

# Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen



Dr. iur. DANIEL ABT,  
Rechtsanwalt, Basel

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Problematische Zuwendungen an Vertrauenspersonen
- C. Anfechtung unentgeltlicher lebzeitiger Zuwendungen an Vertrauenspersonen
  - I. Anfechtung durch den Schenker
    - 1. Allgemeines
    - 2. Tod des Schenkers nach Anhängigmachung eines Prozesses
  - II. Anfechtung durch die Erben des Schenkers
    - 1. Vorbemerkungen
    - 2. Zum Klagegrund der Urteilsunfähigkeit
      - a. Allgemeines
      - b. Beweisfragen
    - 3. Zum Klagegrund der Unsittlichkeit
      - a. Allgemeines
      - b. Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung durch eine Vertrauensperson
      - c. Sittenwidrigkeit kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen
        - aa. Im Allgemeinen
        - bb. Berufsethische Maximen der Ärzte im Besonderen
      - d. Erkenntnisse und Beweisfragen
  - III. Rechtsfolgen
  - IV. Modalitäten der Erbschaftsklage
- D. Fazit

## A. Einleitung

In der Praxis sind Zuwendungen an Vertrauenspersonen nicht selten anzutreffen. Diese treten etwa auf, wenn einer Vertrauensperson von Todes wegen Vermögenswerte übereignet werden; so ist in einem Fall, der derzeit vor den Basler Gerichten rechtshängig ist, ein Zürcher Anwalt von einer betagten, alleinstehenden und wohlhabenden Witwe zum Alleinerben und Willensvollstrecker über einen Nachlass im Werte von mehreren Millionen Franken eingesetzt worden<sup>1</sup>.

Daneben können in der Praxis verschiedentlich auch unentgeltliche *lebzeitige* Zuwendungen an Vertrauenspersonen festgestellt werden<sup>2</sup>; im obenerwähnten "Basler Fall" hatte der Anwalt von seiner betagten Klientin unter anderem einen Goldbarren geschenkt erhalten<sup>3</sup>. Das Bezirksgericht

Pfäffikon – und im Anschluss daran das Zürcher Obergericht – mussten sich im Jahre 2000 mit einem Rechtsstreit befassen, dessen Grundlage war, dass ein Anwalt von einer ebenfalls betagten Klientin eine Liegenschaft geschenkt erhalten hatte und in der Folge im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wurde.

Angesichts dieser – teilweise erschreckenden – Rechtswirklichkeit wurde vor kurzem die Problematik der *erbrechtlichen* Zuwendungen an Vertrauenspersonen im Rahmen eines Forschungsprojekts des Schweizerischen Nationalfonds aufgearbeitet<sup>4</sup>. Daneben stellt sich die Frage, wie es sich eigentlich mit unentgeltlichen *lebzeitigen* Zuwendungen an Vertrauenspersonen verhält<sup>5</sup>. Auf diese Problematik soll nachfolgend eingegangen werden.

## B. Problematische Zuwendungen an Vertrauenspersonen

In der Doktrin werden anhand privat- und strafrechtlicher Anknüpfungen gewisse Berufsträger – 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, Bankiers, Treuhänder, Finanzbe-

Der Verfasser dankt Frau RA Dr. iur. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, LL.M., für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

- 1 Vgl. dazu etwa NZZ vom 25.10.2001, Nr. 248, 64 und NZZ vom 25.1.2002, Nr. 20, 56; DANIEL ABT, Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 24.10.2001, in: AJP/PJA 2002, 718 f. Die Erwägungen des Zivilgerichts Basel-Stadt finden sich (auszugsweise) auch in Plädoyer 4/2004, 65 ff.
- 2 Zur "Wesensverwandtschaft" zwischen unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen und Zuwendungen von Todes wegen vgl. PAUL EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998, § 2 N 34 ff.; BK-EITEL, Art. 626 ZGB N 17 ff.; vgl. auch MICHÈLE WINISTÖRFER, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Diss. Zürich 2000, 40 ff.; SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 98 ff.
- 3 Vgl. dazu etwa NZZ vom 25.1.2002, Nr. 20, 56.
- 4 Vgl. als Ergebnis des Forschungsprojekts DANIEL ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2001.
- 5 Vgl. D. ABT (FN 4), 212; PAUL EITEL, Rezension der Dissertation D. ABT, in: AJP/PJA 2003, 1130 f.

rater und Vermögensverwalter, aber auch etwa Privatskretäre<sup>6</sup> – als Vertrauenspersonen bezeichnet<sup>7</sup>.

Diese Berufsträger sind in besonders sensiblen Bereichen tätig, zumal mit diesen Tätigkeiten unweigerlich tiefe Einblicke in persönliche (namentlich gesundheitliche und familiäre) und/oder wirtschaftliche Belange verbunden sind. Diese Tätigkeiten setzen zwischen den Parteien ein hohes Mass an Vertrauen voraus. Den Trägern dieser Berufe ist gemein, dass sie in Ausübung ihres Berufes notwendigerweise in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu ihrem Gegenüber stehen und aus diesem Grunde bei ihnen Begünstigungen unter Lebenden und von Todes wegen durchaus naheliegen und in der Praxis denn auch tatsächlich vorkommen<sup>8</sup>. Diesfalls drängt sich die Frage auf, ob es sich um einen selbstbestimmten Akt der Verfügenden handelt oder ob die Berufsträger den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenützt haben.

Bei den angeführten Vertrauenspersonen kann fallweise ein derart intensives – und über ihren eigentlichen Tätigkeitsbereich weit hinausgehendes – Vertrauensverhältnis vorliegen, dass sich die Verfügenden einseitig und in einem für Alltagsbeziehungen unüblichen Masse dem Berufsträger mit ihren Problemen, Sorgen und Schwächen offenbaren und für die geleisteten Dienste übermässige Dankbarkeit entgegenbringen. Namentlich bei betagten, alleinstehenden, verwitweten und sozial isolierten Personen kann gegenüber den genannten Berufsträgern ein erhebliches Machtgefälle entstehen, sodass bei den Verfügenden die üblichen Selbstschutzmechanismen ausser Kraft gesetzt werden und damit ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht, welches nicht nur emotionaler Natur sein muss<sup>9</sup>.

Dieser Kontroll- und Autonomieverlust hat zur Folge, dass sich die Verfügenden den Berufsträgern in einem gewissen Masse ausliefern. Bei Vertrauenspersonen ist die Gefahr des Missbrauchs der Vertrauensstellung besonders gegenwärtig. Zu denken ist an die Möglichkeit, dass Vertrauenspersonen den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausnutzen und dergestalt auf ihr Gegenüber einwirken, dass diese nach den Wünschen der beeinflussenden Vertrauenspersonen Schenkungen vornehmen oder ihre Vermögensnachfolge danach regeln. Oftmals lässt sich bei solchen Rechtsgeschäften der leise Verdacht der Erschleichung eines Vorteils nicht ganz von der Hand weisen, mit der unerfreulichen Folge, dass dadurch ganze Berufsstände ins Zwielicht geraten.

