



# «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

Besprechung von BGer. 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige») und  
5A\_12/2009 («Morphium») mit Hinweisen auf BGer. 5A\_727/2009  
und 4A\_394/2009

Daniel Abt\*

## Inhaltsverzeichnis

- A. Zusammenfassung der Sachverhalte
  - I. BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige»)
  - II. BGer., 5A\_12/2009 («Morphium»)
- B. Zusammenfassungen der Erwägungen und Bemerkungen zu beiden Entscheiden
  - I. Zu den Klagegründen
    - 1. Urteilsunfähigkeit
    - 2. Erbunwürdigkeit
    - 3. Klagegründe, namentlich Sittenwidrigkeit und Irrtum
  - II. Zu den Rechtsbegehren
  - III. Zum Streitwert
- C. Fazit

## A. Zusammenfassung der Sachverhalte

### I. BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige»)

1. Der vermögende und verwitwete Erblasser (mit Jahrgang 1910) veröffentlichte im Jahre 1991 eine Kontaktanzeige mit folgendem Wortlaut:

«Welche liebe, hübsche Schweizerin (unter 62 Jahren, mindestens 1.68 m gross) möchte mein schönes, momentan vereinsamtes Leben (schöne Wohnung an der Goldküste, herrliche Eigentumswohnung in St. Moritz) als meine Freundin mit mir teilen? Bin 81-jähriger, viel jünger und gut aussehender (1.80 m, schlank, CH) kerngesund und vermögender Witwer, Akademiker, begeisterter Segler, Wanderer, Skifahrer».

Auf diese Kontaktanzeige meldete sich die spätere Beklagte B, welche 41 Jahre jünger als der Erblasser war. Zwischen ihnen entwickelte sich eine Partnerschaft im Sinne einer Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft.

Im April 1994 (mithin im Alter von 84 Jahren) schloss der Erblasser mit B eine Vereinbarung über die Finanzierung eines Hauskaufs und über seine künftige Pflege und Betreuung. Im Februar 1995 wurde für den Erblasser eine kombinierte Beiratschaft angeordnet und ein Vertretungsbeistand zur Wahrung der Interessen des Erblassers bestellt. Der Erblasser verunfallte im März 1995 mit dem Fahrrad und musste hospitalisiert werden. Auf Strafanzeige seines Beirats hin wurde gegen B wegen Betrugs und Aussetzung ermittelt, während 29 Tagen Untersuchungshaft angeordnet und vollzogen und sodann Anklage erhoben, wobei das Strafverfahren mit einem Freispruch endete.

Im Spital verfasste der Erblasser am 27. März 1995 ein Testament zugunsten von B, in welchem er sie für 80% seines Vermögens als Erbin einsetzte und mehrere Vermächtnisse bestellte. B und ein Bekannter waren bei der Testamentserrichtung anwesend. Der Erblasser schrieb das Testament auf der Grundlage eines vorbereiteten Entwurfs nieder, den ihm B zeitgleich vorlas. Im Juli 1995 konnte der Erblasser das Spital verlassen und lebte alsdann im Haushalt von B. Weitere Testamente, mit welchen B zur Haupterbin eingesetzt wurde, datieren vom 6., 8. und 17. November 1995.

Der Erblasser hatte offenbar Kenntnis vom Strafverfahren und weiteren Verfahren gegen B und dabei von all den Vorwürfen gegen sie erfahren (z.B. gewerbsmässigen Betrug, eventuell gewerbsmässigen Wucher, sowie Aussetzung, alles angeblich begangen zu seinem Nachteil, Untreue in sexueller Hinsicht u.v.a.m.). Er hatte sich überdies noch im

\* Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Lehrbeauftragter für Zivilrecht an der Universität Freiburg i.Ü.



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

November 1995 sorgenvoll erkundigt, ob B in der ihr gekauften Liegenschaft ein Bordell einrichten könnte, und er hat gewusst, dass B ihm mehr versprochen hat, als sie wirklich halten können (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 9.4). Die Verbindung dauerte bis zum Tod des Erblassers im Jahre 1996.

Im Juli 1996 wurden die verschiedenen Verfügungen von Todes wegen behördlich eröffnet. Der bezeichnete Willensvollstrecker nahm sein Amt an.

Die Klägerin K ist eine Nichte des Erblassers und dessen gesetzliche Erbin. Sie erhebt Klage gegen B und den Willensvollstrecker.

Dem Entscheid kann entnommen werden, dass die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den Erblasser absichtlich ungenügend ernährt, ihm verdorbene Lebensmittel vorgesetzt, ihn absichtlich nicht gepflegt (respektive aus Spargründen nur das absolut Nötigste an Pflege zugelassen) und ihn nachgerade verwahrlösen lassen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 8.1).

2. Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts rief die Klägerin neben Erbinwürdigkeit alle gesetzlichen Ungültigkeitsgründe an und begehrte die Feststellung, dass die Beklagte wegen Erbinwürdigkeit und wegen Ungültigkeit der sie begünstigenden letztwilligen Verfügungen des Erblassers weder dessen Erbin noch dessen Vermächtnisnehmerin sei, sowie (eventualiter) die Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers, soweit darin W als Willensvollstrecker eingesetzt werde (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], lit. C. zum Sachverhalt, und E. 2).

Das Bezirksgericht erklärte eine der letztwilligen Verfügungen wegen Formmangels ungültig, stellte jedoch fest, dass die übrigen angefochtenen letztwilligen Verfügungen gültig seien; die Beklagte alleinige eingesetzte Erbin im Nachlass des Erblassers sei und W als Willensvollstrecker eingesetzt bleibe; es listete zudem vier auszurichtende Vermächtnisse auf (mit Urteil vom Juli 2005).

Das Obergericht des Kantons Zürich wies im August 2007 die Berufung und weitere Anträge der Klägerin ab und bestätigte die bezirksgerichtlichen Feststellungen.

Mit Beschwerde an das Bundesgericht begehrt die Klägerin die «Feststellung, dass die Beklagte erbinwürdig und daher weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin des Erblassers sei, eventualiter die Ungültigerklärung der Testamente des Erblassers vom 24. Juni 1996, 27. März 1995, 8. November 1995 und 17. November 1995, soweit darin die Beklagte begünstigt werde, verbunden mit der Feststellung, dass die Beklagte weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin des Erblassers sei». Sie begehrt ferner, die

Testamente des Erblassers vom 8. November 1995 und 17. November 1995 seien insoweit für ungültig zu erklären, als darin W als Willensvollstrecker eingesetzt werde. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht beziehungsweise an das Bezirksgericht zurückzuweisen (vgl. lit. F. zum Sachverhalt).

Zudem ersucht die Klägerin in verfahrensrechtlicher Hinsicht um aufschiebende Wirkung, was in der Folge zuerkannt wird (vgl. lit. G. zum Sachverhalt).

Das Bundesgericht weist die Beschwerde letztlich ab, soweit es darauf eintritt. Insbesondere verneint es die geltend gemachte Urteilsunfähigkeit des Erblassers. Überdies wird der zweite Hauptstreitpunkt – die Erbinwürdigkeit der Beklagten – verneint.

Die detaillierten Erwägungen ergeben sich aus den nachfolgenden Bemerkungen.

### II. BGer., 5A\_12/2009 («Morphium»)

1. Erblasser E, Jahrgang 1922, lebte nach der Scheidung seiner Ehe im Jahre 1995 mit B zusammen. Zu seinen Kindern pflegte er wenig oder praktisch keinen Kontakt. Am 10. November 2003 wurde er wegen Schmerzen im linken Fuss (Durchblutungsstörung) sowie wegen Atembeschwerden und Husten (Lungenkrebs mit Ablegern) in das Kantonsspital eingewiesen.

Im Rahmen der Schmerzbehandlung erhielt er Morphium in regelmässigen zeitlichen Abständen und in Dosen von je 5 mg verabreicht. Auf seinen Wunsch hin rief B den Notar N an, der am 11. November 2003 vormittags E aufsuchte, um mit ihm den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung zu besprechen. Der Notar kehrte danach in seine Kanzlei zurück, bereitete über Mittag die Urkunde vor und traf am späteren Nachmittag wieder im Kantonsspital ein, wo die öffentliche letztwillige Verfügung unter Mitwirkung der Zeugen errichtet wurde.

E widerrief darin sämtliche früheren letztwilligen Verfügungen, setzte seine Nachkommen auf den Pflichtteil und bezeichnete als Erbin für die verfügbare Quote seine Lebenspartnerin B, der er überdies eine Entschädigung von CHF 50 000 für Pflege und Betreuung während der letzten fünf Jahre zu schulden anerkannte. Die öffentliche letztwillige Verfügung enthielt weiter Vorschriften über die Teilung (Einräumung eines Wohnrechts), über die Beerdigung und über die Wahrung der Pflichtteilsansprüche. Zwei Tage später, am 13. November 2003, starb E.

