontrolle («*im stillen Kämmerlein*»).
 - Einholung eines Arztzeugnisses durch den Testator u.U. empfehlenswert.
- Bei **öffentlicher Beurkundung**:
 - Die **Urkundsperson** hat zu prüfen, ob der Testator Verfügungsfähig ist (i.d.R. im Gespräch).
 - Bei Zweifeln: Abklärungen sind erforderlich.
 - Neuropsychologische Tests durch Notar? Wohl nein.
 - Zur Beweissicherung insbesondere Arztzeugnis über Urteilsfähigkeit vorlegen lassen und Beratungsgespräch dokumentieren.
 - Grundsatz: Beurkundungspflicht; Ausnahme: offensichtliche Urteilsunfähigkeit.
 - Rolle der **Testamentszeugen**?



2. Aspekte zur Nachlassplanung (V): Vorkehrungen zu Lebzeiten

- Aus Sicht des **Erblassers**:
 - Frühzeitig mit Nachlassplanung beginnen.
 - Erhaltung der kognitiven Fähigkeiten fördern.
 - Unterstützung suchen bzw. Experten beiziehen.
 - I.d.R. öffentliche Beurkundung einem eigenhändigen Testament vorziehen.
 - Testament von der kantonalen Hinterlegungsstelle aufbewahren lassen.
 - Eher nicht: Entbindung des Arztes von der beruflichen Schweigepflicht zu Lebzeiten zu Gunsten potenzieller Erben.



2. Aspekte zur Nachlassplanung (VI): Vorkehrungen zu Lebzeiten

- Aus Sicht der **potenziellen Erben**:
 - Erblasser nicht beeinflussen oder überfordern.
 - Testament nicht selbst behändigen und/oder aufbewahren.
 - Zur Informationssicherung z.B. Gesprächsnotizen anfertigen.
 - Neutrale Person beiziehen («*Second opinion*»).



2. Aspekte zur Nachlassplanung (VII): Vorkehrungen zu Lebzeiten

- Aus Sicht der **Urkundsperson**:
 - Besprechungen und Beurkundung u.U. im gewohnten Umfeld des Klienten durchführen.
 - Rücksicht auf konkrete Bedürfnisse des Klienten nehmen (z.B. Medikamenteneinfluss).
 - Verfügungsinhalt ggf. vereinfachen (Stichwort «Komplexität»).
 - Im Zweifel: Arztzeugnis zur Urteilsfähigkeit vorlegen lassen.
 - Evtl. Ärzte/Pflegepersonal als Testamentszeugen.
 - Besondere Vorsicht bei:
 - Last-Minute Testament und/oder Kurswechsel-Verfügungen
 - Begleitung/Beeinflussung durch Dritte
 - Bedeutende Zuwendungen an betreuende Personen



2. Aspekte zur Nachlassplanung (VIII): Literaturhinweise

- BICHSEL MARTIN, Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson; in: *successio* 2017, 284 ff.
- EITEL PAUL, Personenrecht und Erbrecht; in: *Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen, Liber amicorum für Regina E. Aebi-Müller*, Zürich 2021, 91 ff.
- GUTZWILLER PETER MAX, Zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit; in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), *Urteilsfähigkeit*, St. Gallen 2014, 121 ff.
- LIENHARD BETTINA/LÜDI MICHAEL, Schattierungen der Handlungs(un)fähigkeit und ihre Bedeutung aus Sicht des Erblassers; in: *FS Peter Breitschmid*, Zürich 2019, 425 ff.
- RÜEGGER-FREY BRIGITTE ET AL., Die Testierfähigkeit von Menschen mit Demenz; in: *Schweizerische Ärztezeitung*, 2020, 1578 ff.
- SOMMER SARA, Testierfähigkeit von Demenzkranken; in: *AJP* 2020, 491 ff.
- VON WERDT NICOLAS, Prüfung der Urteilsfähigkeit des Testators durch den Notar – insbesondere im Zusammenhang mit Alzheimer-Demenz; in: *Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress*, Bern 2013, 15 ff.
- VOSER PETER, Testierung im Altersheim; in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), *Urteilsfähigkeit*, St. Gallen 2014, 205 ff.