## C. Anfechtung unentgeltlicher lebzeitiger Zuwendungen an Vertrauenspersonen

Angesichts der geschilderten Problematik dieser lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen erscheint die Klärung der Frage relevant, ob solche Rechtsgeschäfte überhaupt – und gegebenenfalls wie – angefochten werden können. Zu unterscheiden ist danach, ob der Schenker selbst (nachfolgend I.) oder seine Rechtsnachfolger (nachfolgend II.) die vorgenommene Schenkung anfechten wollen.

## I. Anfechtung durch den Schenker

### 1. Allgemeines

Das *Schenkungsrecht* selbst enthält verschiedene Bestimmungen über die Aufhebung von Schenkungen. Art. 249 OR regelt den Widerruf von Handschenkungen und vollzogenen Schenkungsversprechen, Art. 250 OR betrifft dagegen den Widerruf von noch nicht vollzogenen Schenkungsversprechen. Für beide Fälle sieht Art. 251 OR die Verwirkung des Widerrufsrechts sowie dessen Übergang auf die Erben des Schenkers vor. Abs. 3 von Art. 251 OR enthält schliesslich einen speziellen Widerrufsgrund der Erben<sup>10</sup>.

Es will scheinen, dass die erwähnten schenkungsrechtlichen Regelungen nicht auf die gerichtliche Beurteilung von problematischen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen zugeschnitten sind, zumal sie sich deutlich an die Enterbungsstatbestände anlehnen und somit Sachverhalte wie die Begehung einer schweren Straftat gegen den Schenker oder die schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten betreffen. Sie sind deshalb an dieser Stelle nicht näher zu erörtern; von besonderem Interesse sind vielmehr die gesetzlichen Regelungen ausserhalb des Schenkungsrechts.

*Nebst* den schenkungsrechtlichen Instrumenten kann ein Schenkungsvertrag vom Verfügenden gestützt auf die *allgemeinen Bestimmungen* wegen Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) oder Übervorteilung (Art. 21 OR) umgestossen werden<sup>11</sup>. M.E. muss konsequenterweise auch die Geltendmachung einer (vorübergehenden) Urteilsunfähigkeit (Art. 16

6 Vgl. in diesem Sinne ergänzend P. EITEL (FN 5), 1130.

7 Vgl. D. ABT (FN 4), 26.

8 Vgl. beispielsweise BGE 124 III 5 ff. (betr. den Beistand Reto R.) sowie die zahlreichen Beispiele aus der Praxis bei D. ABT (FN 4), 25 f. mit FN 119.

9 Vgl. D. ABT (FN 4), 26 m.w.H.; vgl. auch CARSTEN MICHAEL STEIN, Schutz der Testierfreiheit von Pflegeempfängern, Diss. Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1988, 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 JOCHEN TAUPITZ, Die Standesordnungen der freien Berufe – Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin/New York 1991, 54 ff.

10 Vgl. zum Ganzen eingehend S. MAISSEN (FN 2), N 388 ff.

11 Vgl. in diesem Sinne BSK OR I-VOGT, Art. 249 N 2; BSK OR I-HUGUENIN, Art. 21 N 3; ERNST A. KRAMER, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Zürich 1998, 116 f.; ZR 1978, 270. Auf die verschiedenen Theorien im Zusammenhang mit der Unverbindlichkeit des Vertrages (Art. 23 OR, namentlich Anfechtungs- oder Ungültigkeitstheorie) wird an dieser Stelle nicht eingegangen, vgl. dazu etwa THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 16 N 21.

ZGB)<sup>12</sup> oder der Rechts- oder Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR)<sup>13</sup> zulässig sein, zumal auch diese Bestimmungen für die rechtsgültige Entstehung eines Vertrages relevant sind.

Da in praxi die Anfechtung von solchen Rechtsgeschäften zu Gunsten von Vertrauenspersonen meist – wenn auch nicht ausschliesslich – durch die Erben erfolgen wird, sind die Klagemöglichkeiten der Erben von besonderer Bedeutung<sup>14</sup>. Diese nachstehenden Darlegungen gelten sinngemäss auch für die Anfechtung durch den Schenker selbst. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass dem Schenker nicht dieselbe Klage wie den Erben<sup>15</sup> zur Verfügung steht, sondern er sich der *rei vindicatio* (Art. 641 Abs. 2 ZGB), der Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 Abs. 1 ZGB) oder der *condictio sine causa* (Art. 62 Abs. 2 OR) zu bedienen hat.

## 2. Tod des Schenkers nach Anhängigmachung eines Prozesses

Realisierte der Verfügende, der eine Schenkung an eine Vertrauensperson vorgenommen hatte, noch vor seinem Ableben, dass das Rechtsgeschäft nicht seinem wirklichen Willen oder den guten Sitten entsprach, und hat er zum Zwecke der Rückabwicklung des bereits vollzogenen Vertrages eine entsprechende Klage gegen den Beschenkten eingereicht, so ist zu fragen, wie zu verfahren ist, wenn der – allenfalls betagte – Kläger während des rechtshängigen Prozesses verstirbt.

Gestützt auf den erbrechtlichen Grundsatz der Universal-sukzession (Art. 560 ZGB) ist davon auszugehen, dass die Erbengemeinschaft mit dem Tod des Erblassers nahtlos in seine Rechtsposition eintritt; die Erbengemeinschaft wird demnach durch das Ableben des Erblassers *eo ipso* und *ipso iure* Partei des Prozesses gegen den Beschenkten<sup>16</sup>. Steht die Stellung im Prozess einer Gesamtheit von Personen zu, so müssen grundsätzlich alle Gesamthänder gemeinsam agieren, da sie nur gemeinsam über den Anspruch verfügen können (Art. 653 Abs. 2 ZGB); es besteht eine aktive notwendige Streitgenossenschaft der Gesamthänder (Art. 602 Abs. 1 ZGB)<sup>17</sup>.

Wenn der Verfügende einen Prozess über die Anfechtung einer lebzeitigen Schenkung an die Vertrauensperson anhängig gemacht hat und die Vertrauensperson zudem in einer Verfügung von Todes wegen als Erbin eingesetzt hatte, die Verfügung aber nicht mehr rechtzeitig widerrufen konnte, so steht die Vertrauensperson infolge des Erbgangs gewissermassen sowohl auf der Klägersseite (als Mitglied der Erbengemeinschaft) als auch auf der Beklagtenseite. Als Mitglied der Erbengemeinschaft hätte sie die Möglichkeit, durch querulatorisches Verhalten die Fortführung des Prozesses zu blockieren. Eine Person kann aber nach hier vertretener Auffassung in einem Verfahren nicht gleichzeitig Klägerin und Beklagte sein. Deshalb sollte es m.E. bei dieser Konstellation ausreichend sein, wenn alle Parteien wie bei anderen notwendigen Streitgenossenschaften nur – aber immerhin – im Prozess (unabhängig davon, ob auf der Kläger- oder Beklagtenseite) involviert sind<sup>18</sup>. Die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung legt indes starkes Gewicht

auf das Einstimmigkeitsprinzip innerhalb der Erbengemeinschaft, sodass die Vertrauensperson einerseits als Mitglied der Erbengemeinschaft, andererseits als Einzelperson agieren muss. Da bei dieser Sachlage in praxi die notwendige Einstimmigkeit wohl kaum erreicht werden kann, ist regelmässig gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ein Erbenvertreter zu bestellen<sup>19</sup>.