2. Gesetzliche Erben sind die Kinder des Erblassers, K und L. Sie klagten gegen die eingesetzte Erbin B und begehrten die Ungültigerklärung der

öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 11. November 2003, eventuell die Herabsetzung der letztwilligen Zuwendungen. B schloss auf Abweisung.

Das Amtsgericht hiess die Klage wegen Testierunfähigkeit des Erblassers gut und stellte die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung fest. Die Appellation der Beklagten wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn gutgeheissen mit der Begründung, die Kläger hätten nicht bewiesen, dass ihr Vater bei Errichtung des Testaments am 11. November 2003 urteilsunfähig gewesen sei. Es wies die Ungültigkeitsklage ab und stellte fest, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers vom 11. November 2003 gültig ist.

Die Kläger riefen in der Folge das BGer. an. Dieses weist die Beschwerde, soweit es darauf eintritt, ab.

Die detaillierten Erwägungen ergeben sich aus den nachfolgenden Bemerkungen.

## **B. Zusammenfassung der Erwägungen und Bemerkungen zu beiden Entscheiden**

Das Bundesgericht hatte (insbesondere im Entscheid «Kontaktanzeige») erneut die Gelegenheit, einen erbrechtlichen Sachverhalt zu beurteilen, der – um die treffenden Worte von DRUEY (betreffend einen anderen BGE) zu gebrauchen – «für jeden prima-vista-Betrachter stinkt» (DRUEY, Bemerkungen zu BGE 124 III 5 ff., in: AJP 1998, 730 ff., 734).

Es geht – einmal mehr – um einen Sachverhalt, der landläufig mit «Erbschleicherei» betitelt werden kann. Der Begriff der Erbschleicherei ist jedoch (noch) nicht klar umrissen und damit nach wie vor diffus (vgl. die Definitionsansätze von ABT [in: Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Basel 2002, 125 [zit. ABT, Ungültigkeitsklage]], BREITSCHMID [in: Besprechung von BGE 132 III 305/315, in *successio* 2007, 53 f.] und des Bundesgerichts [in BGE 132 III 305, E. 2, in Anlehnung an MEZGER, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch, Basel 2005, 178]; vgl. dazu WOLF/BALLMER, Erbunwürdigkeit durch Unterlassen, Besprechung von BGE 132 III 305 ff., in: *recht* 2007, 40 ff., 44 f.).

Der Leading-Case zu dieser erbrechtlichen Thematik betrifft einen Zürcher Rechtsanwalt, der von einer älteren, alleinstehenden und vermögenden Witwe als Alleinerbe eingesetzt worden war. Der Anwalt war eine enge Bezugs- und Vertrauensperson der Erblasserin, die er auch anwaltlich vertrat. Das Bundesgericht hatte in diesem Fall im Wesentlichen entschieden, dass der Anwalt erbunwürdig

sei, und festgestellt, das Testament der Erblasserin sei nichtig (vgl. BGE 132 III 305 ff. und 315 ff.).

Ein weiterer bedeutender Entscheid zu dieser Thematik ist BGE 132 III 455, der zwar eine Schenkung unter Lebenden betrifft, aber dennoch erhebliche Auswirkungen auf erbrechtliche Sachverhalte hat (vgl. dazu unten B./I./1./3./a.).

Es ist demnach angezeigt, die hier zu besprechenden Entscheide im Lichte von BGE 132 III 305 ff./315 ff. und 132 III 455 ff. zu würdigen.

### **I. Zu den Klagegründen**

In der Thematik der Erbschleicherei sind bei den Klagegründen insbesondere die Urteilsunfähigkeit (nachfolgend 1.) und die Erbunwürdigkeit (nachfolgend 2.) zentral. Daneben besteht fallweise die Möglichkeit, weitere Klagegründe (nachfolgend 3.) geltend zu machen.

#### **1. Urteilsunfähigkeit**

In Bezug auf die Urteilsunfähigkeit ist es lohnenswert, von den in BGE 124 III 5 ff. aufgestellten Grundsätzen auszugehen. Das Bundesgericht hat darin folgende Eckpunkte umschrieben:

a. Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält zwei Elemente: einerseits eine intellektuelle Komponente, nämlich die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen. Andererseits ein Willens- bzw. Charakterelement, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten (BGE 124 III 5, E. 1.a.; 117 II 231, E. 2.a; ausführlich BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 44 ff.).

b. Die Urteilsfähigkeit ist aber auch relativ zu verstehen; sie ist nicht abstrakt festzustellen, sondern in Bezug auf eine bestimmte Handlung je nach deren Schwierigkeit und Tragweite zu beurteilen. Es ist daher denkbar, dass eine Person trotz allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit gewisse Alltagsgeschäfte noch zu besorgen vermag und diesbezüglich urteilsfähig ist, während ihr für anspruchsvollere Geschäfte die Urteilsfähigkeit abzuspochen ist (vgl. BGE 124 III 5, E. 1.a.; BGE 117 II 231, E. 2.a, m.w.H.; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 87 ff.).

Im Unterschied zu alltäglichen Geschäften und Besorgungen zählt die Errichtung eines Testaments zu den eher anspruchsvolleren Geschäften; dies trifft insbesondere dann zu, wenn komplizierte Verfügungen getroffen werden (vgl. BGE 124 III 5, E. 1.a.; ZK-ESCHER, Art. 467 ZGB N 6).



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

Im Entscheid BGer. 5A\_12/2009 («Morphium»), E. 4 befasst sich das BGer. mit dem Grundsatz der relativen Natur der Urteilsfähigkeit und führt dazu aus, es müsse die Frage geprüft werden, ob es sich bei der besprochenen letztwilligen Verfügung um ein derart anspruchsvolles Geschäft gehandelt habe, dass der Erblasser dessen Sinn, Zweckmässigkeit und Auswirkungen nicht zu erkennen vermocht habe (vgl. zur intellektuellen Komponente der Urteilsfähigkeit auch BGE 134 II 235, E. 4.3.2).

Das BGer. hält fest, dass Verfügungen von Todes wegen nicht generell anspruchsvoll seien und stets hohe Anforderungen an die Urteilsfähigkeit stellen würden. Als anspruchsvoll könne eine letztwillige Verfügung nach der Rechtsprechung dann erscheinen, wenn sie auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruhe und schwierig zu beurteilende Auswirkungen habe (vgl. BGer. 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 5.2, sowie 5C.193/2004, E. 2.3.1, in: ZBGR 87/2006, 110).

Nach Ansicht des BGer. reicht es aus, dass der Erblasser sich des konkreten Inhalts der Verfügung bewusst war. Andernfalls könne in jedem Prozess, in dem der Betrag der Herabsetzung letztwilliger Zuwendungen (wie im erwähnten Entscheid «Morphium») durch einen Gerichtsgutachter bestimmt werden muss, auch einfach die pflichtteilsverletzende letztwillige Verfügung wegen Urteilsunfähigkeit des Erblassers für ungültig erklärt werden. An das Mass der inhaltlichen Konkretisierung und an die Urteilsfähigkeit dürften daher keine überspannten Anforderungen gestellt werden, solle doch der Erblasser auch in prekären Situationen physischer oder psychischer Belastung oder Schwäche verfügen dürfen (vgl. BGer. 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 5.2 und 5.3, sowie 5C.193/2004, E. 2.3.1, in: ZBGR 87/2006, 110/111; vgl. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008, 46 f., N 145 f.).

c. Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Urteilsfähigkeit die Regel und wird aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet. Folglich hat derjenige, der deren Nichtvorhandensein behauptet, dies zu beweisen.

Der Beweis ist keiner besonderen Vorschrift unterstellt; eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit, welche jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst, genügt insbesondere bei einer verstorbenen Person, weil in diesem Fall die Natur der Dinge selber einen absoluten Beweis unmöglich macht (vgl. BGE 124 III 5, E. 1.b.; BGE 117 II 231, E. 2.b, m.w.H.; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 125 ff.).