3. Aspekte zur Prozessführung (I): Rechtliche Grundlagen

- **Jede (eröffnete) Verfügung von Todes wegen ist gültig.**
 - d.h. es ist eine erfolgreiche Anfechtung erforderlich.
 - u.U. kann die Ungültigkeit einredeweise geltend gemacht werden, vgl. Art. 521 Abs. 3 ZGB
 - absoluter Ausnahmefall: Nichtigkeit.
- **Mögliche erbrechtliche Klagen:**
 - Ungültigkeitsklage, Art. 519 ff. ZGB
 - Unbefristete Klage auf Feststellung der Nichtigkeit
 - evtl. unbefristete Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit, Art. 540 ff. ZGB
- **u.U. Klage auf Ungültigerklärung der Ehe, Art. 105 f. ZGB** (vgl. BGer 5A_597/2020)



3. Aspekte zur Prozessführung (II): Vorgehen bei Demenzverdacht

- **Vor Prozessführung:**
 - Kenntnisse über Krankheitsbild und dessen Verlauf aneignen.
 - Informations-/Beweisbeschaffung
 - Erbbescheinigung/Auskunftsbescheinigung (aber nur «*Eintrittsticket*»)
 - Zu beachten:
 - Berufliche Schweigepflicht des Arztes, Art. 321 StGB
 - Berufspflichten bei privater Zeugenbefragung (vgl. BGE 136 II 551 E. 3)
 - Strategie: Vergleichsgespräche? Wann, wo und wie klagen?
- **Während Prozessführung:**
 - Storytelling/Armchair-Rule
 - Umkehr der Beweislast = eigentliche Krux



3. Aspekte zur Prozessführung (III): Beweisgegenstand und Beweismass

- **Beweisgegenstand:**

- Konkreter geistig krankhafter oder geschwächter Zustand des Erblassers; und
- die daraus resultierende verminderte Fähigkeit zu vernünftigem Handeln.

- **Beweismass:**

- "überwiegende Wahrscheinlichkeit":
«Nach der Rechtsprechung genügt für den Beweis der Urteilsunfähigkeit einer verstorbenen Person eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst, weil in diesem Fall die Natur der Sache einen absoluten Beweis unmöglich macht [...].»
(vgl. BGer 5A_12/2009 E. 3.1)



3. Aspekte zur Prozessführung (IV): Beweismittel

- **Zeugen**
 - nahestehende Personen, Medizinalpersonal (Ärzte, Pfleger, Spitex etc.), Urkundsperson, Testamentszeugen
- **Urkunden**
 - Patientendossier, Testergebnisse, Berichte der KESB, Fotos (auch zur Wohnsituation), Briefe, Prospekte, u.U. medizinische Fachpublikationen etc.
- **Gutachten**
 - Gerichtliches Gutachten und/oder Parteigutachten post mortem



3. Aspekte zur Prozessführung (V): Beweislast

- **Regelfall:** Vermutung der Urteilsfähigkeit, Art. 16 ZGB
- **Sonderfall: Umkehr der Beweislast**
 - «[...] wenn nachgewiesen wird, dass die verfügende Person aufgrund ihres allgemeinen Gesundheitszustandes im Normalfall und mit grosser Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten musste.» vgl. BGE 124 III 5 E. 4b
 - «Die Vermutung der Urteilsunfähigkeit betrifft nach der Rechtsprechung Fälle, wo sich der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befand, wie er bei altersdementen Menschen notorisch ist.» vgl. BGer 5A_748/2008 E. 5.2
 - **Keine Umkehr der Beweislast** wenn ein Erblasser im fortgeschrittenen Alter nur gebrechlich, gesundheitlich angeschlagen und zeitweise verwirrt ist; vgl. BGer 5C.193/2004 E. 4
- **Gegenbeweis:** Luzides Intervall → bei Demenz grundsätzlich eher abzulehnen.