## II. Anfechtung durch die Erben des Schenkers

### 1. Vorbemerkungen

Hat der Schenker kurz vor seinem Ableben eine Schenkung an eine Vertrauensperson vorgenommen und diese in der Folge nicht angefochten, so stellt sich die Frage, ob die Erben des Schenkers gegen eine solche lebzeitige Zuwendung an eine Vertrauensperson gerichtlich vorgehen können. Je nach Beziehung der Erben zum Schenker oder zum Empfänger kann die Herabsetzungs- oder Ausgleichungsklage (Art. 522 ff. beziehungsweise Art. 626 ff. ZGB) ergriffen werden; auf diese – naheliegenden – Rechtsmittel wird nachfolgend nicht eingegangen<sup>20</sup>.

Bei Lichte betrachtet geht es bei einer solchen Konstellation um die Frage, ob ein bestimmter Vermögenswert beim Tode des Erblassers zu dessen Vermögen oder aber zum Vermögen der Vertrauensperson gehört hatte. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist eine solche Klage als *Erb-schaftsklage* (Art. 598–600 ZGB) zu qualifizieren, wobei die Zugehörigkeit des umstrittenen Vermögenswertes zum

12 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffer C. II. 2.; S. MAISSEN (FN 2), N 215 ff.

13 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffer C. II. 3.; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 9.

14 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffern C. II. 2. und 3.

15 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffer C. II. 1. Vgl. zum Verhältnis der Erbschaftsklage zur Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung jüngst auch den BGE vom 5.2.2004 (5C.116/2003, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen).

16 Vgl. etwa JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 4 N 6 und § 13 N 20; ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 13 N 41.

17 Vgl. etwa OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 5 N 50 f.; A. STAEHELIN/TH. SUTTER (FN 16), § 10 N 13 und 17.

18 Eine entsprechende Konstellation findet sich etwa bei der Erbteilungsklage; vgl. dazu CHRISTIAN BRÜCKNER, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 1999, N 140; vgl. J. N. DRUEY (FN 16), § 14 N 28; BGE 54 II 243 f.; 74 II 215, 217 f.

19 Vgl. BGE 125 III 219, 221, im Anschluss an PAUL PIOTET, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV./2, 666 f.

20 Vgl. dazu etwa P. EITEL (FN 2), § 6 ff. und § 28 ff.; M. WINIS-TÖRFER (FN 2), 107 ff. und 197 ff.

Nachlass "vorfrageweise" geklärt wird<sup>21</sup>. Diese Betrachtungsweise des Bundesgerichts ist in der Doktrin nicht unumstritten, zumal die Vorfrage das einzige und eigentliche Prozessthema ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird letztlich aber immer wieder hingenommen<sup>22</sup>.

Bei einer derartigen Sachlage behauptet die beklagte Vertrauensperson, einen Sondertitel – nämlich Eigentum infolge Schenkung – am fraglichen Vermögenswert zu besitzen. Die klagenden Erben bestreiten im Rahmen der Erbschaftsklage die Gültigkeit dieses Sondertitels und verlangen die Herausgabe des Vermögenswertes (allenfalls auch die Herausgabe der Surrogate, die der Beklagte seit Besitzerwerb anstelle des veräusserten Schenkungsgutes erworben hat; die Bezahlung von Schadenersatz für die während der Besitzdauer entstandenen Verluste und Schäden; die Berichtigung des Grundbucheintrages im Sinne von Art. 975 ZGB etc.)<sup>23</sup>.

Wie bereits erwähnt wurde<sup>24</sup>, kann als Begründung der Klage nicht nur eine Übervorteilung (Art. 21 OR) oder ein Willensmangel (Art. 23 ff. OR) des Schenkenden geltend gemacht werden, sondern insbesondere auch die fehlende Urteilsfähigkeit des Schenkers (Art. 16 ZGB, nachfolgend 2.) oder die Sittenwidrigkeit der Schenkung (Art. 20 OR, nachfolgend 3.) angerufen werden.

## 2. Zum Klagegrund der Urteilsunfähigkeit

### a. Allgemeines

In Bezug auf die Frage der Urteilsfähigkeit des Schenkers gilt es zu berücksichtigen, dass diese nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. zwei Elemente umfasst: einerseits ein *intellektuelles Element*, nämlich die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen; andererseits ein *Willens- beziehungsweise Charakterelement*, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten<sup>25</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung erscheinen Zweifel an der Urteils- oder Widerstandsfähigkeit einer verfügenden Person insbesondere dann angebracht, wenn neben fortgeschrittenem Alter<sup>26</sup> und/oder geringem Mass an gesellschaftlicher Integration weitere Umstände hinzutreten, welche einen Sachverhalt in den Augen eines unvoreingenommenen Beobachters als ungewöhnlich und verdachtserweckend erscheinen lassen. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei der Zuwendung eines Vermögenswertes an eine Person, die von Beruf wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser steht.

Bei solchen lebzeitigen Schenkungen an Vertrauenspersonen sollte – wie auch bei derartigen erbrechtlichen Verfügungen<sup>27</sup> – richtigerweise danach gefragt werden, ob die Verfügung noch *mit der Person des Schenkers in Einklang* zu bringen ist und ob das Rechtsgeschäft insofern als *persönlichkeitsadäquat* gelten kann<sup>28</sup>. Die Persönlichkeitsadäquanz erscheint m.E. etwa dann zweifelhaft, wenn aus der langjährigen Lebens- und Nachlassplanung hervorgeht, dass das Vermögen wohltätigen Zwecken zugeführt werden

sollte, jedoch – und unter Umständen nur kurz vor dem Ableben – unentgeltliche Vermögensverschiebungen zu Gunsten einer Vertrauensperson vorgenommen werden.

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 den Kauf einer Tageszeitung) urteilsfähig, für andere, inhaltlich anspruchsvollere Verträge (etwa den Verkauf einer Liegenschaft) gleichzeitig urteilsunfähig sein<sup>29</sup>.

