



Demenz im Erbrecht

Praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung und Prozessführung

JULIA BLATTNER*

Das Thema Demenz ist im erbrechtlichen Alltag längst angekommen und beschäftigt Gerichte, Notare und Anwälte gleichermaßen. Dabei steht bei Demenz im erbrechtlichen Kontext i.d.R. die Frage im Zentrum, ob eine demenzkranke Person noch verfügen kann bzw. konnte. Die Beantwortung dieser Frage ist allerdings nicht das Ergebnis einer mathematischen Berechnung, sondern bedarf auch mit Blick auf die Relativität der Urteilsfähigkeit einer Einzelfallbeurteilung, was u.U. grosse Schwierigkeiten bereiten kann. Bei der Nachlassplanung gilt es deshalb insbesondere zu prüfen, welche Vorkehrungen zu Lebzeiten unternommen werden können, damit die Verfügung von Todes wegen einer allfälligen Anfechtung möglichst Stand hält. Bei der Prozessführung ergeben sich auf der anderen Seite vor allem für den Anfechtungskläger im Rahmen der Beweisführung verschiedene Herausforderungen, wie u.a. der Zugang zu medizinischen Unterlagen. Der vorliegende Beitrag soll dazu beitragen, praxisrelevanten Aspekten mit Demenzbezug, die sich bei der Nachlassplanung und/oder der Prozessführung stellen, adäquat zu begegnen.

Le thème de la démence est entré depuis longtemps dans le quotidien du droit des successions et occupe à la fois les tribunaux, les notaires et les avocats. Dans le contexte du droit successoral, la question centrale est en général de savoir si la personne atteinte de démence peut ou pouvait encore valablement disposer. La réponse à cette question n'est toutefois pas le résultat d'un calcul mathématique, mais requiert une appréciation au cas par cas compte tenu du caractère relatif de la capacité de discernement, ce qui ne va pas forcément sans difficulté. Lors de la planification successorale, il convient dès lors d'examiner quelles mesures peuvent être prises de son vivant pour parer à une éventuelle contestation des dispositions pour cause de mort. D'autre part, en cas de procès, celui qui attaque les dispositions pour cause de mort doit faire face à certaines contraintes lors de l'administration des preuves, notamment s'il souhaite obtenir l'accès au dossier médical. Le présent article entend contribuer à offrir des réponses adéquates aux aspects pratiques associés à la démence qui peuvent se poser lors de la planification successorale et/ou de la conduite d'un procès.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Die Praxisrelevanz für das Erbrecht
 - B. Begriffsbestimmung
 - C. Verlauf einer Demenzerkrankung
 - D. Diagnostik
 1. Zeitpunkt, Ort und Ablauf der Demenzdiagnostik
 2. Neuropsychologische Testinstrumente
- II. Praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung
 - A. Verfügungsfähigkeit bei Demenz
 - B. Relativität der Urteilsfähigkeit
 1. In zeitlicher Hinsicht
 2. In sachlicher Hinsicht
 - C. Prüfung der Verfügungsfähigkeit
 - D. Lebzeitige Vorkehrungen im Rahmen der Nachlassplanung
 1. Aus Sicht des Erblassers
 2. Aus Sicht der potenziellen Erben bzw. Begünstigten
 3. Aus Sicht der Urkundsperson
- III. Praxisrelevante Aspekte zur Prozessführung
 - A. Erbrechtliche Klagen bei Demenz (Übersicht)
 - B. Vorgehen bei Demenzverdacht im Rahmen der Prozessführung
 - C. Demenz und Beweis
 1. Beweisgegenstand und Beweismass
 2. Beweismittel
 3. Beweislast
- D. Stolpersteine in der Praxis inkl. Lösungsansätze
 1. Stolperstein 1: Der Erblasser verstirbt ohne Demenzdiagnose
 2. Stolperstein 2: Der Zugang zu medizinischen Informationen wird verwehrt
 3. Stolperstein 3: Der behandelnde Arzt stellt kein Entbindungsgesuch
 4. Stolperstein 4: Es sind keine Informationen und/oder Unterlagen vorhanden
 5. Stolperstein 5: Das Testament ist öffentlich beurkundet
 6. Stolperstein 6: Der Erblasser war verbeiständet
 7. Stolperstein 7: Umgang mit der Ungewissheit, wann die Beweislast kippt
- IV. Sonderfragen
 - A. Internationale Verhältnisse
 - B. Demenzklauseln
- V. Rechtsprechungsübersicht
- VI. Fazit

* JULIA BLATTNER, MLaw, Rechtsanwältin, ThomannFischer, Rechtsanwälte und Notare, Basel. Schriftliche und ergänzte Fassung des entsprechenden Referats an der St.Galler Erbrechtstagung 2021 (gehalten am 30. November 2021 in Luzern; die PowerPoint-Präsentation ist verfügbar unter <https://www.thomannfischer.ch/de/anwaelte/publikationen/julia-blattner.html> [Abruf 26.9.2022]).

Die Autorin bedankt sich bei Daniel Abt, Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, ThomannFischer, Rechtsanwälte und Notare, Basel, für die kritische Durchsicht dieses Beitrages und die wertvollen Anregungen.

I. Einleitung

A. Die Praxisrelevanz für das Erbrecht

Die schweizerische Bevölkerung wird immer älter und es wird zukünftig auch immer mehr ältere Menschen geben.¹ Das hat grosse Auswirkungen auf die Verbreitung der Alterskrankheit Demenz: Gemäss einer kürzlich publizierten Studie der *GBD 2019 Dementia Forecasting Collaborators* werden sich die dementiellen Erkrankungen bis ins Jahre 2050 weltweit knapp verdreifachen.² Leben in der Schweiz gemäss Schätzungen derzeit ca. 150'000 Menschen mit Demenz, wären es entsprechend dieser Studie im Jahre 2050 bereits 450'000 demenzkranke Menschen.³

Die Praxisrelevanz von Demenz wird somit enorm zunehmen, was auch für den erbrechtlichen Alltag von Bedeutung ist. Denn einerseits kommt es in der Praxis relativ häufig vor, dass gerade alleinstehende und kinderlose Personen im hohen Alter mit Blick auf das bevorstehende Ableben noch Verfügungen treffen wollen.⁴ Andererseits zeigt die Statistik zu den Todesfällen in der Schweiz klar, dass die meisten Menschen erst im Alter von 80 Jahren und aufwärts versterben.⁵ Deshalb kann sich auch bei der Prozessführung häufig ein Demenzverdacht ergeben, zumal Ungültigkeitsklagen wegen Verfügungsunfähigkeit in der erbrechtlichen Gerichtspraxis bereits heute überproportional oft vorkommen.⁶

¹ Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, Monitoring der Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2020–2050, Vergleiche zwischen den Beobachtungen und den Vorausschätzungen der Szenarien, Neuenburg 2021, 1 ff., 4.

² Interessanterweise sind Frauen deutlich stärker von Demenz betroffen als Männer, vgl. *GBD 2019 Dementia Forecasting Collaborators*, Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050: an analysis for the Global Burden of Disease Study 2019, *THE LANCET Public Health*, 6. Januar 2022, 1 ff., 1, Internet: [https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667\(21\)00249-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667(21)00249-8/fulltext) (Abruf 26.9.2022).

³ Vgl. SAMW, Medizin-ethische Richtlinien – Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis, genehmigt am 29. November 2018, 1 ff., 5.

⁴ So ausdrücklich BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 10, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch II*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser); gl.M. BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, *Habil.* Basel 2016, Zürich 2017, N 449; STEPHAN WOLF/ANNA LEA SETZ, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, Bern 2012, 23 ff., 31.

⁵ Vgl. Bundesamt für Statistik, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle/todesfaelle.html> (Abruf 26.9.2022).

⁶ Vgl. REGINA AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, *successio* 2012, 4 ff., 13. Demenz ist zudem mutmasslich eine der statistisch häufigsten Ursachen für fehlende

Ob bei der Nachlassplanung oder bei der Nachlassabwicklung bzw. Prozessführung stellt sich bei Demenzverdacht oder bestätigter Demenzdiagnose die Kernfrage, ob eine demenzkranke Person noch über ihr Vermögen bzw. ihren dereinstigen Nachlass verfügen kann bzw. konnte.