3. Aspekte zur Prozessführung (VI): Beispiele aus der Rechtsprechung

- **Umkehr der Beweislast bejaht:**

- BGer 5A_723/2008 E. 3.1

- Alzheimer-Demenz, MMS-Test 14 von 30 Punkten → urteilsunfähig

- BGer 5A_16/2016 E. 4.3

- Alzheimer-Demenz, MMS-Test 13 von 30 Punkten → urteilsunfähig

- **Umkehr der Beweislast verneint:**

- BGer 5A_439/2012 E. 4.2

- mittelschwere Demenz → urteilsfähig



3. Aspekte zur Prozessführung (VII): Stolpersteine in der Praxis

Stolpersteine	Lösungsansätze
Der Erblasser verstirbt ohne Demenzdiagnose.	<ul style="list-style-type: none">– Beweismasserleichterung– Gutachten post mortem– Beweis durch Zeugenaussagen
Der Zugang zu Informationen wird verwehrt.	<ul style="list-style-type: none">– Entbindung vom Arztgeheimnis verlangen– Nachweis über gesetzliche Erbenstellung; Auskunftsbescheinigung einholen– Klage auf Information (Achtung: Frist für Ungültigkeitsklage beachten)
Arzt stellt kein Entbindungsgesuch.	<ul style="list-style-type: none">– Einvernahme des Arztes als Zeuge beantragen.
Es sind keine Informationen/Beweise vorhanden.	<ul style="list-style-type: none">– Ggf. ergibt sich die Verfügungsunfähigkeit aus der Verfügung von Todes wegen selbst.– Begleitumstände der Testamentserrichtung berücksichtigen.



3. Aspekte zur Prozessführung (VIII): Stolpersteine in der Praxis

Stolpersteine	Lösungsansätze
Das Testament ist öffentlich beurkundet.	Keine Bindung des Richters (vgl. BGE 124 III 5 E. 1c).
Erblasser war verbeiständet.	Sogar eine umfassende Beistandschaft ist kein Beweis für die Verfügungsunfähigkeit.
KESB hat von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen abgesehen.	Auch das Absehen von Massnahmen ist kein Beweis für die Verfügungsfähigkeit.
Ungewissheit, wann Beweislast kippt.	Anfechtungsbeklagter sollte sich nicht mit blossem Bestreiten begnügen.



3. Aspekte zur Prozessführung (IX): Literaturhinweise

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis; in: successio 2012, 4 ff.
- AMMANN DARIO, Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage, Zürich 2015
- BIRI ALEXANDER, Testierfähigkeit und deren Beweis, Zürich 2016
- BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468
- CHK-ABT/BLATTNER, Art. 467/468 ZGB (erscheint 2022)
- HAAS HENRIETTE, Ex post Evaluation der Urteilsfähigkeit; in: St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit 2018, Zürich/St. Gallen 2019, 77 ff.
- LIENHARD ANDREAS, Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht; in: ZZZ 2021, 389 ff.
- PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 - 521 ZGB
- PraxKomm Erbrecht-ZEITER, Art. 467 - 469 ZGB
- SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil. Basel 2016, Zürich 2017



4. Sonderfragen (I): Internationale Verhältnisse

- **Art. 94 IPRG**

Eine Person kann von Todes wegen verfügen, wenn sie im Zeitpunkt der Verfügung

- nach dem Recht am Wohnsitz; oder
- am gewöhnlichen Aufenthalt; oder

- nach dem Recht eines ihrer Heimatstaaten Verfügungsfähig ist.

- **Einzelfragen bei internationalen Verhältnissen**

- Nachlassplanung: Welches Land hat die erblasser-freundlichsten Regeln?
- Prozessführung: Welches Land kennt welche Verwirkungs-/Verjährungsfristen? In welchem Land ist die Beweisführung einfacher? Wie komme ich an Informationen (wie Testergebnisse) im Ausland?



4. Sonderfragen (II): Demenzklausel

- Teil der **sozialversicherungsoptimierten Nachlassplanung**
- **Ziel:** Schutz des Vermögens, aber auch der dementen Person vor sich selber.
- **Mögliche Instrumente:** Nacherbeneinsetzung, bedingte Auflage, Bedingung, bedingtes Vermächtnis, Rückkehr zur dispositiven gesetzlichen Regelung etc.
- **Zulässigkeit** solcher Demenzklauseln? Eher zu bejahen.