Massgebend für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Eine vor oder nach Vornahme der Schenkung bestehende Urteilsunfähigkeit hat somit keinen Einfluss auf deren Gültigkeit. Hat die Urteilsfähigkeit vor und nach dem massgebenden Zeitpunkt vorgelegen, müssen Indizien vorhanden sein, aus denen auf die Urteilsunfähigkeit im fraglichen Zeitpunkt geschlossen werden kann<sup>30</sup>. Nach verbreiteter und m.E. richtiger Ansicht ist im Interesse der Verkehrs- und Rechts-

- 21 Vgl. BGE 119 II 114 ff., wo der Beklagte behauptete, die Rechtsinhaberin hätte ihm etwa vier Monate vor ihrem Ableben ein Inhaberbankspareheft (von welchem er wusste, dass es sich in der Schublade eines Möbels im Zimmer der "Schenkerin" befand...) geschenkt.
- 22 Vgl. eingehend PATRICK SOMM, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Basel 1993, 46 ff. m.w.H.; CH. BRÜCKNER (FN 18), N 62 f.; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 N 7.
- 23 Vgl. zu den Rechtsbegehren der Erbschaftsklage CH. BRÜCKNER (FN 18), N 76 f. und P. SOMM (FN 22), 93 f. – In Bezug auf die Beweislastverteilung gilt es, insbesondere die Bestimmungen über den Besitzrechtsschutz (Art. 930 ff. ZGB) zu beachten.
- 24 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffer C. I. 1.
- 25 Vgl. beispielsweise BGE 124 III 5, 7 f.; 117 II 231, 232 f.; eingehend CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 151 ff.; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 44 ff. – In Bezug auf die Geltendmachung der Widerstandsunfähigkeit wird insbesondere in BGE 77 II 97, 100, 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.
- 26 Zu Recht wird in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen, dass betagte Leute leicht suggestiven Einflüssen unterliegen, vgl. etwa ZK-ESCHER, Art. 467 ZGB N 5 und N 9 i.f.
- 27 Vgl. dazu D. ABT (FN 4), 66 f.
- 28 Vgl. in diesem Sinne BGE 39 II 197 ff.; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 12 m.w.H.
- 29 Vgl. hierzu CH. BRÜCKNER (FN 25), N 161 f.; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 87 ff.; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 34 ff.; BGE 90 II 9, 11 f.
- 30 Vgl. BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 39 m.w.H.; BGE 117 II 231 ff.

sicherheit hinsichtlich der Urteilsfähigkeit das *Alles-oder-Nichts-Prinzip* massgebend; demnach besteht entweder die Fähigkeit, mit Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft vernunftgemäss zu handeln, oder sie fehlt<sup>31</sup>. Eine abgestufte Urteilsfähigkeit, wie sie teilweise für das Erbrecht (im Sinne einer abgestuften Testierfähigkeit) befürwortet wird<sup>32</sup>, ist für das Vertragsrecht somit abzulehnen.

### b. Beweisfragen

In Bezug auf die sich stellenden Beweisfragen kann festgehalten werden, dass nach Auffassung des Bundesgerichts und der h.L. auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung eine grundsätzliche *Vermutung der Urteilsfähigkeit* besteht. Demgemäss trägt der Kläger, der das Fehlen der Urteilsfähigkeit geltend macht, die diesbezügliche Beweislast (Art. 8 ZGB). Immerhin genügt für die Erbringung des Beweises schon eine jeden erheblichen Zweifel ausschliessende, sehr grosse Wahrscheinlichkeit. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Beweisthema den mentalen Zustand einer inzwischen verstorbenen Person betrifft, da in diesem Falle ein absoluter Beweis unmöglich ist<sup>33</sup>.

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit gilt indes nicht absolut. Der post mortem zu erbringende Nachweis der Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung ist dann nahezu unmöglich, wenn beispielsweise eine Geisteskrankheit die geistigen Fähigkeiten einer Person nicht permanent beeinträchtigt hat. 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 musste, erscheint nach Ansicht des Bundesgerichts eine umgekehrte Betrachtungsweise angezeigt. Gelingt dem Kläger der Nachweis der geschilderten Umstände, greift im Sinne einer Beweislastumkehr eine *Vermutung der Urteilsunfähigkeit* des Verfügenden im Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung Platz. Dies kann nicht nur bei bestimmten Geisteskrankheiten, sondern namentlich auch bei altersschwachen Personen der Fall sein<sup>34</sup>. Gegenüber dieser Vermutung der Urteilsunfähigkeit steht dem Beklagten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der "Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit auf Grund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat"<sup>35</sup>.

Ein Teil der Doktrin ist der Ansicht, dass an den Nachweis der Urteilsunfähigkeit bei Schenkungen hohe Anforderungen zu stellen sind<sup>36</sup>. M.E. gilt es aber, bei lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf die Beweislast im Falle der *Suggestion* – die Beeinflussung des Willens des Verfügenden durch einen fremden Willen – zu beachten<sup>37</sup>; danach kann nach der Natur der Sache nicht immer ein strenger Beweis dafür verlangt werden, dass eine Beeinflussung stattgefunden hat. Die Erkenntnis, dass eine Person hinsichtlich einer bestimmten Rechtshandlung urteilsunfähig ist, lässt sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn der Kläger einerseits die Unfähigkeit des Verfügenden, 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 "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>38</sup>.

## 3. Zum Klagegrund der Unsittlichkeit

### a. Allgemeines

Nach der hier vertretenen Auffassung können die klagenden Erben neben der Urteilsunfähigkeit sodann geltend machen, dass die lebzeitige Zuwendung an die Vertrauensperson ein Rechtsgeschäft ist, das im Lichte der guten Sitten (Art. 20 Abs. 1 OR) als äusserst fragwürdig zu gelten hat.

Das *Schutzobjekt* der guten Sitten im Sinne von Art. 20 OR umfasst unter anderem<sup>39</sup> die Freiheit; in praxi ist zumeist bei diesem Schutzobjekt eine Intervention der guten Sitten gerechtfertigt<sup>40</sup>. Neben anderen Aspekten<sup>41</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>42</sup>.

31 Vgl. BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 3; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 41.

32 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHEID, Art. 467/468 N 13 m.w.H.; kritisch D. ABT (FN 4), 68.

33 Vgl. BGE 124 III 5, 8; 117 II 231, 234; 91 II 327, 338; 90 II 9, 12; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 49 m.w.H.; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 146.

34 Vgl. BGE 124 III 5, 8 f. und 117 II 231, 235, im Anschluss an BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 127; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 48 m.w.H.

35 BGE 124 III 5, 8 f.

36 Vgl. BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 49.

37 Vgl. BGE 77 II 97 ff.

38 BGE 77 II 97, 100.

39 Vgl. zu den einzelnen Schutzobjekten der guten Sitten die einlässliche Darstellung von JEAN BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, Diss. Fribourg 1988, N 812 ff.

40 Vgl. J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 824 m.w.H.

41 Zu nennen sind materielle und wirtschaftliche Aspekte, vgl. J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 820 und N 822.

42 Vgl. eingehend zur Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung MANFRED WOLF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen 1970, 19 ff.; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 121 i.V.m. N 45.

Im Zusammenhang mit der Thematik der unsittlichen Verträge sind besonders die *Rechtsgeschäfte* hervorzuheben, die gegen sozialethische Wertungen verstossen. Diese bilden eine von Praxis und Doktrin geschaffene Fallgruppe der Sittenwidrigkeit<sup>43</sup>. Es geht dabei um Kontrakte, die nach dem Empfinden der Allgemeinheit und der herrschenden Auffassung als unanständig anmuten. In der Praxis handelt es sich meist um Auftragsverhältnisse, bei denen in irgendeiner Weise gegen die mandatsrechtliche Treuepflicht verstossen wird<sup>44</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 Mandantschaft des Anwalts zuwende. Das Bundesgericht qualifizierte das Verhalten des Anwalts als "bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei, die an und für sich schon anstössig ist"<sup>45</sup>.