B. Begriffsbestimmung

Betagte Menschen werden im Alter oft als fähig oder vergesslich wahrgenommen, was aber nicht zwingend auf eine Erkrankung zurückzuführen sein muss. Vielmehr kann das auch Ausdruck des normalen altersbedingten Abbaus der geistigen Leistungsfähigkeit sein.⁷

Eine Demenz hingegen hat immer einen pathologischen Hintergrund, wobei es nicht die «eine Demenz» gibt.⁸ Vielmehr ist Demenz ein Oberbegriff für verschiedene neurodegenerative oder vaskuläre Hirnerkrankungen.⁹ Diesen Hirnerkrankungen ist gemein, dass kognitive Störungen in verschiedenen Bereichen (wie insbesondere Aufmerksamkeits- und Exekutivfunktionen, Lernen und Gedächtnis, Sprache und motorische Funktionen) auftreten, die betroffene Person durch diese Störungen in ihren täglichen Aktivitäten beeinträchtigt ist und Verhaltensstörungen auftreten.¹⁰

Die weltweit häufigste Form von Demenz ist die Alzheimerkrankheit. Es gibt aber auch andere Demenzformen wie die Lewy-Body-Demenz, die Parkinson-Demenz oder auch die vaskuläre Demenz. Sodann können bspw. auch ein chronischer Alkoholüberkonsum oder ein Vitamin-B12-Mangel zu einer Demenz führen.¹¹

Urteilsfähigkeit bzw. Testierfähigkeit, m.w.H. EUGEN BUCHER/REGINA AEBI-MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die natürlichen Personen*, Art. 11–19d ZGB, Bern 2017 (zit. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER), Art. 16 ZGB N 54; PAUL EITEL, *Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen*, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 271 ff., 279 f.

⁷ M.w.H. IRENE BOPP-KISTLER, *demenz., Fakten, Geschichten, Perspektiven*, 2. A., Zürich 2016, 14 ff.; ANDREAS U. MONSCH, *Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz*, Bern 2012, 1 ff., 7 f.

⁸ Die Autorin als *Nichtmedizinerin* massiert sich nicht an, das Thema Demenz auf medizinischer Ebene vollumfänglich zu erfassen, sondern versucht im Rahmen dieses Beitrags lediglich, die medizinischen Begriffe wiederzugeben.

⁹ Vgl. BOPP-KISTLER (FN 7), 31 ff. und 48 ff.; siehe auch gemäss ICD-Klassifikation ICD-10 F00 bis F03, Internet: <https://www.icd-code.de/icd/code/F00-F09.html> (Abruf 26.9.2022).

¹⁰ Vgl. SAMW (FN 3), 7; so auch MONSCH (FN 7), 8 ff.

¹¹ Statt aller: BOPP-KISTLER (FN 7), 31 ff.

C. Verlauf einer Demenzerkrankung

In der Regel verläuft eine Demenz fortschreitend (teilweise schleichend, teilweise schubweise), was bedeutet, dass die kognitiven Fähigkeiten kontinuierlich abnehmen. Eine Besserung bzw. Heilung ist nicht zu erwarten.¹² Dennoch können die geistigen Fähigkeiten bspw. aufgrund allfälliger Nebenwirkungen von Medikamenten innerhalb eines Tages etwas schwanken. Gemäss der neuropsychologischen Literatur sind kurzfristige Phasen der geistigen Klarheit, sog. *luzide Intervalle*, allerdings so gut wie ausgeschlossen.¹³

Zwar können Symptome und Begleiterscheinungen der Demenzerkrankung mit Medikamenten gemildert werden, die Medizin forscht aber weiterhin (mit eher mässigem Erfolg) nach einem wirklichen Heilmittel, welches auch den kognitiven Abfall aufhält.¹⁴

Je nachdem, wie stark die betroffene Person in ihrem Alltag eingeschränkt ist, werden drei verschiedene Demenzstadien unterschieden:¹⁵

- Bei der *leichten Demenz* kann sich die betroffene Person noch adaptieren, weshalb die Erhaltung der Selbstständigkeit im Vordergrund steht. Die demenzkranke Person nimmt ihren kognitiven Leistungsabfall allerdings häufig noch selber wahr, was sehr belastend sein kann.

- Bei der *mittelschweren Demenz* benötigt die betroffene Person bereits mehr Unterstützung und kann ihren Alltag nicht mehr vollumfänglich alleine meistern.
- Bei der *schweren Demenz* ist die betroffene Person in (fast) allen täglichen Aktivitäten auf Unterstützung angewiesen. Sie erkennt ihre Angehörigen zudem meist nicht mehr und kann nur noch minimal kommunizieren.

D. Diagnostik

1. Zeitpunkt, Ort und Ablauf der Demenzdiagnostik

Oft leiden Betroffene in einer frühen Phase der Demenz sehr darunter, dass sie sich ihre Aussetzer im Alltag nicht erklären können. Eine Demenzdiagnose wird deshalb mitunter auch als Erleichterung empfunden.¹⁶ Eine frühzeitige Diagnose kann deshalb helfen, die Lebensqualität des Betroffenen zu erhöhen.¹⁷

Erste Anlaufstelle ist dabei häufig der Hausarzt, welcher den Patienten u.U. an Fachärzte bzw. Spezialkliniken (insbesondere Memory Clinic) weiterverweist.¹⁸

Eine Demenz-Diagnostik beginnt i.d.R. mit einem Arztgespräch zur Eigenanamnese des Patienten.¹⁹ Häufig ist es auch angebracht, eine Fremdanamnese bei Angehörigen (u.U. nicht in Anwesenheit des Patienten) durchzuführen. Daran anschliessend erfolgt eine körperliche Untersuchung inkl. Blutbild, auch um andere körperliche Ursachen für die demenztypischen Symptome auszuschliessen. Nach dieser Anamneseerhebung gelangen die bekannten *neurologischen Testinstrumente* (v.a. MMS-Test, Uhrentest etc., vgl. dazu I.D.2. unten) zur Anwendung. Bei Verdacht auf eine Hirnleistungsstörung ist es angebracht, auch die bildgebende Diagnostik (MRI oder PET) einzusetzen.²⁰ All diese Diagnoseverfahren können wichtige Erkenntnisse für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit liefern.

2. Neuropsychologische Testinstrumente

Die sog. *neuropsychologischen Testinstrumente* ermöglichen eine objektive Messung der Hirnleistung und kom-

¹² M.w.H. BOPP-KISTLER (FN 7), 14 ff.; MONSCH (FN 7), 9 f.; so auch DANIEL ABT, Der mit dem Erblasser in eingetragener Partnerschaft lebende «Stallbursche» ist kein Erbschleicher; das notarielle Testament zu seinen Gunsten ist auch nicht ungültig, *successio* 2021, 307 ff., 313.

¹³ M.w.H. DANIEL ABT/JULIA BLATTNER, Art. 467–468 ZGB N 20, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2023 (die Autorin zitiert in der vorliegenden Publikation bereits die 4. Auflage des CHK, welche voraussichtlich im Januar 2023 erscheint) (zit. CHK-ABT/BLATTNER); so auch für die neuere deutsche Rechtsprechung OLG Hamburg, Nr 2 W 63/2017, 20.2.2018, E. 3b.gg; AEBI-MÜLLER (FN 6), 25 ff.

¹⁴ In den USA wurde im Jahre 2021 das Medikament *Aduhelm* für Alzheimer zugelassen, welches angeblich den Leistungsabbau aufhalten und die kognitiven Fähigkeiten gar verbessern soll. In der EU ist die Zulassung allerdings gescheitert, da nach Einschätzung der Arzneimittelbehörde EMA die Wirksamkeit nicht nachgewiesen werden konnte, Internet: <https://www.alzheimer-forschung.de/forschung/aktuell/aducanumab/> (Abruf 26.9.2022); m.w.H. zu therapeutischen Möglichkeiten BOPP-KISTLER (FN 7), 220 ff. und 465 ff.

¹⁵ M.w.H. MONSCH (FN 7), 10; ANDREAS U. MONSCH ET AL., Konsensus 2012 zur Diagnostik und Therapie von Demenzkranken in der Schweiz, *Praxis* 2012, 1239 ff., 1240; SAMW (FN 3), 8; SARA SOMMER, Testierfähigkeit von Demenzkranken, Unter besonderer Berücksichtigung der Komplexität des Testaments, *AJP* 2020, 491 ff., 492.