An sich ist der Beweis nicht in Bezug auf die Urteilsfähigkeit einer Person im Allgemeinen, sondern in einem bestimmten Zeitpunkt (vgl. dazu unten B./I./1./k.) zu erbringen. Dieser Beweis ist dann einfach

zu führen, wenn beispielsweise wegen einer Geisteskrankheit auf eine permanent vorhandene Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten zu schliessen ist und damit auch luzide Intervalle auszuschliessen sind; ist dies aber nicht der Fall, dürfte namentlich «post mortem» der Nachweis der Urteilsunfähigkeit zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt im Allgemeinen kaum zu führen sein. Wie die Vermutung der Urteilsfähigkeit und die daraus fliessende Beweislastverteilung folgen auch die Grenzen dieser Regeln aus der allgemeinen Lebenserfahrung: Führt die Lebenserfahrung – etwa bei Kindern, bei bestimmten Geisteskrankheiten oder altersschwachen Personen – zur **umgekehrten Vermutung**, dass die handelnde Person ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, ist der Beweispflicht insoweit Genüge getan und die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen; der Gegenpartei steht in diesem Fall der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheits-situation in einem luziden Intervall gehandelt hat (vgl. BGE 124 III 5, E. 1.b; BGE 117 II 231, E. 2.b, m.w.H.; BGer., 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 2.1; BK-BUCHER, Art. 16 ZGB N 127).

d. Im Entscheid BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige») wird in Bezug auf die Verteilung der Beweislast respektive die **Beweislastumkehr** in Erwägung 5.2 nicht nur auf BGE 124 III 5 hingewiesen, sondern auch auf die spätere begriffliche Verdeutlichung des erforderlichen **Beweismasses** (im Entscheid BGer., 5C.32/2004, E. 3.2.2, auf die Darstellung der Praxis bei PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 23–26, und seither allgemein BGE 134 II 235 sowie nunmehr BGer., 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 3).

Das BGer. hält zudem fest, nach der Rechtsprechung betreffe die Vermutung der Urteilsunfähigkeit Fälle, in denen sich der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befinde, wie er bei altersdemementen Menschen notorisch sei (vgl. die Hinweise auf die Praxis des Bundesgerichts bei PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 27 f.). Dies wurde in der Praxis bislang bejaht:

- bei einem schweren psychoorganischen Syndrom mit einem «Mini-Mental-State»-Testergebnis von 14 bei 30 möglichen Punkten respektive seniler Demenz vom Alzheimer-Typ (vgl. BGer., 5A\_723/2008, E. 3.1 und E. 4.1) oder
- bei einem starken demenziellen Syndrom (vgl. BGer., 5C.282/2006, E. 3.1).

In BGer. 5A\_12/2009 («Morphium»), E. 2.2, hält das Bundesgericht weiter fest, die Beweislast werde umgekehrt, wenn der Erblasser über einen längeren Zeitraum hinweg und nicht bloss in der Stunde der Testamentserrichtung als urteilsunfähig anzusehen gewesen sei.

e. Präzisierend führt das Bundesgericht (in BGer. 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 5.2, und 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 2.2) nunmehr aus, dass die Urteilsunfähigkeit nicht vermutet werde und zu beweisen sei, wenn ein Erblasser

- im fortgeschrittenen Alter nur gebrechlich, gesundheitlich angeschlagen und zeitweise verwirrt ist (vgl. BGer., 5C.193/2004, E. 4, in: ZBGR 87/2006, 111 f.),
- lediglich vereinzelte Absenzen infolge eines Hirnschlags hat (vgl. BGer., 5C.98/2005, E. 2.3.2, = Praxis 2007, Nr. 17) oder
- bloss an altersbedingten Erinnerungslücken leidet (vgl. BGer., 5A\_204/2007, E. 5, mit Bemerkungen von STEINAUER in successio 2008, 243 ff.).

f. In BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige»), E. 5.3, bestätigt das Bundesgericht die frühere Praxis (gemäss BGE 77 II 97, E. 2), wonach es für den Nachweis einer Beeinflussung genügt, «wenn die Umstände es als höchst – heute: überwiegend – wahrscheinlich erscheinen lassen, dass auf den Erblasser Einfluss ausgeübt wurde. Dass der Beeinflussungsversuch wirksam war, braucht nicht besonders nachgewiesen zu werden, sondern ist zu vermuten, wenn einerseits eine abnorme Beeinflussbarkeit feststeht und andererseits davon auszugehen ist, dass eine Beeinflussung versucht wurde.» Die Vermutung gilt somit nur für die Kausalität («wirksam»), nicht hingegen für den Beeinflussungsversuch und die Beeinflussbarkeit (vgl. PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 19 mit Hinweisen).

Die Beeinflussbarkeit wird mit «abnorm» umschrieben. Gemeint ist damit allgemein, dass die Anforderungen an die Testierfähigkeit nicht überspannt werden dürfen, soll doch der Erblasser auch in prekären Situationen physischer oder psychischer Belastung oder Schwäche verfügen dürfen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 5.3 m.w.H.; BGer., 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 3.1 und 3.2).

g. Im Verfahren BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige»), macht die Ungültigkeitsklägerin von Beginn an geltend, es habe hauptsächlich eine partielle Urteilsunfähigkeit vorgelegen, weil der Erblasser in einem absolut ausserordentlichen Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten gestanden habe.

Diesbezüglich hält das BGer. indes fest, eine bloss teilweise Urteilsunfähigkeit oder – genauer gesagt – eine nur auf eine bestimmte Person bezogene Willensbildungs- und Willensdurchsetzungs-Unfähigkeit rechtfertige keine Beweislastumkehr. Vielmehr verlange die Rechtsprechung, dass die letztwillig verfügende Person «ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall» als urteilsunfähig anzusehen sei (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 5.4.1).

h. Im Entscheid «Kontaktanzeige» präzisiert das Gericht sodann die bisherige Praxis um weitere Facetten bezüglich der Beweisführung und -würdigung.

So hält es etwa in Bezug auf die Beweisführung fest, Gutachten hätten den Nachteil, dass sich der Gutachter nicht auf eine Exploration des Handelnden stützen könne, sondern auf andere Beurteilungsgrundlagen abstellen müsse (wie Krankengeschichten oder Auskünfte Dritter). Die Aussagen von Zeugen seien nicht immer zuverlässig, weil Erkrankungen des Geistes, die sich nicht in akuten Erscheinungen, sondern in einer allgemeinen Abnahme der geistigen Kräfte äussern würden, dem ungeübten Beobachter leicht verborgen blieben. Das Sachgericht müsse auf Indizien, auf Erfahrungssätze tatsächlicher Art und in diesem Rahmen der Beweiswürdigung weitgehend auf sein Wissen und Kennen abstellen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.1, sowie 5P.444/2002, E. 2.2, teilweise wiedergegeben bei PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 38).

Es führt zudem aus, die Einholung eines Gutachtens sei bundesrechtlich nicht vorgeschrieben (vgl. BGE 61 II 318, E. 1), in Zweifelsfällen aber geboten (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.2, sowie BGE 117 II 231 E. 2.b).

Das psychiatrische Gutachten über die Testierfähigkeit solle dem Sachgericht aufzeigen, wie sich psychopathologische Zustände auf die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten des Erblassers im Hinblick auf die konkret verfasste letztwillige Verfügung ausgewirkt hätten. Neben der Willensfähigkeit (voluntatives Element) und der Fähigkeit zu Einsicht in Wesen, Zweck und Folgen des Rechtsgeschäfts (kognitives Element) habe der Gutachter darzulegen, ob der Erblasser überdies in einem adäquaten Gemütszustand (affektives Element) gehandelt habe (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.2; 5P.39/2004 und 5P.40/2004, E. 6.1, zitiert bei PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 34).

Mit Bezug auf die Beeinflussbarkeit des Erblassers im Besonderen solle sich das Gutachten dazu äussern, ob Fremdeinflüsse nicht mehr nur als nor-



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

malpsychologisch wirksame Einflüsse Dritter, wie sie üblicherweise in die eigenständige Urteilsbildung eingehen, zu werten seien, sondern ob sie weitergehend das Gewicht einer pathologischen Determinanten erhalten hätten, der gegenüber kritische Reserve, Abwägen und eigenständige Gegenvorstellungen nicht mehr möglich gewesen seien (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.2, sowie BGE 117 II 231 E. 2.c; PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Zürich / St. Gallen 2008, 32, N 101, mit Hinweisen).

Die bundesgerichtlichen Ausführungen zur Beweisführung sind insbesondere im Hinblick auf die Formulierung der Gutachteraufträge interessant und bedeutsam. Ein Gutachterauftrag, wonach (bloss) zu untersuchen ist, ob der Erblasser zum jeweiligen Zeitpunkt der Errichtung der angefochtenen Testamente urteils- respektive testierfähig war, kann demnach bemängelt werden. Bedeutsam ist somit, dass letztlich vom Gutachter das voluntative, das kognitive und das affektive Element dargelegt werden müssen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.2 und 3.3).

Befremdlich mutet an, dass im vorliegenden Fall das Gutachten bloss mündlich erstattet und vom Gericht zu Protokoll genommen wurde (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.3 und 4). Für die Praxis erscheint es ratsam, die Erstellung von schriftlichen Gutachten zu verlangen respektive in Auftrag zu geben; ein (juristisch geschultes) Gericht vermag in der Regel nicht ein medizinisches Fachgutachten (mit entsprechenden Fachbegriffen) richtig zu protokollieren.