Unter die Fallgruppe von Verträgen, die gegen sozial-ethische Wertungen verstossen, werden von der Doktrin auch Sachverhalte subsumiert, bei denen ein *Verstoss gegen berufsethische Maximen* vorliegt<sup>46</sup>. Solche Grundsätze finden sich insbesondere im *Berufs- und Standesrecht* von Berufen, an deren korrekter Ausübung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und die regelmässig 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 Ausdruck und reflektieren insofern die beim jeweiligen Berufsstand vorherrschenden Ansichten über Inhalt und Umfang der geltenden guten Sitten. Sie bilden die *communis opinio* des jeweiligen Berufsstandes<sup>47</sup>. In diesem Sinne verkörpern die berufsethischen Maximen gleichsam eine Kodifikation der in einem bestimmten Berufs- oder Gewerbebereich geltenden guten Sitten, sodass es dem Richter geradezu geboten ist, sich im Rahmen der wertmässigen Ausfüllung der Generalklausel der guten Sitten 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>48</sup>.

Im Gegensatz zum Kontrollkriterium der Widerrechtlichkeit, bei welchem sich der Gesetzestext auf den Vertragsinhalt bezieht, nimmt Art. 20 Abs. 1 OR nur allgemein auf die Sittenwidrigkeit Bezug. 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>49</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>50</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>51</sup> müssen.

In Bezug auf die erbrechtlichen Zuwendungen an Vertrauenspersonen stehen m.E. zwei Lösungsvorschläge für die Ungültigerklärung von solchen Verfügungen von Todes wegen im Vordergrund: Zum einen kann Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch eine Vertrauensperson vorliegen, zum andern kann die Sittenwidrigkeit kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen zu bejahen sein<sup>52</sup>. Nachfolgend wird untersucht, ob die Überlegungen zu den erbrechtlichen Sachverhalten analog auf lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen angewendet respektive übertragen werden können.

- 
- 43 Vgl. zu den Fallgruppen etwa BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 38 ff.
- 44 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 193 f.; J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 962 ff. i.V.m. N 1108 ff.
- 45 BGE 66 II 256, 258.
- 46 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 193 und 195; BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 39.
- 47 Vgl. FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss. Zürich 1986, 125; PAUL WEGMANN, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969, 63 f.
- 48 In diesem Sinne auch J. TAUPITZ (FN 9), 1118 ff.; vgl. auch J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 952 ff.; D. ABT (FN 4), 114 f. – Mit Recht weist HANS OTT, Ärztliches Berufsrecht, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 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.
- 49 BGE 123 III 101, 102; vgl. auch eingehend BGE 84 II 13, 27.
- 50 Demgegenüber verfiert – 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 PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 1997, 292; J. P. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 983. Diese Ansicht teilte in früheren Jahren auch das Bundesgericht, vgl. BGE 47 II 86, 89; 42 II 485, 492; 26 II 140, 143.
- 51 M. WOLF (FN 42), 37; vgl. auch WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. A., Berlin/Heidelberg/New York 1992, 372; JÜRGEN STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134–163, 13. A., Berlin 1996, § 138 N 6 f.; HANS THEODOR SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), 12. A., Stuttgart 1987, § 138 N 16.
- 52 Vgl. eingehend D. ABT (FN 4), 189 ff.

### b. Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung durch eine Vertrauensperson

In diese Gruppe fallen Verfügungen, denen eine *Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Schenkers durch Handlungsweisen einer Vertrauensperson* zu Grunde liegen. Dieser Tatbestand gilt dann als erfüllt, wenn eine *Vertrauensperson durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses* den Schenker in seiner Willensfreiheit derart beeinträchtigt und beeinflusst, dass dieser die Vertrauensperson auf deren Veranlassung hin mit lebzeitigen Zuwendungen begünstigt. Es handelt sich um ein Verhalten, welches – ginge es um eine erbrechtliche Begünstigung – landläufig als "Erbschleicherei" betitelt würde<sup>53</sup>. Der erwähnte BGE 66 II 256 ff. befasste sich – hinsichtlich obligationenrechtlicher Fragen – mit dieser Thematik; besonders verwerflich erschien in casu, dass insbesondere ein Rechtsanwalt in solch dubiose Machenschaften verstrickt war.

Auf Grund der Schutzfunktionen der guten Sitten<sup>54</sup> liegt es nahe, dass eine mittels Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses *durch eine Vertrauensperson bewirkte Beeinflussung des Schenkers* in Bezug auf die Vornahme von Schenkungen einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellen muss. Diese These lässt sich auf folgende zwei – in einem Zusammenhang stehenden – Überlegungen abstützen.

Zum einen gilt es zu berücksichtigen, dass das für die Ausübung der Tätigkeit der Vertrauensperson unabdingbare Vertrauensverhältnis auf *privaten und öffentlichen Interessen* sowie auf *Eigeninteressen des Berufsträgers* basiert. Das Vertrauensverhältnis besteht zu Personen, welche von Berufs wegen besondere Einsichten in wirtschaftliche und/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 individuelle und öffentliche Interessen der Allgemeinheit. Hauptsächlich auf Grund der involvierten Interessen der Öffentlichkeit sowie denjenigen der Berufsträger selbst erscheint es selbstverständlich und mithin ein Gebot der Selbstachtung, dass eine Vertrauensperson nicht in irgendeiner unlauteren Weise ihre Macht- und Vertrauensstellung ausnutzt und auf eine Person einwirkt, um vermögenswerte 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 Schenkungen nicht nur von Vertrauenspersonen erschlichen werden. Im Gegensatz zu anderen Personen erscheint die Erschleichung 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 – wie erläutert – die Abschluss- und *Entscheidungsfreiheit* an sich eines der Schutzobjekte der guten Sitten darstellt<sup>55</sup>. Die Entscheidungsfreiheit wird verstanden als (rechtlich garantierte) Möglichkeit, den Vertrag überlegt, ohne Bedrängnis und psychologische Beeinträchtigung

abzuschliessen<sup>56</sup>. Nur der freie selbstbestimmte Wille kann bindende rechtsgeschäftliche Rechtsfolgen erzeugen<sup>57</sup>. Die Funktion des Kontrollkriteriums der guten Sitten besteht folglich unter anderem darin, dem Verfügenden 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, verfügen kann. Daher liegt ein Verstoss gegen die guten Sitten vor, wenn auf den Entschluss des Verfügenden Einfluss genommen wird, wie Vermögensverschiebungen vorzunehmen sind (namentlich in Bezug auf das Subjekt und/oder die Quantität der Zuwendung, eventuell aber auch in Bezug auf das Objekt)<sup>58</sup>. Dies kann gegebenenfalls durch subtiles, objektiv kaum greifbares und nicht justitiales Gebaren der Vertrauensperson geschehen<sup>59</sup>.

Gestützt auf diese zwei Überlegungen stellt die Anfechtbarkeit kraft inhaltlicher Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) somit diejenige Sanktion dar, welche Platz greifen muss, wenn eine Vertrauensperson den Schenker durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses beeinflusst und Letzterer in der Schenkung nicht seinen wirklichen spontanen, sondern einen von einer Vertrauensperson aufoktroierten Willen ausgedrückt hat.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass lebzeitige Zuwendungen an Vertrauenspersonen nicht nur fragwürdig sind, sondern vielmehr – wenn der Nachweis gelingt, dass der Schenkung eine mittels Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses erfolgte Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Erblassers zu Grunde liegt – als sittenwidrig qualifiziert werden können<sup>60</sup>.