¹⁶ M.w.H. BOPP-KISTLER (FN 7), 23 ff.

¹⁷ Vgl. SAMW (FN 3), 17.

¹⁸ M.w.H. BOPP-KISTLER (FN 7), 39 ff.; vgl. auch SAMW (FN 3), 17; SACHA BECK, Hausärztliche Abklärung der Testierfähigkeit bei Menschen mit kognitiven Einschränkungen, *Der informierte Arzt*, 2/2022, 16 ff., 16; MONSCH ET AL. (FN 15), 1240 ff.

¹⁹ M.w.H. zum Diagnosegespräch siehe BOPP-KISTLER (FN 7), 23 ff.

²⁰ Vgl. SAMW (FN 3), 17 f.

men deshalb bei Demenzverdacht fast immer zur Anwendung.²¹ Im (erb)rechtlichen Kontext darf allerdings nicht vergessen werden, dass solche Tests keine direkte Aussage zur Urteilsfähigkeit einer Person zulassen; hierfür bedarf es stets noch einer rechtlichen Beurteilung.²²

Der verbreitete Screeningtest bei Demenzverdacht ist der sog. Mini-Mental-Status-(MMS-)Test (im Englischen *Mini Mental State Examination [MMSE]*). Der MMS-Test umfasst insbesondere Fragen zu den Bereichen der zeitlichen und örtlichen Orientierung, der Merkfähigkeit und des Kurzzeitgedächtnisses sowie der Sprache und dem Textverständnis. Damit kann innert kurzer Zeit eine erste Einschätzung der kognitiven Fähigkeiten vorgenommen werden. Maximal können bei diesem Test 30 Punkte erzielt werden, wobei ein Wert von unter 26 Punkten ein deutlicher Hinweis auf eine Demenzerkrankung ist und weitere Abklärungen folgen sollten.²³ Der MMS-Test kann bzw. sollte regelmässig wiederholt werden, um der kontinuierlichen Entwicklung von Demenz Rechnung zu tragen.²⁴ Interessanterweise zeigen Alzheimer-Patienten gemäss MONSCH, der Bezug nimmt auf die Daten der Memory Clinic des Universitätsspitals Basel, beim MMS-Test eine jährliche Abnahme von 2 Punkten.²⁵

Die Auswertung des MMS-Tests ist schweizweit einheitlich. Im Einklang mit MONSCH wird für den vorliegenden Beitrag die folgende Einstufung als überzeugend erachtet²⁶:

- 27-30 Punkte: Keine Demenz;
- 20-26 Punkte: Leichte Demenz;
- 10-19 Punkte: Mittelschwere Demenz;
- ≤ 9 Punkte: Schwere Demenz.

²¹ Vgl. MONSCH (FN 7), 11 ff.; so auch CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20a.

²² M.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung PETER BREITSCHMID, Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähigkeit des Urteilsunfähigen, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit: Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014, 91 ff., 98 f.; siehe auch AEBI-MÜLLER (FN 6), 11; NICOLAS VON WERDT, Prüfung der Urteilsfähigkeit des Testators durch den Notar, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress, Bern 2015, 15 ff., 19.

²³ A.M. FRANK TH. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008, N 393, der allerdings erst bei einem Ergebnis unter 23 Punkten von einem Demenzverdacht ausgeht.

²⁴ So FRANK URBANIOK, Testierfähigkeit bei komplexen Rechtsgeschäften, Wissenschaftliche Grundlagen und Fehlerquellen bei der Beurteilung, unter besonderer Berücksichtigung von Demenzerkrankungen, AJP 2021, 306 ff., 324, der davon spricht, dass «*punktuell, inselartige Beurteilungen*» verfehlt seien.

²⁵ M.w.H. MONSCH (FN 7), 11 f.

²⁶ MONSCH (FN 7), 11 f.

Ein weiterer wichtiger Screeningtest ist der Uhrentest, welcher i.d.R. zusammen mit dem MMS-Test durchgeführt wird. Andere häufige neuropsychologische Tests sind sodann die Testbatterie CERAD-NP/CERAD-Plus, der *Informant Questionnaire on Cognitive Decline in the Elderly* (IQCODE) und der Montreal-Cognitive-Assessment (MoCA)-Test.²⁷

II. Praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung

A. Verfügungsfähigkeit bei Demenz

Bei der Nachlassplanung steht bei einer Verfügungswilligen Person mit Demenzverdacht die Frage im Vordergrund, ob diese noch verfügen kann, d.h. Verfügungsfähig ist.

Verfügungsfähigkeit bedingt sowohl bei der letztwilligen Verfügung als auch beim Erbvertrag u.a. die *Urteilsfähigkeit* des Erblassers (vgl. Art. 467 und Art. 468 Abs. 1 ZGB).²⁸ Beim Erbvertrag ist bei Personen unter Beistandschaft zudem u.U. die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.²⁹

Urteilsfähig ist gemäss Art. 16 ZGB, wem nicht wegen des Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Die Urteilsfähigkeit ist entweder gegeben oder nicht («*Alles-oder-nichts-Prinzip*»).³⁰ Eine Demenzerkrankung hat – je nach Schweregrad – mehr oder weniger starke Auswirkungen auf die intellektuellen Fähigkeiten der be-

²⁷ M.w.H. PETERMANN (FN 23), N 376 ff.; m.w.H. zu den Testverfahren siehe Memory Clinic des Universitätsspitals Basel, Internet: <https://www.memoryclinic.ch/de/main-navigation/neuropsychologen/weitere-testverfahren/> (Abruf 26.9.2022).

²⁸ Wohingegen die Volljährigkeit bei Demenzkranken i.d.R. keine Probleme darstellt; vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 6 f.

²⁹ Die Zustimmung ist nur bei Personen unter einer umfassenden Beistandschaft oder einer Mitwirkungsbeistandschaft, welche den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, erforderlich, vgl. JÜRIG SCHMID, Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, *successio* 2018, 299 ff., 301; BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 5.

³⁰ Vgl. auch die von der SAMW vorgeschlagenen vier Kriterien der Urteilsfähigkeit, SAMW, Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis, genehmigt am 29. November 2018, 1 ff., 8, Internet: <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Beurteilung-der-Urteilsfaehigkeit.html> (Abruf 26.9.2022); sowie die Formel von PETER MAX GUTZWILLER, Zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit: Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014, 121 ff., 127; siehe auch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16 ZGB N 4 und N 49 ff.

troffenen Person und kann damit auch als *psychische Störung* i.S.v. Art. 16 ZGB qualifiziert werden.³¹

Allerdings kann nicht von einer Demenzerkrankung direkt auch auf die Urteilsunfähigkeit bzw. Verfügungsunfähigkeit einer Person geschlossen werden. M.a.W. führt nicht bereits die gesundheitliche Einschränkung zur Urteilsunfähigkeit, sondern erst die rechtliche Einstufung derselben mit Blick auf die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln.³²

Es ist deshalb im Einzelfall zu bestimmen, ob eine Person in Bezug auf eine konkrete letztwillige Verfügung oder einen konkreten Erbvertrag trotz Demenz urteilsfähig ist.³³ Dabei gilt zu berücksichtigen, dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit nicht das Ergebnis einer mathematischen Berechnung ist. Es kann deshalb auch nicht von der erreichten Punktzahl im Demenz-Screeningtest direkt auf die Urteilsfähigkeit geschlossen werden.³⁴

Zudem ist eine Momentaufnahme (z.B. Beratungsgespräch bei der Urkundsperson oder einmalige Abklärung der Urteilsfähigkeit beim Hausarzt) bei demenzkranken Personen meist nicht sehr zuverlässig.³⁵ In der Praxis hat sich allerdings gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dennoch folgende *Faustregel* etabliert³⁶:

- Bei einer leichten Demenz wird die Urteilsfähigkeit i.d.R. noch bejaht;

- bei einer mittelschweren Demenz handelt es sich um einen Grenzbereich, weshalb weitere Abklärungen erforderlich sind;
- bei einer schweren Demenz ist die Urteilsfähigkeit regelmässig nicht mehr gegeben.