Literaturhinweise:

FANKHAUSER ROLAND/BURCKHARDT THIERRY, Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?; in: FS Peter Breitschmid, Zürich 2019, 289 ff.;

ZEITER ALEXANDRA, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen; in: ZBGR 2015, 365 ff.



5. Rechtsprechungsübersicht (I)

- **Leading case:** BGE 124 III 5
- Umfassende **Rechtsprechungsübersicht** z.B. bei PraxKomm Erbrecht-ZEITER, Art. 467 ZGB N 27
- **Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung:**
 - BGer 5A_16/2016: «*démence sénile de type Alzheimer*» mit einem MMS-Testergebnis von 13 Punkten; der Notar verweigerte die Beurkundung, das später errichtete eigenhändige Testament wurde für ungültig erklärt.
 - BGer 5A_162/2016: «*sindrome demenziale lieve, di probabile origine degenerativa primaria di tipo Alzheimer*»; Urteilsfähigkeit bejaht.
 - BGer 5A_623/2016: Alzheimer mit einem MMS-Testergebnis von 25 Punkten; Berufung des Anfechtungsgegners ist nicht aussichtslos; Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege war deshalb bundesrechtswidrig.



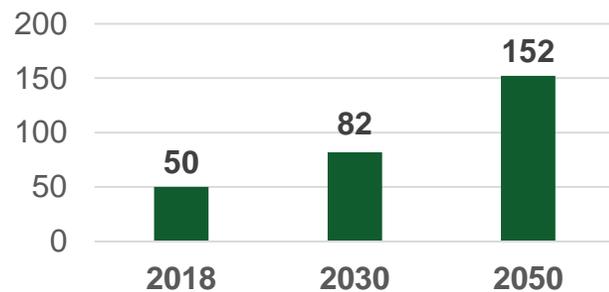
5. Rechtsprechungsübersicht (II)

- **Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung (Fortsetzung):**
 - BGer 2C_1035/2016: Kein datenschutzrechtlicher Anspruch der Erben gegenüber dem Hausarzt auf Einsicht in die Krankenakten der verstorbenen Eltern.
 - BGE 144 III 264: vaskuläre Demenz (ICD-10 F0.1)/Demenz bei Alzheimerkrankheit; die Urteilsfähigkeit bezogen auf die Befugnis, die Mitglieder des Stiftungsrats zu bezeichnen, wurde verneint.
 - BGer 5A_763/2018: Urteilsfähigkeit bei Krebspatient bejaht.
 - BGer 5A_465/2019: «*démence d'Alzheimer ou de démence mixte*» mit verschiedenen MMS-Testergebnissen zwischen 18 bis 21 Punkten; Urteilsfähigkeit betreffend Schenkung verneint.
 - BGer 5A_597/2020: «*un processus neuro-dégénératif de type Alzheimer*» bei Heirat; die Urteilsfähigkeit wurde verneint und die Ehe für ungültig erklärt.



6. Fazit (I)

- Vergesslichkeit im Alter \neq Demenz.
- Die **Praxisrelevanz** ist sehr gross und wird in den nächsten Jahren bzw. Jahrzehnten enorm zunehmen.
- Zahl der Fälle weltweit, in Mio. (Quelle: Alzheimer Report 2018):



- Mit der **Erbrechtsrevision** steigt das Missbrauchspotenzial.



6. Fazit (II)

- **Aspekte zur Nachlassplanung:**
 - Frühzeitig mit Nachlassplanung beginnen.
 - Auch demente Personen können verfügen.
 - Eine notarielle Beurkundung ist u.U. empfehlenswert, schützt aber nicht vor Anfechtung.
- **Aspekte zur Prozessführung:**
 - *Storytelling/Armchair-Rule*
 - Stolpersteine vermeiden bzw. überwinden.
 - Eine Vergleichslösung u.U. anstreben bzw. akzeptieren.



Universität St.Gallen

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

MLaw Julia Blattner, Rechtsanwältin
ThomannFischer
Elisabethenstrasse 30, CH-4010 Basel
+41 61 226 24 24
blattner@thomannfischer.ch
www.thomannfischer.ch



IRP-HSG
Bodanstrasse 4
9000 St.Gallen
Schweiz
+41 71 224 2424
irp@unisg.ch
www.irp.unisg.ch