53 Zur Umschreibung der Erbschleicherei vgl. D. ABT (FN 4), 190.

54 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffer C. II. 3. a.

55 Zu den verschiedenen Schutzobjekten der guten Sitten vgl. J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 812 ff. m.w.H.

56 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 45; M. WOLF (FN 42), 27; vgl. auch VITO PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955, 47; WERNER FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, 136.

57 Vgl. M. WOLF (FN 42), 27. – Dieser Gedanke ist gerade auch dem Willensprinzip inhärent, demzufolge – so treffend AUGUST SIMONIUS, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag, BStR 1942, Basel 1942, 264, – "nur eine von einem wahren Willen getragene Erklärung gültig ist".

58 Vgl. in diesem Sinne J. B. ZUFFEREY-WERRO (FN 39), N 821 und N 824; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 121; M. WOLF (FN 42), 195.

59 Vgl. in diesem Sinne prägnant C. M. STEIN (FN 9), 77.

60 Vgl. im Ergebnis gleich – aber mit anderer dogmatischer Begründung – in Bezug auf Zuwendungen an Betreuer GABRIELE MÜLLER, Zur Wirksamkeit lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer, in ZEV 1998, 219 ff., 224.

### c. Sittenwidrigkeit kraft Verstoss gegen berufsethische Maximen

#### aa. Im Allgemeinen

Berufsethische Maximen finden sich im – geschriebenen oder ungeschriebenen – *Standes- oder Berufsrecht* und betreffen hauptsächlich die freien Berufe. Die Bestimmungen des Standesrechts bezwecken die "Propagierung einer besonderen Berufsethik"<sup>61</sup> der jeweiligen Berufsgruppe und bringen damit die herrschenden Sitten und Anschauungen zum Ausdruck.

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 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>62</sup> verstossen. Die Doktrin hat indes diese 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) vorlägen oder eine *besonders wichtige Standesregel verletzt* werde. Der BGH hat sich in der Folge dieser Auffassung angeschlossen<sup>63</sup>.

Eine solch besonders wichtige Regel stellt zweifellos das *Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen* dar, welches letztlich auch die *Unabhängigkeit* der Vertrauensperson gewährleisten soll<sup>64</sup>. Diese fundamentale Maxime gilt nicht nur für Anwälte, sondern beispielsweise auch für Ärzte und andere Berufsträger<sup>65</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 blosser Übernahme von Mandaten, welchen eine Interessenskollision 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>66</sup>.

Diese standesrechtliche Grundregel findet nicht nur Anwendung bei Tätigkeiten, bei denen konträre Interessen zweier oder mehrerer Mandanten der Vertrauensperson vorliegen. 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>67</sup>. Keimen Eigeninteressen – wie etwa wirtschaftliche Interessen – auf, geht die Vertrauensperson ihrer Unabhängigkeit verlustig; sie agiert diesfalls

unfrei und kann nicht mehr bestmöglich die Interessen des Mandanten wahrnehmen. Mit Fug und Recht kann unterstellt werden, dass die Verfolgung eigennütziger Ziele unweigerlich in den Vordergrund rückt.

Wird eine Vertrauensperson kraft ihrer beruflichen Stellung von einer Person beschenkt, so hat dies folgende Konsequenzen: Die Vertrauensperson vertritt einerseits die Interessen des Schenkers, indem sie diesen etwa medizinisch betreut oder in rechtlichen Angelegenheiten berät. Andererseits ist die Vertrauensperson als Privatperson mit Eigeninteressen betroffen, welche vorrangig wirtschaftlicher Natur sind. Eine Vertrauensperson, welche von Berufs wegen die Interessen einer anderen Person wahrnimmt und von dieser mit lebzeitigen Zuwendungen bedacht wird, agiert damit als – verpönte – "Dienerin zweier Herren". Mit der Annahme einer Schenkung durch die Vertrauensperson entsteht somit ein nach berufsethischen Maximen und Mandatsrecht verpönter Interessenkonflikt, welcher von den Gerichten bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit zu beachten ist.

61 LUKAS S. BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zürich 1996, 10; vgl. auch 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.

62 BGHZ 22, 347, 357.

63 Vgl. beispielsweise H. T. SOERGEL (FN 51), § 138 N 233; OTTO PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58. A., München 1999, § 138 N 57; vgl. auch JÖRG HANNA, *Anwaltliches Standesrecht im Konflikt mit zivilrechtlichen Ansprüchen des Mandanten*, Diss. Marburg 1988, 33 ff.; vgl. nun auch etwa BGHZ 39, 142, 148.

64 Vgl. etwa OSKAR HENGELER, *Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinalpersonen*, Diss. Zürich 1976, 119, wonach "die gleichzeitige Vertretung beider Parteien (...) die Treuepflicht 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.

65 Vgl. D. ABT (FN 4), 195 mit zahlreichen Verweisen in FN 903 auf die einschlägigen standesrechtlichen Bestimmungen verschiedenster Berufskreise.

66 Vgl. zum Ganzen GIOVANNI ANDREA TESTA, *Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten*, Diss. Zürich 2001, 94 f.; F. WOLFFERS (FN 47), 141 ff.; P. WEGMANN (FN 47), 189 ff.

67 VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE (Hrsg.), *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich*, Zürich 1988, 134; vgl. zu diesem persönlichen Interessenkonflikt auch G. A. TESTA (FN 66), 96 und 129 ff.; F. WOLFFERS (FN 47), 142; O. HENGELER (FN 64), 120 f. – Völlig zu Recht kehrt MICHAEL KEMPERMANN, *Unlautere Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen im englischen, französischen und deutschen Recht*, Diss. Bonn 1975, 115, hervor, dass etwa ein Anwalt nicht auf Geschäfte mit seinem Mandanten angewiesen ist.

## bb. 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 solch folgenschweren Interessenkonflikt gerät, findet sich in Bezug auf Zuwendungen an Ärzte in der "Standesordnung FMH" eine einzigartige und fortschrittliche Regelung<sup>68</sup>. 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 zu vereinbaren 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. Nach hier vertretener Auffassung normiert diese Regelung einen besonderen Anwendungsfall eines verpönten Interessenkonflikts, zumal sie den gleichen Schutzzweck wie das generelle Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen verfolgt. Sie ist demzufolge als *zentrale Standesnorm* zu qualifizieren, mit der Konsequenz, dass sie im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.