B. Relativität der Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit ist bekanntlich relativ und muss in Bezug auf eine *konkrete Person*, den von ihr vorgenommenen *konkreten Rechtsakt* und den *konkreten Zeitpunkt* der Vornahme gegeben sein.³⁷ Das gilt es auch bei der Nachlassplanung von demenzkranken Personen zu beachten.

1. In zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht ist insbesondere relevant, dass Demenzerkrankungen i.d.R. fortschreitend (teilweise schleichend, teilweise schubweise) verlaufen und keine Besserung bzw. Heilung zu erwarten ist.³⁸ Auch luzide Intervalle können bei Demenzpatienten ausgeschlossen werden.³⁹ Es sollte deshalb bei einer Demenzdiagnose möglichst frühzeitig mit der Nachlassplanung begonnen werden.

Dabei gilt es auch zu beachten, dass in der Praxis zwischen dem Entwurf einer Verfügung von Todes wegen (sog. *Willensbildungsphase* oder *Beratungsphase*) und der eigentlichen Umsetzung (sog. *Realisationsphase*) mehrere Wochen bzw. Monate vergehen können. In dieser Zeit können die kognitiven Fähigkeiten der dementen Person jedoch weiter abnehmen.⁴⁰ Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Urteilsfähigkeit in beiden Phasen gegeben sein muss.

Beim *eigenhändigen Testament*, welches möglicherweise über mehrere Wochen niedergeschrieben wird, genügt m.E. Urteilsfähigkeit beim Abschluss des Testaments, selbst wenn die Möglichkeit besteht, dass die Urteilsfähigkeit nicht über den gesamten Zeitraum der Niederschrift vorgelegen hatte.⁴¹

Bei der *öffentlichen letztwilligen Verfügung* und auch beim *Erbvertrag* ist hingegen Urteilsfähigkeit in beiden

³¹ Vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), BBl 2006 7001 ff., 7043; so auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N 26, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); ISABEL BAUR/CRISTINA GONÇALVES/MARC WOHLWEND, Demenz, Urteilsfähigkeit und Sterbewunsch, Jusletter vom 27.8.2018, 1 ff., 3 f.; TITUS HELL, Die Testierfähigkeit und deren Beweis, Zürich/Basel/Genf 2022, N 62; MONSCH (FN 7), 9 f.

³² M.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung BREITSCHMID (FN 22), 98 f.; siehe auch AEBI-MÜLLER (FN 6), 11; BAUR/GONÇALVES/WOHLWEND (FN 31), 4 f.

³³ Vgl. BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 26; MONSCH (FN 7), 13.

³⁴ So haben Studien gezeigt, dass der MMS-Test die Urteilsfähigkeit gar nicht richtig erfassen kann, wohingegen das sog. «U-Doc-Formular» explizit für die Evaluation und Dokumentation der Urteilsfähigkeit eingesetzt werden kann, m.w.H. SAMW (FN 30), 25 f.; AEBI-MÜLLER (FN 6), 8 f., schlägt zudem vor, auch die emotionale Situation des Testators zu berücksichtigen; vgl. auch BREITSCHMID (FN 22), 103.

³⁵ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 8 f.

³⁶ Vgl. Rechtsprechungsübersicht in BGer, 5A_272/2017, 7.11.2017, E. 5.3, sowie bei PraxKomm Erbrecht-ZEITER, Art. 467 ZGB N 27, Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm Erbrecht-Verfasser); siehe auch BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 26; CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20a; SOMMER (FN 15), AJP 2020, 493; URBANIOK (FN 24), AJP 2021, 307.

³⁷ Statt vieler: BGE 124 III 5 E. 1a; BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 34.

³⁸ Vgl. insbesondere URBANIOK (FN 24), AJP 2021, 313 f.; so auch CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20a.

³⁹ Vgl. CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20; VON WERDT (FN 22), 24.

⁴⁰ Vgl. URBANIOK (FN 24), AJP 2021, 313 f.

⁴¹ Gl.M. SEILER (FN 4), N 466 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 7a.

Phasen erforderlich, d.h. im Zeitpunkt der Beratung als auch im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung, wobei die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Rahmen der Beratung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung höher sind.⁴²

Tritt die Urteilsunfähigkeit nach Errichtung der Verfügung ein, so ist sie hingegen ohne Belang.⁴³

2. In sachlicher Hinsicht

In sachlicher Hinsicht stellt sich die Frage, wie komplex eine Nachlassplanung sein darf, damit der demenzkranke Testator diese noch überblicken kann. Dabei gilt: Je komplexer die Nachlassplanung ausgestaltet ist, desto höhere Anforderungen werden an die Urteilsfähigkeit gestellt.⁴⁴ Nicht entscheidend ist hingegen, ob eine Anordnung *vernünftig* ist oder nicht.⁴⁵

In Bezug auf die letztwillige Verfügung hat das Bundesgericht zunächst im Leitentscheid BGE 124 III 5 festgehalten, dass das Testament «zu den eher anspruchsvolleren Geschäften»⁴⁶ zähle. In der Zwischenzeit hat aber ein gewisser Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stattgefunden und das Bundesgericht vertritt nunmehr im Einklang mit der wohl herrschenden Lehre die Auffassung, dass «ein Testament unter gewissen Umständen ein Geschäft einfacherer Natur sein»⁴⁷ könne.

Das ist richtig, kann eine Nachlassplanung doch sehr einfach oder aber äusserst komplex ausgestaltet sein. Richtig ist aber auch, dass es sich bei einer Verfügung von Todes wegen nicht um ein alltägliches Rechtsgeschäft handelt und eine solche auch nicht bloss auf momentane Überlegungen und Emotionen des Erblassers ausgerichtet ist.⁴⁸ Der Komplexitätsgrad richtet sich insbesondere danach, welche Anordnungen getroffen werden, wie

sich der Nachlass zusammensetzt und welche Tragweite die Verfügungen für den Erblasser haben.⁴⁹ So dürfte bspw. die Alleinerbeneinsetzung durch einen Erblasser ohne Pflichterben für ein flüssiges Vermögen von CHF 50'000 einfach zu überblicken sein. Eine Nacherbeneinsetzung oder auch eine Nutznießungslösung für ein Vermögen mit Liegenschaften im In- und Ausland ist hingegen bereits für nicht demenzkranke Menschen ohne juristischen Hintergrund schwer verständlich und deshalb wohl eher komplex, wenngleich für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit nicht erforderlich ist, dass der Erblasser sämtliche juristischen Feinheiten versteht.⁵⁰

C. Prüfung der Verfügungsfähigkeit

Wie bereits ausgeführt, können auch demente Personen u.U. letztwillig verfügen bzw. einen Erbvertrag abschliessen, solange sie noch urteilsfähig sind. Ob das zutrifft, prüft beim eigenhändigen Testament niemand. Der Erblasser verfügt häufig «im stillen Kämmerchen»⁵¹, ohne dass ihn jemand daran hindern könnte.

Bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung wie auch beim Erbvertrag bestehen jedoch aufgrund des Beurkundungsvorgangs gewisse *Kontrollmöglichkeiten*, einerseits durch die Urkundsperson und andererseits durch die Testamentszeugen. Allerdings verhilft die öffentliche Beurkundung einem Testament nicht per se zur *Anfechtungsresistenz*, da einer öffentlichen Urkunde mit Blick auf die Urteilsfähigkeit keine erhöhte Beweiskraft zukommt. Der Richter ist auch nicht an die Wahrnehmungen der Urkundsperson und der Zeugen gebunden. Gleichsam wird die öffentliche Beurkundung aber als ein Indiz für die Urteilsfähigkeit gewertet.⁵²

Die Urkundsperson hat vor der Beurkundung trotz Vermutung von Art. 16 ZGB zu prüfen, ob der Erblasser

⁴² So explizit BGer, 5A_12/2009, 25.3.2009, E. 4.2; mit Hinweisen zum Common Law vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), Fn 76; vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 11 f.; SEILER (FN 4), N 463 f.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 7a; VON WERDT (FN 22), 26.

⁴³ G.L.M. AEBI-MÜLLER (FN 6), 12 f.; sowie DARIO AMMANN, Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage, Zürich 2015, N 44.

⁴⁴ So AEBI-MÜLLER (FN 6), 13.

⁴⁵ Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 9; AEBI-MÜLLER (FN 6), 20 f.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 13.