Im besagten Entscheid hat letztlich für das Gericht kein triftiger Grund bestanden, von den Ergebnissen des Gerichtsgutachtens abzuweichen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 3.5; vgl. zu diesem Erfordernis: BGer., 5P.39/2004 und 5P.40/2004, E. 6.1 Abs. 3, zitiert bei PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 36).

i. Bemerkenswert (und originell) ist ferner der Antrag der Ungültigkeitsklägerin, wonach ein psychiatrisches Gutachten über die Beklagte (als Begünstigte) zu erstellen sei; dieses solle Auskunft geben über deren Person, Charakter und deren Fähigkeit, anderen Personen und insbesondere dem Erblasser ihren Willen aufzuzwingen (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 4). Dieser Antrag wurde letztlich abgewiesen.

Das BGer. hält im Wesentlichen fest, die Abweisung dieses Beweisantrages durch die Sachgerichte sei keine Verletzung des Anspruchs auf den Beweis; eine vorweggenommene Beweiswürdigung sei nicht ausgeschlossen.

Die Ausführungen des Bundesgerichts werden abgerundet mit der conclusio, es bedeute keine übermässige Abhängigkeit, «wenn ältere Menschen in einer mehrjährigen Beziehung ausharren müssen, weil sie befürchten, in ihrem fortgeschrittenen Alter keinen oder nur mehr schwer einen neuen Partner zu finden, und ihre Widerstandsfähigkeit ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil es auch im Alter Lebenssituationen geben kann, in denen kein oder nur mehr ein beschränkter Handlungsspielraum besteht und man folglich für das, was man bekommen will, bezahlen muss, was gefordert wird» (BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 4.5).

j. Bemerkenswerterweise wird im Entscheid «Kontaktanzeige» auch die Thematik der «last minute» oder «Kurswechsel-Testamente» erörtert. In der Doktrin wird diesbezüglich gefordert, dass das Willens- bzw. Charakterelement der Urteilsfähigkeit (mithin die Fähigkeit, gegen eine fremde Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten) bei diesen Sachverhalten besonders vorsichtig beurteilt werden muss (vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, 65; PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 20).

Die Ungültigkeitsklägerin hat denn auch geltend gemacht, es handle sich bei den Testamenten vom 8. und 17. November 1995 um sogenannte «last minute» oder «Kurswechsel-Testamente», mit welchen die vormals über Jahre hinweg vom Erblasser anvisierte Nachlassplanung plötzlich und nicht nachvollziehbar über den Haufen geschmissen worden sei. Für das BGer. war indessen weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern der Erblasser hier eine langjährige Nachlassplanung grundlos widerrufen haben soll (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 4.4.3).

k. Grundsätzlich ist der Zeitpunkt des ganzen Errichtungsaktes für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit massgebend (vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, 67 m.w.H.). In BGer. 5A\_12/2009 («Morphium»), E. 4, konkretisiert das Gericht den massgebenden Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit für eine öffentliche letztwillige Verfügung (Art. 499 ff. ZGB) weiter.

In casu erfolgte die notarielle Beurkundung im sog. Sukzessivverfahren, d.h., Vor- und Hauptverfahren haben zeitlich auseinandergelegen. Die Mitteilung des Willens vonseiten des Erblassers, die Beratung und die Rechtsbelehrung sowie die Vorbereitung der Urkunde durch den Notar (Vorverfahren) haben am Morgen stattgefunden, während das Lesen der vorbereiteten Urkunde und deren Genehmigung durch den Erblasser sowie die Bestätigung der Zeugen (Hauptverfahren) am späteren Nachmittag des gleichen Tags erfolgten (vgl. BSK-

RUF/JEITZINER, Art. 499 ZGB N 22 ff. und Art. 500 ZGB N 5).

Das BGer. hat klargestellt, dass Urteilsfähigkeit sowohl im Zeitpunkt der Beratung als auch in der Realisationsphase notwendig ist (vgl. BSK-BREIT-SCHMID, Art. 467/468 ZGB N 12). Erfahrungsgemäss sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit des Erblassers im Rahmen der Beratung und damit der eigentlichen Willensbildungsphase (vgl. BSK-BREIT-SCHMID, Art. 467/468 ZGB N 11) höher als beim Beurkundungsvorgang, wo der Erblasser an sich nur mehr kontrolliert, was hier wenige Stunden zuvor abgemacht wurde, d.h. den vorbereiteten Entwurf selbst liest oder sich vorlesen lässt, darin seinen eigenen Willen wiedererkennt und ihn genehmigt (vgl. BGer. 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 4.2).

1. Aufschlussreich ist der Entscheid «Morphium» sodann in Bezug auf den Beizug von **Zeugen beim öffentlichen Testament**. In casu erhielt der (krebserkrankte) Erblasser in regelmässigen Abständen aus schmerztherapeutischen Gründen Morphium in Dosen von je 5 mg.

Hervorzuheben ist, dass der Notar vor der Besprechung mit dem Erblasser bezüglich dessen Urteilsfähigkeit beim zuständigen Arzt nachgefragt hatte, und dieser ihm geantwortet habe, er erachte den Erblasser in der zu besprechenden Angelegenheit als urteilsfähig. Zur Beurkundung hat der Notar dann die Krankenschwester beigezogen. Gemäss BGer. und h.L. ist der Notar damit korrekt vorgegangen. Er hat sich bei fachkundigem Spitalpersonal informiert und dessen Mitwirkung bei der Beurkundung veranlasst. Die Erklärung der Testamentszeugen, der Erblasser habe sich nach ihrer Wahrnehmung im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden (Art. 501 Abs. 2 und Art. 502 Abs. 2 ZGB), ist zwar lediglich ein Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit (vgl. BGE 124 III 5, E. 1.c), doch ist dieses Indiz umso gewichtiger, wenn die Wahrnehmung über den Zustand der Urteilsfähigkeit vom behandelnden Arzt oder der betreuenden Krankenschwester stammt (vgl. BGer. 5A\_12/2009 [«Morphium»], E. 7.1, m.w.H.).

## 2. Erbunwürdigkeit

a. In Bezug auf den Tatbestand der Erbunwürdigkeit gemäss Art. 540 ZGB sind aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. zentral; beide betreffen denselben Sachverhalt

Das Bundesgericht hat in diesen Entscheiden die Erbunwürdigkeit eines Anwalts bestätigt und die Nichtigkeit des Testaments festgestellt.

Für das Bundesgericht lag die Erbunwürdigkeit (gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) darin begrün-

det, dass der eingesetzte Anwalt die Erblasserin als seine Klientin in der Fehlvorstellung belassen hatte, seine Bemühungen beruhten auf echter Freundschaft und Zuneigung, und ihr nicht klargelegt hatte, dass es sich dabei um seine Gegenleistung für die Zahlung des von ihm in Rechnung gestellten Anwaltshonorars handelte. Während vier Jahren habe ein Vertrauensverhältnis zwischen der Erblasserin und dem Anwalt bestanden, wobei letzterer beinahe die einzige Bezugsperson der betagten Klientin gewesen sei. Der Anwalt beteuerte zwar seinerseits freundschaftliche Gefühle, wollte sich gemäss der Feststellung der Vorinstanz aber bereichern. Unter diesen Umständen wäre er nach Auffassung des Bundesgerichts verpflichtet gewesen, die Erblasserin über sein tatsächliches Verhältnis zu ihr aufzuklären (vgl. BGE 132 III 305, E. 6).

Das Bundesgericht begründete folglich die Erbunwürdigkeit mit einer Unterlassung. Diese sei eine schwere Verfehlung des eingesetzten Anwalts gewesen, welche als unerträglich erscheine und zu missbilligen sei (vgl. BGE 132 III 305, E. 3.3 und 6.2; vgl. auch die systematische Darstellung der Begründung in PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 29 ff.).

Mit Bezug auf die Wirkungen der Erbunwürdigkeit wurde durch BGE 132 III 315 indes keine Klarheit geschaffen:

- Das BGer. hat einerseits ausgeführt, die Erbunwürdigkeit treffe nicht die Gültigkeit der Verfügung, sondern bloss die Fähigkeit, Erbe zu sein und aus Verfügungen etwas zu erwerben; die Verfügung bleibe als solche – und damit auch der in ihr zum Ausdruck gelangte Widerrufswille in Bezug auf frühere Verfügungen – bestehen. Damit lebe eine frühere Verfügung nicht wieder auf, solange die ältere Verfügung zugunsten eines Erbunwürdigen nicht auf dem Wege der Ungültigkeitsklage beseitigt worden sei (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.1 i.f.).
- Im Anschluss daran hat es andererseits festgehalten, dass die Verfügung zugunsten eines Erbunwürdigen nichtig sei (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.2 i.f.).
- In der Folge hat es gar ausgeführt, die Feststellung der Nichtigkeit habe «hier» dieselben Wirkungen wie die gerichtliche Ungültigerklärung, sodass es sich erübrige, auf die geltend gemachten Ungültigkeitsgründe einzugehen (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.3).