Das Verbot der Annahme von Zuwendungen gilt indes nicht absolut: Art. 38 StandesO FMH kommt dann nicht zur Anwendung, wenn die Zuwendungen "das übliche Mass kleiner Anerkennungen" nicht übersteigen. In Ermangelung einschlägiger Doktrin und publizierter Entscheide bleibt unklar, wie das übliche Mass kleiner Anerkennungen zu beziffern ist. Bei einer vergleichbaren Bestimmung des deutschen Rechts (§ 14 HeimG) befindet sich die Höchstgrenze für die zulässige Gewährung bloss "geringwertiger Aufmerksamkeiten" an Heimträger und -personal nach Ansicht der massgebenden Doktrin bei EUR 25.–<sup>69</sup>. Sofern eine solch starre Grenze überhaupt sinnvoll ist, könnte man entsprechend dieser Regelung in Deutschland für die Schweiz in Bezug auf die "kleinen Anerkennungen" im Sinne von Art. 38 StandesO FMH eine Grenze von CHF 50.– postulieren<sup>70</sup>.

## d. Erkenntnisse und Beweisfragen

Die obenstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass nicht nur bei den erbrechtlichen, sondern auch – und gestützt auf ähnliche Überlegungen – bei unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen durchaus Möglichkeiten bestehen, diese unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit anzufechten. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die Vertrauensperson den Schenker in seiner freien Willensentscheidung beeinflusst hat oder wenn das Verhalten der Vertrauensperson gegen spezifische berufsethische

Maximen (namentlich das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) verstösst.

Bei beiden Anfechtungstatbeständen<sup>71</sup> werden in einem Prozess notgedrungen die beweisrechtlichen Aspekte in besonderem Masse ausschlaggebend. Dem Kläger obliegt nach Massgabe von Art. 8 ZGB im einen Fall die Crux, die tatsächliche (und – was teilweise schwierig sein dürfte – kausale) Beeinflussung des Willens des Schenkers nachzuweisen; im anderen Fall muss er die Interessenkollision beziehungsweise die Möglichkeit der Beeinflussung des Arztes in seinen ärztlichen Entscheidungen nachweisen können<sup>72</sup>. Die *Beweisschwierigkeiten des Klägers* sind umso augenfälliger, wenn man bedenkt, dass nicht nur bei Schenkungen an Vertrauenspersonen kurz vor dem Ableben des Erblassers regelmässig eine vertrauliche, dezente und verschwiegene Atmosphäre herrscht. Von selbst versteht sich, dass die Beeinflussung des Willens durch eine Vertrauensperson sowie wohl auch die Vornahme der (Hand-)Schenkung in aller Regel im "stillen Kämmerlein" und somit ohne Wahrnehmung durch andere Personen erfolgt. Durchaus im Rahmen des Möglichen (wenn nicht gar die Regel) ist überdies, dass der Schenker – gleichsam als "flankierende Massnahme" – von der Vertrauensperson vollständig von Einflüssen der Aussenwelt oder von aussenstehenden Personen abgeschirmt wird, wodurch sich die Beweisnot des Klägers noch vergrössert. Demnach darf m.E. bei den eben skizzierten Tatbeständen für eine gewisse Grosszügigkeit in der Annahme der Sittenwidrigkeit plädiert werden.

## III. Rechtsfolgen

Wird in einem Prozess die *Urteilsunfähigkeit* des Schenkers – sei es von diesem selbst oder von seinen Rechtsnachfolgern – geltend gemacht, besteht die Rechtsfolge bei Gutheissung der Klage gemäss Art. 18 ZGB in der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts; der Verfügende agierte in diesem Fall als völlig handlungsunfähiges Rechtssubjekt, womit die vorgenommenen Handlungen keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten vermögen<sup>73</sup>. Wird geltend gemacht, dass die Schenkung an die Vertrauensperson gegen die *guten*

68 Vgl. zur FMH beispielsweise H. OTT (FN 48), 265 ff.

69 Vgl. diesbezüglich EDUARD KUNZ/FRANZ RUF/EDGAR WIEDEMANN, Heimgesetz Kommentar, 5. A., München 1990, § 14 N 12; C. M. STEIN (FN 9), 80 f. mit FN 185 f. m.w.H.; THOMAS KLIE, Heimaufsicht, Praxis – Probleme – Perspektiven, Diss. Hannover 1988, 60.

70 Denkbar wäre wohl auch eine analoge Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen betreffend die "üblichen Gelegenheitsgeschenke" (Art. 527 Ziff. 3 und Art. 632 ZGB).

71 Vgl. dazu die Ausführungen sub Ziffern C. II. 3. b. und c.

72 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 317; BK-KUMMER, Art. 8 ZGB N 291.

73 Vgl. BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 18 N 6 f. m.w.H.; BK-BUCHER, Art. 17/18 ZGB N 143 ff.

*Sitten* verstösst, so ist der Vertrag gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ebenfalls nichtig<sup>74</sup>.

#### IV. Modalitäten der Erbschaftsklage

Wie dargelegt wurde, müssen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>75</sup> die Erben, welche an eine Vertrauensperson verschenkte Vermögenswerte zum Vermögen des Erblassers zurückführen möchten, die Erbschaftsklage (Art. 598–600 ZGB) ergreifen. Zivilprozessrechtlich sind bei dieser Klage insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

Die *örtliche Zuständigkeit* für erbrechtliche Klagen bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 1 GestG. Die Erbschaftsklage gehört zu den erbrechtlichen Klagen. Für die Beurteilung solcher Klagen ist das Gericht am *letzten Wohnsitz des Erblassers* zuständig<sup>76</sup>.

Die *Klagefrist* der Erbschaftsklage ist nach nicht unumstrittener Auffassung als *Verwirkungsfrist* zu qualifizieren, die nicht unterbrochen werden kann<sup>77</sup>. Die relative einjährige Frist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Kläger sein besseres Recht und den Besitz des Beklagten kennt. Die zehnjährige absolute Frist beginnt mit dem Tod des Erblassers oder der Eröffnung der Verfügung (Art. 600 Abs. 1 ZGB). Bei einem bösgläubigen Beklagten beträgt die Frist gemäss Art. 600 Abs. 2 ZGB dreissig Jahre.

Die *Aktivlegitimation* steht nach Art. 598 Abs. 1 ZGB den gesetzlichen oder eingesetzten Erben zu, die glauben, ein besseres Recht auf Erbschaftswerte zu haben als der Besitzer. Richtet sich die Klage gegen einen Dritten ohne Erbenstellung, sind die sämtlichen Miterben nur gemeinsam – im Sinne einer notwendigen Streitgenossenschaft – aktivlegitimiert<sup>78</sup>.

*Passivlegitimiert* ist grundsätzlich der besitzende Nicht-Erbe. Dies kann nicht nur die Vertrauensperson sein, sondern auch der Dritte, der mit der Vertrauensperson ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Doktrin kann mit der Erbschaftsklage in einer einzigen Fallkonstellation auch ein Miterbe eingeklagt werden: Dies ist dann möglich, wenn vom Miterben verlangt wird, dass er Schulden, die er gegenüber dem Erblasser hatte (und die er seit dem Erbfall nun der Erbengemeinschaft schuldet), regliere, soweit diese Schulden den Erbteil des Miterben wertmässig übersteigen; auch in diesem Falle sind sämtliche Erben in den Prozess einbezogen<sup>79</sup>.