⁴⁶ Vgl. BGE 124 III 5 E. 1a.

⁴⁷ So BGer, 5C.193/2004, 17.1.2005, E. 2.3.1.

⁴⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 13 f.; BETTINA LIENHARD/MICHAEL LÜDI, Schattierungen der Handlungs(un)fähigkeit und ihre Bedeutung aus Sicht des Erblassers, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 425 ff., 432; SOMMER (FN 15),

AJP 2020, 495 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 11.

⁴⁹ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 13 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 11; SEILER (FN 4), N 452 ff.; SOMMER (FN 15), AJP 2020, 495 ff.

⁵⁰ M.w.H. zu komplexen Anordnungen AEBI-MÜLLER (FN 6), 13 f.; SOMMER (FN 15), AJP 2020, 497 ff.; SEILER (FN 4), N 455; vgl. auch PETER VOSER, Testierung im Altersheim, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014, 205 ff., 228 f.

⁵¹ So AEBI-MÜLLER (FN 6), 18.

⁵² So insbesondere BGE 124 III 5 E. 1c; BGE 117 II 231 E. 2b; BGer, 5C.282/2006, 2.7.2007, E. 2.3; m.w.H. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16 ZGB N 178 ff.; vgl. auch AMMANN (FN 43), N 51, der in diesem Zusammenhang von einer erhöhten Sicherheit des öffentlichen Testaments ausgeht; VOSER (FN 50), 229 f.

verfügungsfähig ist.⁵³ Das tut sie i.d.R. im persönlichen Gespräch mit dem Testator (in einem ersten Schritt möglichst ohne Anwesenheit von Angehörigen). Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit sind weitergehende Abklärungen angezeigt: Die Urkundsperson kann im Einverständnis des Klienten bspw. nahe Angehörige und den behandelnden Arzt sowie Pflegepersonal etc. befragen.⁵⁴ Gewisse Autoren befürworten in diesem Kontext auch die Durchführung von neuropsychologischen Tests durch die Urkundsperson.⁵⁵ Das ist m.E. aber nicht sinnvoll, verfügt die Urkundsperson doch i.d.R. nicht über das nötige medizinische Fachwissen, um eine adäquate Auswertung solcher Tests vornehmen zu können.⁵⁶

In der Praxis kommt es deshalb oft vor, dass die Urkundsperson bei erheblichen Zweifeln eine Bescheinigung des Hausarztes über die Urteilsfähigkeit verlangt.⁵⁷ Das ist zwar sinnvoll, allerdings sollte eine solche Bescheinigung bestenfalls unter Berücksichtigung der konkreten Nachlassplanung erfolgen (z.B. durch Vorlegung des Entwurfs des Testaments beim Hausarzt in Absprache mit dem Klienten). Eine abstrakte bzw. allgemeine Aussage über die Urteilsfähigkeit ist hingegen weniger aussagekräftig und kann insbesondere bei sehr komplexen Anordnungen u.U. nicht genügen.⁵⁸ Bei heiklen Fällen ist darüber hinaus die Einholung eines Gutachtens bereits zu Lebzeiten angezeigt.⁵⁹

Die Urkundsperson trifft sodann eine *Beurkundungspflicht*, sie hat also grundsätzlich zu beurkunden, auch wenn trotz entsprechender Abklärungen letzte Zweifel über die Urteilsfähigkeit des Testators bestehen bleiben.⁶⁰ Denn es soll nicht die Urkundsperson sein, welche die Beurkundung verhindert und damit möglicherweise gegen ihre Beurkundungspflicht verstösst, zumal die Anforderungen an die Testierfähigkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht überspannt werden dürfen.⁶¹ Beurkundet die Urkundsperson trotz Zweifeln, schreiben kantonale Notariatsgesetze teilweise vor, dass ein entsprechender Vorbehalt in die Urkunde aufzunehmen ist.⁶² Erst bei offensichtlicher Urteilsunfähigkeit darf die Urkundsperson die Beurkundung ablehnen.⁶³ Eine endgültige Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist letztlich aber dem Richter bzw. dem Gericht überlassen.⁶⁴

Eine in der Praxis eher untergeordnete Rolle (obwohl gesetzlich vorgeschrieben) kommt den Testamentszeugen zu: Die Zeugen haben zwar auf der Urkunde zu bestätigen, dass der Erblasser ihrer Wahrnehmung nach Verfügungsfähig war (vgl. Art. 501 Abs. 2 ZGB), aber diese Zeugenerklärung gehört nicht zum Urkundeninhalt i.e.S. und hat daher keine erhöhte Beweiskraft.⁶⁵ Zudem sehen die Zeugen den Erblasser i.d.R. nur sehr kurz (insbesondere beim Selbstlesungsverfahren) und können deshalb keine verlässliche Aussage über die Verfügungsfähigkeit treffen, zumal demenzkranke Personen in einem Frühstadium der Demenz meist sehr gut darin sind, ihre Defizite vor ungeübten Beobachtern zu verstecken.⁶⁶

⁵³ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 26 f.; MARTIN BICHSEL, *Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson, successio* 2017, 284 ff., 297; SARAH GROS, *La capacité de discernement et l'activité notariale*, ZBGR 2022, 133 ff., 141 f., mit Hinweisen auf die kantonalen Gesetze; SCHMID (FN 29), 301; WOLF/SETZ (FN 4), 32, mit Hinweisen auf die bernerischen Gesetzesbestimmungen; so auch PAUL EITEL, *Neues Erbrecht ante portas – Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis / I.–III.*, in: Beat Franz/Michel Mooser (Hrsg.), *Erbrecht und Grundbuch/Succession et registre foncier*, Zürich/Basel/Genf 2021, 33 ff., 49.

⁵⁴ AEBI-MÜLLER (FN 6), 26 ff.; VOSER (FN 50), 229 f.; WOLF/SETZ (FN 4), 58 ff.

⁵⁵ WOLF/SETZ (FN 4), 59 f.; m.w.H. auf die einschlägige Literatur GROS (FN 53), 150 ff.; vgl. auch VOSER (FN 50), 233.

⁵⁶ So auch BICHSEL (FN 53), 298, mit Hinweisen auf die deutsche Literatur; VON WERDT (FN 22), 26; WOLF/SETZ (FN 4), 56.

⁵⁷ Der Notar selbst kann jedoch nicht direkt an den behandelnden Arzt seines Klienten gelangen; m.w.H. WOLF/SETZ (FN 4), 60 ff.; vgl. auch BGer, 5A_647/2011, 31.5.2012, E. 5.4.2.

⁵⁸ Verschiedene Autoren schlagen für die Prüfung der Testierfähigkeit durch den Arzt ein mehrstufiges Verfahren vor, so insbesondere BECK (FN 18), 16 ff., sowie BRIGITTE RÜEGGER-FREY/GEORG BOSSHARD/DANIEL GROB/PETERBREITSCHMID/SACHA BECK, *Die Testierfähigkeit von Menschen mit Demenz*, SAeZ 2020, 1578 ff., 1580 f.; m.w.H. zur Beurteilung der Testierfähigkeit ad hoc MONSCH (FN 7), 17 f.

⁵⁹ Vgl. Vorgehen in BGer, 5A_384/2012, 13.9.2012; WOLF/SETZ (FN 4), 60 ff.; wobei zu bedenken ist, dass sich die kognitiven Fä-

higkeiten des Testators während der Gutachtenerstellung weiter verschlechtern könnten, vgl. dazu auch VOSER (FN 50), 234.

⁶⁰ Die Beurkundungspflicht ergibt sich bereits von Bundesrechts wegen, unabhängig von ihrer Verankerung in den kantonalen Notariatsgesetzen, vgl. WOLF/SETZ (FN 4), 48; zu Recht weist GROS (FN 53), 143 f., darauf hin, dass sich der Notar aber in einer *Zwickmühle* bzw. mitunter schwierigen Situation befindet; siehe auch VOSER (FN 50), 230 f.

⁶¹ So explizit BGer, 5C.193/2004, 17.1.2005, E. 2.3.2; vgl. auch CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20a; SEILER (FN 4), N 450.

⁶² So bspw. § 20 Abs. 2 der Notariatsverordnung des Kantons Zürich; ablehnend WOLF/SETZ (FN 4), 53; sowie GROS (FN 53), 143.