Die Entscheide wurden von der Doktrin wiederholt besprochen und teils harsch kritisiert (vgl. ABT in AJP 2006, 1139 ff.; SANDOZ in Jusletter vom 10. April 2006; WOLF/BALLMER in recht 2007, 40 ff.; BREIT-SCHMID in successio 2007, 50 ff.).



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

Seit diesen Entscheiden aus dem Jahre 2006 hat das Bundesgericht in BGer., 5A\_204/2007 (ein weiteres Mal) festgehalten, dass die Erbnunwürdigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (und dass im konkreten Fall keine Erbnunwürdigkeit [und kein Willensmangel i.S.v. Art. 469 ZGB] vorliege, vgl. BGer., 5A\_204/2007, E. 7, mit Bemerkungen von STEINAUER in *successio* 2008, 243 ff.).

b. Im Entscheid «Kontaktanzeige» hat das Bundesgericht nun erneut die Möglichkeit, sich mit der Erbnunwürdigkeit respektive den Entscheiden 132 III 305 ff. und 315 ff. auseinanderzusetzen.

i) Es führt vorab mit Bezug auf die Beweislast aus, dass diese gemäss Art. 8 ZGB bei der Partei liege, die aus der Erbnunwürdigkeit Rechte ableite. Zudem lässt es anklingen, dass man sich mit Bezug auf die Erbnunwürdigkeit nicht auf eine Umkehr der Beweislast berufen könne. Eine solche **Beweislastumkehr** würde voraussetzen, dass der betroffene Erbe im Normalfall und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erbnunwürdig sei, d.h. in der Regel tatbestandsmässig im Sinne der Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB handle. Der Nachweis einer derartigen Vermutungsbasis dürfe in der Lebenswirklichkeit wohl nur mit Zurückhaltung als erbracht angesehen werden. Zum anderen und entscheidend spreche die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Beweisregel im Fall der Enterbung (Art. 477 ff. ZGB) gegen die Umkehr der Beweislast (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 7.3 und 7.4).

ii) In Bezug auf den Tatbestand Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Erbnunwürdigkeit kraft [versuchter] Herbeiführung des Todes des Erblassers) stützt das BGer. die Auffassungen der Vorinstanzen, wonach davon ausgegangen werden kann, dass eine blossе Aussetzung (Art. 127 StGB) oder Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) für die Verwirklichung des Tatbestandes nicht genügen. Vorausgesetzt seien vielmehr ein auf die Tötung des Erblassers gerichteter **Vorsatz** und **entsprechende Handlungen** (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 8.1 mit Hinweis auf PETER HUGGLER, *Die Erbnunwürdigkeit im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1952, S. 63 f.).

iii) Gestützt auf den Tatbestand von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Erbnunwürdigkeit kraft Errichtung oder Widerruf einer Verfügung unter bestimmten Umständen) hat die Klägerin im Entscheid «Kontaktanzeige» verständlicherweise eine Parallelität zu BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. geltend gemacht.

Das Bundesgericht verneint indes – wie auch die kantonalen Vorinstanzen – die Parallelität der Fälle und beanstandet die Auffassungen der Vorinstan-

zen nicht. Diese hatten ausgeführt, die Beschwerdeführerin verkenne die Komplexität solcher Fälle, wenn sie nur schon aufgrund ähnlicher Problemkreise und der Tatsache, dass eine ältere Person im Testament eine jüngere bedenke, die Parallelität betone und hervorhebe. Die Unterschiede seien doch frappant. Es handle sich vorliegend nicht einfach, wie dort, um ein **Vertrauensverhältnis** zwischen einem Anwalt und seiner Klientin: In diesem Prozess liege nämlich eine Erbeinsetzung nicht aufgrund eines Mandatsverhältnisses, sondern aufgrund einer immerhin vierjährigen intimen Beziehung vor, an deren Anfang eine Kontaktanzeige des Erblassers gestanden habe (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 9.2).

Die Negierung der Parallelität und die Begründung des BGer., wonach es sich im vorliegenden Fall nicht einfach um ein Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientin handle, erscheint etwas überraschend.

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass sich BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. gerade nicht nur durch ein «normales» Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientin auszeichneten. Es ging um viel mehr als nur um ein alltägliches Mandatsverhältnis.

Das Gericht hatte damals denn auch festgehalten, dass der beklagte Anwalt über die ihm von Berufs wegen zukommende Vertrauensstellung hinaus grossen Einfluss auf die Erblasserin gehabt und ausgeübt habe. Die Erblasserin habe zu ihm nicht bloss in einem Vertrauensverhältnis gestanden, sondern weitergehend in einem eigentlichen Abhängigkeitsverhältnis. Mit ständigen Geschenken habe sie die Freundschaft und Zuneigung des Beklagten erwerben und erhalten wollen. Der Beklagte sei beinahe die einzige Bezugsperson der Erblasserin gewesen. Er habe sich bemüht, seine Einflussmöglichkeiten und die Bindung der Erblasserin, die in dieser Intensität zu keiner anderen Person als ihm bestanden habe, sicherzustellen und vonseiten Dritter nicht stören zu lassen (vgl. BGE 132 III 305, E. 4.2).

Entgegen der Auffassung des BGer. will scheinen, dass die Unterschiede keineswegs «frappant» sind, sondern es jeweils Fälle sind, die für jeden Prima-vista-Betrachter stinken und damit anrühlich anmuten. In beiden Fällen liegen erbschleicherische Machenschaften zugrunde (wobei wohl mitentscheidend war, dass der Erblasser in BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], dazu mittels Inserat gleichsam eingeladen hat). Immerhin besteht ein Unterschied darin, dass es sich in casu nicht – wie in BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. – um ein ursprünglich berufliches Verhältnis handelte (vgl. zur Bedeutung der beruflichen Funktion ABT, *Ungültigkeitsklage*, 23 ff.).



iv) Das BGer. verwirft zudem im Entscheid «Kontaktanzeige» die klägerische Argumentation, wonach der Erblasser zur Beklagten in einem eigentlichen **Abhängigkeitsverhältnis** gestanden habe, diese praktisch die einzige Bezugsperson des Erblassers gewesen sei und dass der Erblasser aufgrund falscher Vorstellungen über sein Verhältnis zur Beklagten zu deren Gunsten letztwillig verfügt habe.

Ein **Abhängigkeitsverhältnis** willenseinschränkender Art habe nicht bestanden. Der Erblasser habe danach eine Vielzahl von Bezugspersonen gehabt (z.B. den Beirat, den Arzt, den Bruder), die ihn über sein Verhältnis zur Beklagten nicht im Unklaren gelassen und ihn beraten und unterstützt hätten. Er habe Kenntnis vom Strafverfahren und weiteren Verfahren gegen die Beklagten gehabt und dabei von all den Vorwürfen gegen die Beklagte erfahren (z.B. gewerbsmässigen Betrug, eventuell gewerbsmässigen Wucher, sowie Aussetzung, alles angeblich begangen zu seinem Nachteil, Untreue in sexueller Hinsicht u.v.a.m.). Er habe sich noch im November 1995 sorgenvoll erkundigt, ob die Beklagte in der ihr gekauften Liegenschaft ein Bordell einrichten könnte, und er hat gewusst, dass die Beklagte ihm mehr versprochen hat, als sie wirklich halten können. Er habe sich sowohl gegen Ansinnen der Beklagten gewehrt als auch gegen die Absichten seines Bruders.

Die tatsächliche Ausgangslage zeige sich somit schon im Ansatz völlig anders als in BGE 132 III 305, wo die Erblasserin dem Beklagten, ihrer beinahe einzigen Bezugsperson, gleichsam «verfallen» war und dem Beklagten vorgehalten werden musste, er habe die Erblasserin über sein tatsächliches Verhältnis zu ihr nicht aufgeklärt, obschon er dazu rechtlich verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 9.4 mit Verweis auf BGE 132 III 305 E. 4–6).

### 3. Weitere Klagegründe, namentlich **Sittenwidrigkeit und Irrtum**

Mit weiteren Klagegründen hatte sich das BGer. in den zu rezensierenden Entscheiden nicht zu befassen. Die Anrufung weiterer Klagegründe ist jedoch in Betracht zu ziehen.

a. Mit Blick auf die vorliegende Thematik sei in Erinnerung gerufen, dass das BGer. in BGE 132 III 455 erstmals festgehalten hat, dass auch im schweizerischen Recht **Sittenwidrigkeit** vorliegen kann, wenn «gegen elementare Standesregeln» (die bei gewissen Berufsverbänden bestehen) verstossen wird, «deren Zweck gerade darin besteht, von vornherein Interessenkonflikte und Zweifel über mögliche unerwünschte Beeinflussungen zu verhindern» (BGE

132 III 455, E. 4.1 und 4.2; vgl. zu diesem Entscheid **ABT/WEIBEL**, *Ausgewählte Stolperdrähte im schweizerischen Erbrecht*, in: *AnwaltsRevue* 6–7/2007, 271 ff. und **BREITSCHMID** in *successio* 2007, 186 f.).