Art. 599 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der Besitzer bei Gutheissung der Klage "die Erbschaft oder die Erbschaftsachen nach den Besitzregeln an den Kläger" herauszugeben hat. Die *Herausgabepflicht* besteht mithin nur dann, wenn der Prozess aus klägerischer Sicht erfolgreich und rechtskräftig abgeschlossen ist<sup>80</sup>. Die wohl h.L. und auch das Bundesgericht vertreten die Ansicht, dass es für den Fall der Veränderung des Bestandes der Erbschaft eine dingliche Surrogation gibt; dies hat zur Folge, dass alles, was als Ersatz für Erbschaftswerte erworben wird, wieder in die Erbschaft fällt<sup>81</sup>. In Fällen, in denen eine vermögensrechtliche Surrogation ausgeschlossen ist, sind gemäss Art. 599 Abs. 1 ZGB die Besitzregeln zur Anwendung

zu bringen; es gilt diesfalls zu unterscheiden, ob der Besitzer gut- oder bösgläubig war<sup>82</sup>. Gemäss Abs. 2 von Art. 599 ZGB ist die Ersitzung an den von der Erbschaftsklage umfassten Gegenständen ausgeschlossen. Beim bösgläubigen Besitzer von Fahrnis ist die Ersitzung überhaupt ausgeschlossen (vgl. Art. 728 ZGB), bei Grundstücken ist sie nach zehn- beziehungsweise dreissigjährigem Besitz möglich (vgl. Art. 662 ZGB)<sup>83</sup>.

#### D. Fazit

Die obenstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass nicht nur Verfügungen von Todes wegen, sondern auch unentgeltliche lebzeitige Verfügungen zu Gunsten von Vertrauenspersonen, respektive die Annahme von solchen Verfügungen durch Vertrauenspersonen, in der Praxis tatsächlich vorkommen und ein nicht zu unterschätzendes Problem darstellen. Da bei solchen Rechtsgeschäften alsbald die Frage gestellt

74 Die Einschränkung, wonach Nichtigkeit nur eintritt, "wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt" (BGE 102 II 401, 404), greift nur bei Nichtigkeit kraft Widerrechtlichkeit, nicht aber bei Nichtigkeit kraft Sittenwidrigkeit Platz; missverständlich BSK OR I-HUGUENIN, Art. 19/20 N 54; vgl. aber BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 321; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, N 32.37; BGE 96 II 18, 20.

75 Vgl. BGE 119 II 114 ff. Vgl. zum Verhältnis der Erbschaftsklage zur Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung jüngst auch den BGE vom 5.2.2004 (5C.116/2003, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen).

76 Vgl. statt vieler HAROLD GRÜNINGER, Art. 18 N 20, in: THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001; nicht ganz zu Unrecht kritisch CH. BRÜCKNER (FN 18), N 62.

77 Vgl. etwa BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 600 N 1 f.; a.A. etwa P. SOMM (FN 22), 101 ff.

78 Vgl. etwa CH. BRÜCKNER (FN 18), N 71 f.

79 Vgl. BGE 54 II 110, 112; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 N 6; CH. BRÜCKNER (FN 18), N 64, 72 und 75.

80 Vgl. zu den sich stellenden Fragen einlässlich P. SOMM (FN 22), 119 ff.

81 Vgl. ZK-ESCHER, Art. 599 ZGB N 4; BK-TUOR/PICENONI, Art. 599 ZGB N 14; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 599 N 2 ff.; BGE 116 II 259, 262; kritisch P. SOMM (FN 22), 119 ff. m.w.H.

82 Vgl. einlässlich BK-TUOR/PICENONI, Art. 599 ZGB N 14 ff. und N 30 ff.; ZK-ESCHER, Art. 599 ZGB N 4; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 599 N 6 ff.; PAUL PIOTET, Das Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/2, Basel und Stuttgart 1981, 759 und 767 f.

83 Vgl. ZK-ESCHER, Art. 599 ZGB N 26; BK-TUOR/PICENONI, Art. 599 ZGB N 38; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 599 N 10 f.

werden muss, ob die Vertrauensperson den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausgenutzt hat, muten solche Zuwendungen bald einmal anrücklich an, mit der Folge, dass ganze Berufsstände ins Zwielficht geraten.

Die Anfechtung solcher Rechtsgeschäfte ist möglich durch den Schenker selbst, insbesondere aber auch durch die Erben des Schenkers. In der Klagebegründung kann einerseits die fehlende Urteilsfähigkeit des Schenkers geltend gemacht werden. Diesfalls sind die Fähigkeit des Schenkers, gegen eine fremde Beeinflussung Widerstand zu leisten, sowie die Persönlichkeitsadäquanz der Zuwendung Prozessthema. Der Kläger trägt grundsätzlich die Beweislast für die Urteilsunfähigkeit, kommt gegebenenfalls aber in den Genuss einer Umkehr der Beweislast. Andererseits kann ein Verstoss gegen die guten Sitten gerügt werden. Ein Fall von Sittenwidrigkeit kann vorliegen, wenn eine Beeinflussung des Schenkers durch die Vertrauensperson nachgewiesen werden kann oder wenn eine besonders wichtige Standesregel verletzt wurde. Auch diese Umstände müssen vom Kläger bewiesen werden.

Auf Grund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben sich die Erben des Schenkers zur Geltendmachung ihrer Ansprüche regelmässig der Erbschaftsklage (gegebenenfalls auch der Herabsetzungs- oder Ausgleichungsklage) zu bedienen. Ein solches Vorgehen hat wohl – nicht nur wegen den sich stellenden Beweisfragen – hauptsächlich dann gute Chancen auf Erfolg, wenn die Schenkung an die Vertrauensperson erst kurz von dem Tod des Schenkers vorgenommen wurde und somit als "*last-minute-*" oder "*Kurswechsel-Schenkung*" qualifiziert werden kann<sup>84</sup>.

Dans la pratique, on retrouve non seulement les dispositions pour cause de mort, mais aussi des libéralités entre vifs en faveur d'une personne de confiance. Ces dernières sont la source de problèmes non négligeables. La question clé est de savoir si la personne de confiance n'a pas fait valoir son influence de manière déloyale. De telles libéralités sont vite considérées comme suspectes avec la conséquence qu'on se méfie de plusieurs corps de métier.

La contestation de tels actes juridiques peut se faire soit par le donateur, soit par les héritiers de celui-ci. La demande peut notamment être motivée au moyen de l'absence de la capacité de discernement du donateur. Dans ce cas, le procès aura comme objet la capacité du donateur à résister aux influences exercées par de tierces personnes et la question de savoir si la libéralité est adéquate ou non. Le demandeur a le fardeau de la preuve en ce qui concerne la capacité du discernement; sous certaines conditions, il peut profiter d'un renversement du fardeau de la preuve. D'autre part, on peut alléguer que la libéralité est contraire aux mœurs. Tel peut être le cas si on peut prouver que la personne de confiance a influencé le donateur ou si une règle d'usage importante a été violée. De telles circonstances doivent être prouvées par le demandeur.

Le Tribunal fédéral exige que les héritiers se servent de l'action en pétition d'hérédité (CC 598 ss) pour faire valoir leurs prétentions.

(trad. Flurin von Planta)

84 Vgl. in Bezug auf die "*last-minute-*" oder "*Kurswechsel-Testamente*" namentlich BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14.