⁶³ Vgl. WOLF/SETZ (FN 4), 32, mit Hinweisen auf die bernerischen Gesetzesbestimmungen; mit Hinweisen auf die Verantwortlichkeit des Notars GROS (FN 53), 143 ff.

⁶⁴ Vgl. BICHSEL (FN 53), 297 f. WOLF/SETZ (FN 4), 51.

⁶⁵ Mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung vgl. SEILER (FN 4), N 511; so auch VON WERDT (FN 22), 25.

⁶⁶ Dem kann u.U. mit dem Beizug von medizinisch geschulten Zeugen entgegengewirkt werden; vgl. dazu WOLF/SETZ (FN 4), 62 f.; m.w.H. CHRISTIAN BRÜCKNER/ROLAND PFÄFFLI, *Die Beurkundung von Erbverträgen*, BN 2022, 405 ff., 409 ff.; BOPP-KISTLER (FN 7), 61 ff.; MONSCH (FN 7), 17 f.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 39; SCHMID (FN 29), 303.

D. Lebzeitige Vorkehrungen im Rahmen der Nachlassplanung

Nachfolgend soll darauf eingegangen werden, welche Vorkehrungen im Rahmen der Nachlassplanung getroffen werden können, damit die Verfügung von Todes wegen einer demenzen Person in einem potenziellen erbrechtlichen Prozess möglichst anfechtungsresistent ist. Dabei wird auf die Sicht des Erblassers, der potenziellen Erben bzw. Begünstigten und der Urkundsperson eingegangen.

1. Aus Sicht des Erblassers

Der Erblasser kann insbesondere folgende Vorkehrungen zu Lebzeiten treffen:

- Mit Blick auf die fortschreitende Natur der Demenz sollte frühzeitig mit der Nachlassplanung begonnen werden.⁶⁷
- Der Erblasser kann zudem darauf hinarbeiten, seine kognitiven Fähigkeiten und seine Selbständigkeit (mittels Erlernen von Kompensationsmechanismen) möglichst zu erhalten.⁶⁸
- Durch fachkundige Unterstützung (insbesondere Notar oder einen fachlich qualifizierten Anwalt) kann der Erblasser gewährleisten, dass sein Wille in juristisch korrekten Worten wiedergegeben wird, und damit verhindern, dass er bspw. wirre oder widersprüchliche Anordnungen trifft, welche u.U. Rückschlüsse auf seinen geistigen Zustand zulassen.⁶⁹
- Bei der letztwilligen Verfügung ist i.d.R. die öffentliche Beurkundung einer eigenhändigen Errichtung vorzuziehen, da der Gang zur Urkundsperson darauf schliessen lässt, dass dem Erblasser die Bedeutung des Aktes bewusst war und er sich rechtlich beraten lassen hat.⁷⁰

⁶⁷ Vgl. URBANIOK (FN 24), AJP 2021, 313 f.

⁶⁸ M.w.H. BOPP-KISTLER (FN 7), 75 f.; MONSCH ET AL. (FN 15), 1242 ff.

⁶⁹ M.w.H. BREITSCHMID (FN 22), 106 f., gemäss welchem auf der anderen Seite eine anwaltliche Sprache u.U. den Zugang zum erblasserischen Willen verstellen kann; vgl. auch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16 ZGB N 78 ff., wonach Urteilsfähigkeit richtigerweise nicht «Vernünftigkeit» einer Entscheidung voraussetzt; gl.M. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 12; sowie SEILER (FN 4), N 456 ff.; VON WERDT (FN 22), 22 f.

⁷⁰ Das Bundesgericht wertet die öffentliche Beurkundung immerhin als «Indiz» für die Urteilsfähigkeit des Erblassers, so bspw. BGer, 5C.282/2006, 2.7.2007, E. 2.3; a.M. MARTIN LENZ, Verfügungsfähigkeit trotz grundsätzlicher Urteilsunfähigkeit?, BGE 5C.282/2006, Urteil vom 2. Juli 2007, successio 2011, 138 ff., 140, der den Vorteil bzw. die Notwendigkeit einer öffentlichen Beurkundung nur noch bei Schreibunfähigkeit des Testators sieht.

- Auch durch sein Verhalten nach der Errichtung kann der Erblasser darauf hinwirken, dass seine Urteilsfähigkeit möglichst nicht in Frage gestellt wird. So ist es bspw. empfehlenswert, wenn der Erblasser sein Testament bei der kantonalen Hinterlegungsstelle aufbewahren lässt. Ebenso kann es für seine Urteilsfähigkeit sprechen, wenn er im Nachgang an die Errichtung mit nahestehenden Personen über seine Motive und ggf. den Testamentsinhalt spricht.⁷¹

2. Aus Sicht der potenziellen Erben bzw. Begünstigten

Gerade ältere und gebrechliche Erblasser werden bei der Nachlassplanung häufig von nahen Angehörigen, aber auch Vertrauenspersonen, wie Vermögensverwaltern oder Rechtsbeiständen, unterstützt bzw. begleitet. Das trifft umso mehr auf demenzkranke Personen zu, da diese bereits bei alltäglichen Angelegenheiten Unterstützung benötigen.⁷²

Die Unterstützung kann sehr unterschiedlich ausgestaltet sein und von der blossen Kontaktherstellung zu einer Urkundsperson bis hin zur totalen Kontrolle und Vorgabe des genauen Testamentstexts gehen. Bei einer übermässigen Einflussnahme besteht aber jeweils das Risiko, dass die Verfügung von Todes wegen auch wegen Willensmangel oder Sittenwidrigkeit ungültig ist oder der begünstigte Erbe erbunwürdig ist.⁷³ Eine unzulässige Beeinflussung bzw. die Widerstandsunfähigkeit des Testators ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar auch bei älteren Menschen nicht leichthin anzunehmen.⁷⁴ Die Grenze zwischen zulässiger Unterstützung und übermässiger Beeinflussung verläuft aber letztlich fließend und ist somit schwierig zu ziehen.

Potenzielle Erben bzw. Begünstigte (und damit potenzielle Anfechtungsbeklagte) können deshalb u.a. folgende Vorkehrungen zu Lebzeiten treffen, um dieses Risiko zumindest zu minimieren:

- Die Beeinflussung des Testators sollte möglichst vermieden werden. Die blosser Kontaktaufnahme zu einem Notar dürfte i.d.R. unproblematisch sein, wenn aber die gesamte Korrespondenz nur noch über die

⁷¹ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 13 und 18.

⁷² M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 22 ff.

⁷³ Vgl. DANIEL ABT, «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, quo vadis?, successio 2010, 195 ff., 197 ff.; AEBI-MÜLLER (FN 6), 22 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 17 f. und N 21.

⁷⁴ Vgl. BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 4.5.

- begünstigte Person abgewickelt wird, ist dies als kritisch einzustufen.⁷⁵
- Der Testamentsinhalt sollte nicht von der begünstigten Person vorgegeben werden.⁷⁶
- Es ist zu empfehlen, dass der potenzielle Erbe bei der Testamentserrichtung eher nicht anwesend ist und das Testament auch nicht selbst behündigt und/oder aufbewahrt.⁷⁷
- Die begünstigte Person kann darauf hinwirken, dass der Erblasser vor Testamentserrichtung ein entsprechendes Arztzeugnis über seine Urteilsfähigkeit einholt. Der Erblasser kann durch die begünstigte Person allerdings nicht gezwungen werden, sich einer Begutachtung zu unterziehen.⁷⁸
- Weiter ist es u.U. angebracht, eine neutrale Person beizuziehen, auch damit nicht der Anschein erweckt wird, dass der Erblasser der Bezugsperson völlig ausgeliefert ist.⁷⁹

3. Aus Sicht der Urkundsperson

Es ist Teil der allgemeinen Beratungspflicht der Urkundsperson, den Erblasser auf mögliche Risiken hinzuweisen und dem Erblasser zu einer möglichst anfechtungsresistenten Verfügung von Todes wegen zu verhelfen.⁸⁰ Die Urkundsperson sollte deshalb bei Demenzverdacht insbesondere folgende Punkte beachten:

- Ein Beratungsgespräch sollte auch ein eingehendes Gespräch über die Lebenssituation des Klienten beinhalten. Zudem sollte der Klient angehalten werden, die wesentlichen Eckpunkte der Nachlassplanung in seinen eigenen Worten wiederzugeben.⁸¹