Der Entscheid ist insofern von Belang, als damit zum ersten Mal auch für die Schweiz anerkannt wurde, dass standeswidriges Verhalten in zivilrechtlicher Hinsicht zur Sittenwidrigkeit – und damit zur Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR – eines Rechtsgeschäfts führen kann. Aufgrund des Umstands, dass die zugrunde liegenden Rechtsfragen bei Schenkungen kurz vor dem Tod und bei Begünstigungen durch Verfügung von Todes wegen identisch sind, lässt sich diese Argumentation ohne Weiteres auch auf Zuwendungen von Todes wegen übertragen. Folglich kann auch gegen diese argumentiert werden, dass Sittenwidrigkeit aufgrund von Standeswidrigkeit gegeben sei.

Diese Rechtsprechung ist von Bedeutung für Berufsträger wie beispielsweise Ärzte, zumal Art. 38 der Standesordnung FMH ihnen die Annahme von Geschenken, Zuwendungen von Todes wegen oder anderen Vorteilen von Patienten oder Dritten untersagt, die ihre ärztlichen Entscheidungen beeinflussen können und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen.

Die Maxime des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen gilt aber nach hier vertretener Auffassung nicht nur für Ärzte, sondern etwa auch für andere Berufsträger wie Rechtsanwälte und – unter gewissen Voraussetzungen – kraft Mandatsrechts für alle Personen, die im Rahmen eines Vertragsverhältnisses entgeltlich oder unentgeltlich für andere Personen Geschäfte oder Dienste besorgen (vgl. dazu **PraxKomm-TARNUTZER-MÜNCH/ABT**, Art. 519 ZGB N 42 ff.; **ABT**, *Ungültigkeitsklage*, 195).

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass das BGer. jedoch kürzlich entschieden hat, dass die Schenkung von USD 1 Mio. eines Mandanten (mit einem Vermögen von rund USD 500 Mio.) an seinen Anwalt nicht sittenwidrig sei (vgl. BGer., 4A\_394/2009, E. 3.5). Das BGer. hat dem Einwand der Sittenwidrigkeit notdürftig entgegengehalten, dass keine Norm existiere, wonach ein Anwalt von Klienten keine Geschenke annehmen dürfe; ferner bestünden keine Hinweise, dass der Anwalt um die Schenkung ersucht, Druck auf den Schenker ausgeübt, das Vertrauen missbraucht oder ein **Abhängigkeitsverhältnis** ausgenutzt hätte. Vielmehr habe der vermögende Mandant die Zuwendung aus freien Stücken und aus eigener Initiative zugunsten seines langjährigen Freundes und Anwalts gemacht.

Das BGer. hat sich in diesem Entscheid befremdlicherweise mit seiner bisherigen einschlägigen Rechtsprechung (vgl. insbesondere BGE 132 III 455 ff.) kaum bzw. mit der Doktrin (vgl. nament-



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

lich ABT, Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, in: AJP 2004, 1225 ff.) überhaupt nicht auseinandergesetzt. Die Rechtsprechung des BGer. zur Problematik von Zuwendungen an Vertrauenspersonen erscheint somit als inkonsistent.

b. Der Vollständigkeit halber ist auf den Klagegrund des **Willensmangels**, respektive insbesondere des **Irrtums** hinzuweisen. Bedeutsam ist, dass bei letztwilligen Verfügungen grundsätzlich jeder Irrtum des Erblassers als wesentlich erscheint und eine Anfechtung der Verfügung von Todes wegen kraft Art. 469 i.V.m. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ermöglicht.

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 aufgrund einer falschen Vorstellung über Fähigkeiten, wirtschaftliche Verhältnisse eines Bedachten oder Nichtbedachten oder persönliche Eigenschaften respektive Charaktereigenschaften oder dgl. eines Bedachten (vgl. BGE 132 III 305 und 315, wo es letztlich um die Erbnunwürdigkeit eines als Alleinerben eingesetzten Anwalts ging) bildet (vgl. PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 469 ZGB N 9; ABT, Ungültigkeitsklage, 80 m.w.H.).

Denkbar ist auch ein **Motivirrtum über die Rechtslage**. Dies kann einerseits dann der Fall sein, wenn der Erblasser etwa davon ausgeht, dass auch beim Vermächtnis das Eintrittsprinzip Anwendung findet oder wenn er sich über die Eigentumsverhältnisse eines Gegenstandes irrt (vgl. etwa BGE 50 II 332 ff. und 72 II 224 ff.; ABT, Ungültigkeitsklage, 80 f.). Andererseits kann dies der Fall sein, wenn der Erblasser zu Unrecht davon ausgeht, ein mit einem bestimmten Erben abgeschlossener Vertrag sei gültig (vgl. ZWR 1992, 236 ff., E. 9; PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 469 ZGB N 9). Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob ein derartiger Irrtum etwa auch angenommen werden kann, wenn der Erblasser davon ausging, dass eine Zuwendung (an eine Vertrauensperson) unproblematisch respektive zulässig ist, diese jedoch heikel respektive verpönt ist, sei es aufgrund von kontroversen Gerichtsentscheiden, vertraglichen Vereinbarungen, ethischen Grundsätzen, standesrechtlichen Normen etc. Nach hier vertretener Auffassung mutet eine derartige Argumentation nicht abwegig an.

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 bestimmten

Einfluss auf die Verfügung hatte. Gemäss der Rechtsprechung ist 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 lassen (vgl. BGE 5C.273/2002, E 3. = Praxis 2004, Nr. 25; 5C.273/2005, E. 3; 5A\_204/2007, E. 6; ABT, Ungültigkeitsklage, 81 f.).

Dies muss auch bewiesen werden, wobei seitens des Klägers nicht dargetan werden muss, «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» (BGE 75 II 280, E. 6) ist, dass der Erblasser bei Kenntnis der 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; der Nachweis der Wahrscheinlichkeit genügt (vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, 83 f.; PraxKomm Erbrecht-SCHRÖDER, Art. 469 ZGB N 13).

### II. Zu den Rechtsbegehren

1. Grundsätzliches Ziel eines Klägers in einem zivilrechtlichen Verfahren sollte es sein, die Rechtsbegehren so zu formulieren, dass sie vom Richter integral in das Urteilsdispositiv übernommen werden können. Das Rechtsbegehren ist – bestenfalls – gleichsam das Spiegelbild des Dispositivs des Urteils. Das Rechtsbegehren bereitet das Dispositiv vor, das Dispositiv ist alsdann die Grundlage für die Vollstreckung des Urteils; diese Abfolge sollte sich der Kläger – auch in erbrechtlichen Prozessen – bei der Formulierung des Rechtsbegehrens vor Augen führen.

2. Wie bereits ausgeführt, beehrte die Klägerin im Entscheid «Kontaktanzeige» bei der ersten Instanz die Feststellung, dass die Beklagte wegen Erbnunwürdigkeit und wegen Ungültigkeit der sie begünstigenden letztwilligen Verfügungen des Erblassers weder dessen Erbin noch dessen Vermächtnisnehmerin sei, sowie (eventualiter) die Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügungen des Erblasser, soweit darin W als Willensvollstrecker eingesetzt werde (vgl. BGE., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], lit. C. zum Sachverhalt, und E. 2).

Dieses Rechtsbegehren erscheint insofern zutreffend, als im Hauptbegehren eine Feststellung und im Eventualbegehren eine Gestaltung der Rechtslage verlangt wird (vgl. in diesem Sinne etwa auch die Vorschläge bei PraxKomm Erbrecht-TARNUT-

ZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 13 und PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 56).

Da es sich bei der Ungültigkeitsklage um eine Gestaltungsklage handelt (vgl. statt vieler ABT, Ungültigkeitsklage, 32 f.), ist das erwähnte Rechtsbegehren des Klägers betreffend «Feststellung ... wegen Ungültigkeit» gleichzeitig etwas irritierend; es sollte mit dem Rechtsbegehren keinesfalls der Eindruck erweckt werden, dass die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen festzustellen sei; vielmehr muss (gestalterisch) begehrt werden, dass eine Verfügung von Todes wegen ungültig zu erklären sei.