- Besprechungen und Beurkundung sind u.U. im gewohnten Umfeld des Klienten durchzuführen.⁸²
- Die Urkundsperson hat Rücksicht auf die konkreten Bedürfnisse bzw. Verhältnisse des Klienten zu nehmen (wie z.B. Medikamenteneinfluss, Tageszeit, Tagesform des Testators etc.).⁸³
- Mit Blick auf die Relativität der Urteilsfähigkeit kann es u.U. angezeigt sein, den Verfügungsinhalt zu vereinfachen.⁸⁴
- Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit sind weitere Abklärungen erforderlich, so kann insbesondere ein Arztzeugnis zur Urteilsfähigkeit verlangt werden.⁸⁵ Gegebenenfalls ist es gar empfehlenswert, vor der Beurkundung ein umfassendes Gutachten einzuholen.⁸⁶
- In besonders heiklen Fällen sollten behandelnde Ärzte oder Pfleger als Testamentszeugen herangezogen werden.⁸⁷ Teilweise wird zudem vorgeschlagen, die Zeugenerklärungen ausführlicher zu formulieren.⁸⁸
- Besondere Vorsicht gilt bei: Last-Minute-Testamenten und/oder Kurswechsel-Verfügungen, Begleitung bzw. Beeinflussung durch Dritte sowie bedeutenden Zuwendungen an Vertrauenspersonen.⁸⁹

⁷⁵ Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 11; SEILER (FN 4), N 459; HELL (FN 31), N 231 ff.

⁷⁶ Schreibt der Erblasser bspw. ein vom Begünstigten vorgegebenes Testament inhaltlich ab, kann das als Indiz für eine beginnende Urteilsunfähigkeit gewertet werden, vgl. BGer, 5A_914/2019, 15.4.2021, E. 4.1; SEILER (FN 4), N 459; HELL (FN 31), N 221 ff.

⁷⁷ M.w.H. auf BGE 132 III 305 PETER BREITSCHMID, BGE 132 III 305, 5C.121/2005, 6.2.2006, BGE 132 III 315, 5C.120/2005, 1.3.2006, successio 2007, 50 ff., 51; SEILER (FN 4), N 459; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 39b.

⁷⁸ M.w.H. ALEXANDER BIRI, Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2016, N 123.

⁷⁹ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 9 f.

⁸⁰ Vgl. BREITSCHMID (FN 22), 111 ff.; SCHMID (FN 29), 300; VOSER (FN 50), 215 f.

⁸¹ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 7 f. und 25 f.; BREITSCHMID (FN 22), 111 ff.; VOSER (FN 50), 232.

⁸² Mit Hinweisen auf die Empfehlungen des US-amerikanischen Anwaltsverbandes AEBI-MÜLLER (FN 6), 25 f.; vgl. auch GROS (FN 53), 155; a.M. VOSER (FN 50), 218, der darauf hinweist, dass zumindest die Beurkundung i.d.R. in den Büroräumlichkeiten des Notars durchzuführen ist.

⁸³ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 25 f., wonach die intellektuellen Fähigkeiten von bereits geistig geschwächten Personen i.d.R. im Verlaufe des Tages tendenziell abnehmen; m.w.H. auf die Schwankungen der Erinnerungs- und Denkfähigkeit bei demenzkranken Personen BOPP-KISTLER (FN 7), 75 ff.; so auch BECK (FN 18), 17.

⁸⁴ M.w.H. zu komplexen Anordnungen AEBI-MÜLLER (FN 6), 13 f.

⁸⁵ Wobei aufgrund der Relativität der Urteilsfähigkeit dem Arzt der konkrete Testamentsentwurf bestenfalls vorzulegen ist; m.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 25 f.; vgl. auch ABT (FN 73), 201; BECK (FN 18), 17, der darauf hinweist, dass die Begründung des Hausarztes klar und nachvollziehbar sein soll.

⁸⁶ Vgl. BIRI (FN 78), N 122; VOSER (FN 50), 232.

⁸⁷ So bspw. in BGer, 5A_12/2009, 25.3.2009, E. 7.3; gl.M. WOLF/SETZ (FN 4), 62 f.; vgl. auch ABT (FN 73), 201.

⁸⁸ GUTZWILLER (FN 30), 129.

⁸⁹ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 22 f.; vgl. auch JAN CHRISTOPH BUBLITZ, Der echte, vernünftige oder letzte Wille? Authentizität und rational choice als implizite Voraussetzungen der Urteils- und Testierfähigkeit, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit: Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, St. Gallen 2014, 37 ff., 64 ff.; AMMANN (FN 43), N 46; VOSER (FN 50), 227.

III. Praxisrelevante Aspekte zur Prozessführung

A. Erbrechtliche Klagen bei Demenz (Übersicht)

Grundsätzlich gilt, dass jede (eröffnete) Verfügung von Todes wegen gültig ist, also auch eine solche, die von einer dementen Person errichtet wurde.⁹⁰ Deshalb ist – sollte die Verfügungsfähigkeit fraglich sein – eine erfolgreiche (und fristgerechte) Anfechtung erforderlich. Ganz ausnahmsweise ist eine Verfügung von Todes wegen nichtig, was von Amtes wegen jederzeit zu beachten ist.⁹¹

Die Verfügung von Todes wegen einer demenzkranken Person wird i.d.R. mit der Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB wegen Verfügungsunfähigkeit umgestossen.⁹² Unter Umständen kann (wohl eventualiter) auch eine unbefristete Klage auf Feststellung der Nichtigkeit angestrebt werden.⁹³ In gewissen Konstellationen kommt zudem (i.d.R. zusätzlich zur Ungültigkeitsklage) eine unbefristete Klage auf Feststellung der Erbnunwürdigkeit gemäss Art. 540 f. ZGB in Frage.⁹⁴

Soweit der Erblasser bereits bei Eheschluss aufgrund seiner Demenz nicht urteilsfähig war, wäre auch eine Klage auf Ungültigerklärung der Ehe nach Art. 105 f. ZGB denkbar.⁹⁵

B. Vorgehen bei Demenzverdacht im Rahmen der Prozessführung

Ergeben sich bei der Abwicklung des Nachlasses Hinweise auf eine Demenz des Erblassers, so stellt sich die Frage, wie mit Blick auf einen möglichen Anfechtungs-

prozess oder auch während eines laufenden Prozesses mit den demenzspezifischen Besonderheiten umzugehen ist.

Vor der Prozessführung ist es essenziell, Informationen zu beschaffen, welche eine Chancen/Risiken-Analyse zulassen. Im Zentrum steht dabei bei Demenzbezug die Krankengeschichte des Erblassers, welche mit dem (umfassenden) Patientendossier nachvollzogen werden kann.⁹⁶ Aber auch *nicht-medizinische Dokumente* können Hinweise auf die gesundheitliche Verfassung des Erblassers liefern, wie bspw. Handnotizen des Erblassers mit wirrem Inhalt.

Während mit der Erbescheinigung oder ggf. der Auskunftbescheinigung Informationen zu nicht medizinischen Themen zusammengetragen werden können, stellen diese bei der Krankengeschichte nur eigentliche «Eintrittstickets» im Sinne des vorläufigen Nachweises der Erbenstellung dar. Dies, weil dem Informationsbedürfnis des Erben bzw. Begünstigten die berufliche Schweigepflicht des Arztes nach Art. 321 StGB entgegensteht. Der behandelnde Arzt darf ohne entsprechende lebzeitige Entbindung des Erblassers keine Auskunft erteilen oder medizinische Akten herausgeben. Liegt keine lebzeitige Einwilligung vor, muss er sich bei der zuständigen kantonalen Behörde von seiner Schweigepflicht entbinden lassen.⁹⁷

Im Rahmen der Informationsbeschaffung ist sodann in Erinnerung zu rufen, dass bei der privaten Zeugenbefragung im Hinblick auf einen Prozess Vorsicht geboten ist, da die Sachverhaltsermittlung an sich Aufgabe des Gerichts ist. Deshalb sollte eine Kontaktaufnahme durch den Anwalt nur stattfinden, wenn diese sachlich notwendig erscheint, und es sollte dabei jegliche Beeinflussung vermieden werden.⁹⁸

Bei einer Demenzerkrankung des Erblassers ist es zudem essentiell, sich über das Krankheitsbild, den Krankheitsverlauf, die Therapieformen sowie die Medikation eingehend zu informieren, um aus der Krankheitsgeschichte überhaupt adäquate Rückschlüsse auf die Urteilsfähigkeit ziehen zu können.⁹⁹

Während eines Prozesses ist ein besonderes Augenmerk auf das *Storytelling* zu legen, um dem Gericht zu ermöglichen, sich in die Situation des Erblassers hineinzuversetzen (sog. «*Armchair-Rule*»¹⁰⁰). Daneben bildet die

⁹⁰ BGE 86 II 340 E. 5; BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 19; PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 36), Art. 519 ZGB N 1.