Ferner ist bei der Formulierung zu berücksichtigen, dass eine Präzisierung, wonach die Beklagte «wegen Erbnunwürdigkeit und wegen Ungültigkeit der sie begünstigenden letztwilligen Verfügungen» nicht Erbin oder Vermächtnisnehmerin sei, nach hier vertretener Auffassung nicht ins Rechtsbegehren gehört; dies gilt auch für einen allfälligen Ungültigkeitsgrund. Derartiges gehört letztlich auch nicht ins Dispositiv (zumal es für den Vollzug irrelevant ist), sondern in die materielle Klagebegründung (vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, 35 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 2.A., Zürich 2006, Rz. 22).

3. Festzuhalten ist sodann, dass in erbrechtlichen Verfahren Feststellungsbegehren oftmals sinnvoll und notwendig erscheinen. Demgemäss will es scheinen, dass Parteien – soweit sachlich vertretbar – durchaus auch Feststellungsbegehren stellen können; dies etwa dann, wenn mögliche Rechtsfolgen vom Prozessgegner bestritten werden könnten. Auch ansonsten gilt in erbrechtlichen Verfahren, dass Feststellungsbegehren allenfalls überflüssig, aber unschädlich sind. Richtigerweise wird in der Doktrin darauf hingewiesen, dass sich nicht mit negativen Kostenfolgen «überklagt», wer ein (überflüssiges) Feststellungsbegehren stellt, das in einem gleichzeitig gestellten Leistungs- oder Gestaltungsbegehren aufgeht (vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 23; PraxKomm Erbrecht-TARNUTZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 69).

Dies gilt ungeachtet der (strengen) zivilprozessrechtlichen Doktrin, welche die Besonderheiten in erbrechtlichen Verfahren nicht oder ungenügend berücksichtigt (vgl. etwa SUTTER-SOMM, Rezension zum Praxiskommentar Erbrecht, in: successio 2008, 176 ff., 177). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in einem Entscheid (betreffend Art. 494 Abs. 3 ZGB) wohl erkennen lassen, dass Feststellungsbegehren neben den Gestaltungsbegehren unzulässig seien, und ist nicht darauf eingetreten; dies hat sich allerdings auf die Prozesskostenverlegung nicht ausgewirkt (vgl. BGE 133 III 406 mit Besprechung von EITEL in successio 2008, 231 ff., 232). Bei

den Feststellungsbegehren in erbrechtlichen Prozessen (etwa im Teilungsprozess betreffend Feststellung der Aktiven und Passiven sowie der Erbquoten) handelt es sich nicht um Feststellungsbegehren i.e.S. Es geht vielmehr um die Klärung von Vorfragen, deren Beantwortung durch das Gericht von Bundesrechts wegen unumgänglich ist. Die soeben erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung hat gezeigt, dass diese Feststellungsbegehren i.e.S. keine Kostenfolgen nach sich ziehen (vgl. in diesem Sinne auch WEIBEL THOMAS/HECKENDORN LUKAS, Erbteilung – praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen, in: successio 2009, 218 ff., 230, Rz. 80).

4. Hinzuweisen ist schliesslich darauf, dass bei der Anfechtung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen – wo vom Kläger regelmässig Erbnunwürdigkeit und Ungültigkeitsgründe angerufen werden – aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Formulierung der Rechtsbegehren besonders diffizil ist.

Die Erbnunwürdigkeit wird grundsätzlich mit einem Feststellungsbegehren geltend gemacht (vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 58; BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 109).

Die Wirkungen der Erbnunwürdigkeit sind aber aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unklar; dies hat auch Auswirkungen auf die Formulierung der Rechtsbegehren.

Das Bundesgericht hat wie bereits ausgeführt (vgl. oben B./I./2./a.) in BGE 132 III 315 (in sich widersprüchlich, vgl. dazu kritisch PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 50 f.) festgehalten,

■ dass die Verfügung von Todes wegen, mit der ein Erbnunwürdiger als Alleinerbe eingesetzt wurde, als solche bestehen bleibt, obwohl die Erbeinsetzung gegenstandslos geworden ist und nie zur Ausführung gelangen kann.

Dies hat zur Folge, dass diese letztwillige Verfügung, die kraft gesetzlicher Vermutung an die Stelle einer früheren Verfügung getreten ist, dem Wiederaufleben der früheren Verfügung so lange entgegensteht, als sie nicht auf dem Wege der Ungültigkeitsklage beseitigt worden ist. Die Aufhebungswirkung soll demgemäss bestehen bleiben. In Kraft bleibt gleichsam der in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gelangte Widerrufswillen gegenüber früheren letztwilligen Verfügungen (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.1);

■ dass aber auch «die Verfügung von Todes wegen zu Gunsten einer erbnunwürdigen Person nichtig» ist (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.2). Demnach kann das Rechtsbegehren auch dahingehend lauten:

«Es sei festzustellen, dass das Testament [oder eine einzelne Anordnung des fraglichen Testaments] von [Name], verstorben am [Datum] nichtig ist» (vgl. Prax-



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

Komm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 58; erdenklich ist auch das folgende Rechtsbegehren: «Es sei festzustellen, dass der Beklagte [infolge Erbunwürdigkeit] von der Erbschaft des Erblassers ... als Erbe [oder Vermächtnisnehmer] ausgeschlossen ist», vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 109).

- dass die Feststellung der Nichtigkeit «hier» dieselben Wirkungen wie die gerichtliche Ungültigkeitserklärung habe (vgl. BGE 132 III 315, E. 2.3).

Dies bedeutet, dass trotz eines – an sich richtigen – Feststellungsbegehrens, wonach der Beklagte von der Erbschaft des Erblassers als Erbe oder Vermächtnisnehmer ausgeschlossen ist (vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 109), es aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchaus möglich ist, dass das urteilende Gericht festhalten wird, dass die Aufhebungswirkung bestehen bleibt. Die Beseitigung der Aufhebungswirkung ist – gemäss BGE 132 III 315, E. 2.1 – nur mittels Ungültigkeitsklage zu erreichen, was letztlich zur Folge hat, dass Erbunwürdigkeit und Ungültigkeit kumulativ (oder eben nur Ungültigkeit) gegeben sein muss. Es liegt auf der Hand, dass diese Rechtsprechung letztlich nicht überzeugt, zumal im Ergebnis eine nichtige Verfügung gleichsam noch für ungültig erklärt werden müsste. Nichtige Verfügungen entfalten aber überhaupt keine rechtlichen Wirkungen, «sondern es gilt die im OR als Nichtigkeit bezeichnete Rechtsfolge der gänzlichen Unbeachtlichkeit» (DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5.A., Bern 2002, § 12 Rz 59), weshalb sie bei Lichte betrachtet auch einem Wiederaufleben einer früheren Verfügung nicht entgegenstehen können. Eine nichtige Verfügung hat demnach auch keine Aufhebungswirkung mehr; die bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheint nicht stichhaltig.

Damit wird im Ergebnis besagt, dass ein aus einem älteren Testament Begünstigter nicht Erbe wird, obwohl das jüngere Testament (zugunsten einer erbunwürdigen Person) nichtig ist (aber dennoch eine Aufhebungswirkung hat). Es ist offensichtlich, dass dies nicht befriedigend sein kann. Wenn dem so ist, muss letztlich faktisch ein Kläger die Berufung auf Erbunwürdigkeit ausser Betracht lassen und könnte nur noch die Klagegründe der Ungültigkeitsklage anrufen; auch in diesem Falle müsste er befürchten, dass der Prozess letztlich ihm keinen Vorteil verschafft, zumal die Erbunwürdigkeit vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 45 und 55; BGE 132 III 315, E. 2.2 und BGE 132 III 305, E. 3.3).

Aufgrund dieser (in sich widersprüchlichen) Rechtsprechung erscheint der Klagegrund der Erbunwürdigkeit unberechenbar. Zudem gestaltet sich die Formulierung der Rechtsbegehren bei Geltendmachung von Erbunwürdigkeit und Ungültigkeits-

gründen als sehr diffizil, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einer früheren Verfügung ableitet. Es ist für einen Kläger kaum vorzusehen, wie ein Gericht letztlich entscheiden wird.

5. Das im Entscheid «Kontaktanzeige» vorgebrachte klägerische Begehren auf Feststellung, wonach die Beklagte von der Erbschaft des Erblassers als Erbe oder Vermächtnisnehmer ausgeschlossen ist, erscheint überzeugend (und allenfalls angebrachter als die Feststellung, wonach das Testament [oder eine einzelne Anordnung] nichtig sei). Regelmässig folgen auf diesen Antrag Gestaltungsbegehren betreffend die Ungültigkeit der Verfügung (Art. 519 ff. ZGB) sowie allenfalls Leistungsbegehren betreffend Herausgabe von Nachlassgegenständen (Erbchaftsklage i.S.v. Art. 598 ff. ZGB) als objektive Klagenhäufung (vgl. etwa BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 115; ABT, Ungültigkeitsklage, 36 f.).

Je nach konkretem Anwendungsfall kann es auch angezeigt sein, primär Ungültigkeitsklage und eventualiter Erbunwürdigkeit geltend zu machen (so etwa in BGE 132 III 305 ff. und 132 III 315 ff. sowie BGer., 5A\_727/2009). Eine allgemeingültige, abschliessende Beurteilung oder Empfehlung kann demnach kaum abgegeben werden.

### III. Zum Streitwert

1. Bei der Ungültigkeitsklage ergibt sich der Streitwert nach verbreiteter Auffassung aus dem Betrag, welcher dem obsiegenden Kläger aus der Gutheissung der Klage zukommen würde (vgl. PraxKommTARNUTZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 55 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 19; ABT, Ungültigkeitsklage, 195).

2. In einem jüngeren Entscheid hat das BGer. festgestellt, dass bei eventueller Klagenhäufung (wie in casu: Ungültigkeitsklage, eventuell Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit) heute kein unbestrittener Prozessrechtsgrundsatz mehr besteht, dass ausschliesslich das Hauptbegehren den Streitwert bestimmt. Vielmehr wird angenommen, dass bei einer Klage mit Haupt- und Eventualbegehren der Anspruch mit dem höheren Streitwert massgebend ist, d.h. gegebenenfalls also das Eventualbegehren den Streitwert bestimmt (vgl. BGer., 5A\_727/2009, E. 4.2., m.w.H.).

3. Bei der Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit ist gemäss BGer. zu beachten, dass – im Unterschied zur Ungültigkeit, die nur zwischen den Prozessparteien wirkt – der beklagte Erbe mit Wirkung für alle anderen Erben als Erbe ausscheidet; dieser Anteil des zugunsten aller anderen Erben aussch-

denden ist gemäss BGer. der Streitwertberechnung zugrunde zu legen (vgl. BGer., 5A\_727/2009, E. 4.3, mit Verweis auf BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O., Rz. 107).

### C. Fazit

Vorab ist festzustellen, dass die beiden hier diskutierten Entscheide aus der II. zivilrechtlichen Kammer (3er-Gericht) stammen. Die Präsidialfunktion wurde indes von unterschiedlichen Personen wahrgenommen; ansonsten waren die beiden Richter und sogar der Gerichtsschreiber identisch.

Die ähnlich gelagerten Entscheide BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. stammen ebenfalls aus der II. zivilrechtlichen Kammer, wobei ein 5er-Gericht tagte; die personelle Besetzung (inkl. Gerichtsschreiber) entsprach zumindest teilweise den hier diskutierten Entscheiden.

Dennoch kann den gegenübergestellten Entscheiden in vielen Wertungsfragen eine fundamental andere Grundhaltung entnommen werden. Ob dies mit der von der Doktrin geäusserten Kritik an BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. zusammenhängt, mag offen bleiben. Allenfalls mag dem BGer. auch der Erblasser weniger schutzwürdig erschienen haben, zumal er – aufgrund des eingangs erwähnten Inserates – im Sinne eines Selbstverschuldens einen stossenden Zustand herbeigeführt hat.

In der Vergangenheit wurde vom BGer. bekanntlich

- Urteilsunfähigkeit eines Verbeiständeten trotz einer öffentlichen letztwilligen Verfügung (vgl. BGE 124 III 5 ff.) angenommen,
- auf Erbunwürdigkeit eines begünstigten Anwalts (vgl. BGE 132 III 305 ff. und 315 ff.) erkannt, beziehungsweise
- Sittenwidrigkeit einer Schenkung wegen Standeswidrigkeit nicht ausgeschlossen (vgl. BGE 132 III 455 ff.).

Entgegen diesen massgeblichen (und amtlich publizierten) Urteilen kann aus den Entscheiden «Kontaktanzeige» und «Morphium» heraus gespürt werden, dass das Umstossen einer erbrechtlichen Begünstigung per se äusserst schwierig sein soll (vgl. auch die diesbezüglichen Bemerkungen von HRUBESCH-MILLAUER in AJP 2009, 1337 ff. und AJP 2010, 241 ff.). Dies gilt insbesondere und offensichtlich auch dann, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der «für jeden prima-vista-Betrachter stinkt». Im Wesentlichen will scheinen, dass eine getroffene Verfügung allenfalls (noch) umgestossen werden kann, wenn ein Berufsträger begünstigt wurde (vgl. jedoch BGer., 4A\_394/2009, wo eine namhafte Schenkung an einen Anwalt [USD 1 Mio. aus einem Vermö-

gen von USD 500 Mio.] als rechtmässig qualifiziert wurde; befremdlicherweise hat sich das BGer. in der massgebenden E. 3.5 mit seiner bisherigen einschlägigen Rechtsprechung kaum bzw. mit der Doktrin überhaupt nicht auseinandergesetzt).

Im Entscheid BGer., 5A\_748/2008 («Kontaktanzeige») wurden denn auch sämtliche erdenklichen Ansatzpunkte, welche von der Klägerin vorgebracht wurden (insbesondere beim Klagegrund der Urteilsunfähigkeit), negiert.

So wurde vom BGer. u.a. postuliert, dass bei einer partiellen Urteilsunfähigkeit keine Beweislastumkehr Platz greifen kann. Diese apodiktische Aussage erscheint insbesondere für Fälle, denen erbschleicherische Machenschaften zugrunde liegen, die – wie so oft – zu Abhängigkeitsverhältnissen führen, problematisch. Der Kläger wird gleichsam gezwungen, das Abhängigkeitsverhältnis totzuschweigen, ansonsten per se eine Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt ist.

Stossend und unhaltbar erscheint m.E. die Meinung des BGer., dass «es keine übermässige Abhängigkeit bedeutet, wenn ältere Menschen in einer mehrjährigen Beziehung ausharren müssen, weil sie befürchten, in ihrem fortgeschrittenen Alter keinen oder nur mehr schwer einen neuen Partner zu finden, und ihre Widerstandsfähigkeit ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil es auch im Alter Lebenssituationen geben kann, in denen kein oder nur mehr ein beschränkter Handlungsspielraum besteht und man folglich für das, was man bekommen will, bezahlen muss, was gefordert wird» (BGer., 5A\_748/2008 [«Kontaktanzeige»], E. 4.5). Damit wird einerseits zum Ausdruck gebracht, dass ein gewisses Mass an Abhängigkeit ohnehin zum Alter gehört. Andererseits wird gleichsam dargelegt, dass es aus höchstrichterlicher Sicht alltäglich und unproblematisch ist, dass betagte Personen für zwischenmenschliche Kontakte und Betreuung etc. mehr bezahlen müssen als andere Personen (respektive dass betagte Personen gar das bezahlen müssen, «was gefordert wird» – und nicht etwa das, was objektiv angebracht ist!). Ein solches Verständnis erscheint – gelinde gesagt – bedenklich.

Das BGer. hat schliesslich die Parallelität zu BGE 132 III 305 ff. und 315 ff. verneint und die Erbunwürdigkeit negiert. Dies, obwohl auch im Entscheid «Kontaktanzeige» höchst fragwürdige Machenschaften vorlagen und die begünstigte Person Kenntnis von der Verfügung hatte (wobei eingeräumt werden muss, dass es sich im hier besprochenen Entscheid nicht um eine «klassische» Vertrauensperson [mit einem Vertrauensverhältnis, welches einen beruflichen Ursprung hat] handelt). Es will scheinen, dass Erbunwürdigkeit gemäss Art. 540 ZGB allenfalls noch vorliegen kann, wenn der Be-



## «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?

günstigte (ursprünglich) in einem beruflichen Vertrauensverhältnis zum Erblasser stand.

Nach hier vertretener Auffassung muss demnach die Meinung, wonach Vertrauenspersonen «die würdigsten Erben» sind (vgl. BREITSCHMID, Standort und Zukunft des Erbrechts, in: *successio* 2009, 176 ff., 205, FN 102) kritisch hinterfragt werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich die bisherigen Entscheide betreffend Zuwendungen an Vertrauenspersonen (namentlich BGE 124 III 5 ff., 132 III 305 ff. und 315 ff.

sowie 132 III 455 ff.) nunmehr nicht als Stolper- statt Meilensteine erweisen.

Insgesamt erscheint folglich die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Fällen, «die für jeden prima-vista-Betrachter stinken» als inkonsistent, was Rechtsunsicherheit bewirkt. Das Prozess- und Kostenrisiko ist jeweils enorm, sodass oftmals vernünftigerweise von einem Vorgehen als Kläger abgesehen werden muss. Es ist zu befürchten, dass damit letztlich der Erbschleicherei Tür und Tor geöffnet wird.