⁹¹ Bspw. bei *krasser* Verfügungsunfähigkeit, vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 36), Art. 519 ZGB N 7.

⁹² In der Gerichtspraxis haben überproportional viele Ungültigkeitsklagen die Verfügungsfähigkeit zum Gegenstand, vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 4; auf die Eigenheiten der Ungültigkeitsklage wird in der vorliegenden Publikation nicht näher eingegangen, vgl. hierfür statt aller: SEILER (FN 4), N 84 ff.

⁹³ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 4. A., Zürich 2022, N 25 f.; m.w.H. auf die prozessualen Aspekte PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 36), Art. 519 ZGB N 8 ff.

⁹⁴ Gerade bei älteren, alleinstehenden Personen kann sich ein Abhängigkeitsverhältnis zu Pflegepersonal, Ärzten und/oder Vermögens- und Rechtsberatern entwickeln, was u.U. bei entsprechender erbrechtlicher Begünstigung kritisch sein kann, m.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 9 f.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 21.

⁹⁵ Vgl. BGER, 5A_597/2020, 7.5.2021, E. 5.

⁹⁶ AEBI-MÜLLER (FN 6), 17 f.; BIRI (FN 78), N 91.

⁹⁷ Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 17; BIRI (FN 78), N 91.

⁹⁸ Vgl. BGE 136 II 551 E. 3.

⁹⁹ So auch AEBI-MÜLLER (FN 6), 5.

¹⁰⁰ Vgl. zum kanadischen Recht Court of Appeal for Ontario, Ross v Canada Trust Company, 16.3.2021, ONCA 161, E. III.26, Internet:

Umkehr der Beweislast bzw. die gesamte Beweisthematik die eigentliche Krux, worauf im Folgenden einzugehen ist.¹⁰¹

Da bei Demenzprozessen in aller Regel ein gerichtliches Gutachten eingeholt wird, ist sodann möglichst Einfluss auf die Auswahl dieser Person (insbesondere eignen sich Spezialisten aus der Geriatrie, Alters- und/oder forensischen Psychiatrie, Neurologie und Neuropsychologie, wie v.a. Fachpersonen von Memory-Kliniken) zu nehmen.¹⁰²

C. Demenz und Beweis

1. Beweisgegenstand und Beweismass

Im Prozess zu beweisen ist einerseits die Demenzerkrankung bzw. die kognitive und geistige Beeinträchtigung des Erblassers und andererseits die daraus resultierende verminderte Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln.¹⁰³ In Bezug auf die intellektuellen Defizite ist nicht nur die eigentliche Demenzdiagnose zu beweisen, sondern es ist auch betreffend sämtlichen sonstigen Sachverhaltsdarstellungen Beweis zu führen, die Rückschlüsse auf den Geisteszustand des Erblassers zulassen.¹⁰⁴ In diesen Zusammenhang ist zu beachten, dass die Frage, ob aus den tatsächlichen Feststellungen auf die Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit geschlossen werden kann, eine Rechtsfrage und keine Tatfrage darstellt.¹⁰⁵

Das Beweismass ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung richtigerweise auf die *überwiegende Wahrscheinlichkeit* herabgesetzt, weil bei einer verstorbenen Person naturgemäss ein absoluter Beweis nicht möglich ist. Es reicht somit eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst.¹⁰⁶

2. Beweismittel

Der Beweis der Urteilsunfähigkeit wird in einem Demenzprozess insbesondere mit den Beweismitteln der Zeugenaussagen, der Urkunden und/oder einem bzw. mehreren Gutachten erbracht (vgl. auch Art. 168 Abs. 1 ZPO).¹⁰⁷

a. Zeugen

Als Zeugen kommen in einem Demenzprozess vor allem nahestehende Personen, das Medizinalpersonal (Ärzte, Pfleger, Spitex etc.) sowie bei öffentlicher Beurkundung die Urkundsperson und die Testamentszeugen in Frage.

Nahestehende Personen (v.a. Angehörige, Bekannte und Nachbarn) kennen den Erblasser meist am besten und erfassen Verhaltensveränderungen deshalb i.d.R. zuerst, weshalb diese wichtige Zeugen in einem Anfechtungsprozess sein können. Gleichzeitig kann es aber auch vorkommen, dass der Erblasser seine Defizite gerade in der Anfangsphase der Demenzerkrankung gekonnt überspielen und eine nahestehende Person deshalb keine verlässliche Aussage über den geistigen Zustand machen kann, weshalb sich das Bundesgericht bereits kritisch zur Aussagequalität von nicht medizinisch geschulten Zeugen geäussert hat.¹⁰⁸

Wahrnehmungen von *betreuenden Ärzten oder Pflegeern* wird in der Praxis hingegen eine grosse Wichtigkeit beigemessen.¹⁰⁹ Dabei gilt zu berücksichtigen, dass diese der beruflichen Schweigepflicht nach Art. 321 StGB unterliegen. Vor einer Aussage in einem Prozess müssen sie sich deshalb vom Berufsgeheimnis entbinden lassen. Kritisch zu beurteilen ist die in der Lehre teilweise vertretene Meinung, eine *Anrufung als Zeuge* im Prozess genüge als Entbindung vom Berufsgeheimnis.¹¹⁰ Dies mag für einen Patienten stimmen, welcher seinen Arzt zu Lebzeiten in einem Prozess selbst als Zeuge anruft.¹¹¹ In erbrechtlichen Prozessen kann dies jedoch nicht tel quel gelten, ist es doch u.U. denkbar, dass der Erblasser ein Interesse daran gehabt hätte, die Aussage des Arztes zu verhindern. Die Frage, ob eine Befragung des Arztes im Interesse des

<https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2021/2021onca161/2021onca161.html> (Abruf 26.9.2022).

¹⁰¹ M.w.H. BREITSCHMID (FN 22), 107 ff., welcher für das gerichtliche Beweisverfahren den treffenden Begriff «*Beweislastlotto*» verwendet.

¹⁰² M.w.H. ABT (FN 12), 312.

¹⁰³ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 16; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 23 ff.

¹⁰⁴ Dies umfasst z.B. dass der Erblasser Termine vergessen hat, verwirrt war oder sich nicht mehr räumlich orientieren konnte, vgl. auch AEBI-MÜLLER (FN 6), 17.

¹⁰⁵ Was insbesondere auch in Bezug auf die Kognition des Bundesgerichts relevant ist, vgl. BGE 124 III 5 E. 4; m.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 19 f.; so auch BGer, 5A_623/2016, 24.5.2017, E. 3.3.2.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 117 II 231 E. 2b; BGE 124 III 5 E. 1a; BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 27 und N 49.

¹⁰⁷ M.w.H. BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 50 ff.; so auch AMMANN (FN 43), N 48.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 124 III 5 E. 1c; Aussagen von verantwortungsbewussten und erfahrenen Zeugen, die den Erblasser gut gekannt haben, können allerdings ebenso gewichtig sein wie Aussagen von Ärzten, m.w.H. BGE 117 II 231 E. 2b; BGer, 5A_763/2018, 1.7.2019, E. 4.3; vgl. auch AEBI-MÜLLER (FN 6), 5; CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20a.

¹⁰⁹ Vgl. BGer, 5A_12/2009, 25.3.2009, E. 7.1; ABT (FN 73), 201.

¹¹⁰ Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 17; gl.M. BIRI (FN 78), N 91.

¹¹¹ So BGE 97 II 369 ff. S. 370.

Erblassers ist oder nicht, dürfte u.U. zu schwierigen Auslegungsproblemen führen. Sobald der behandelnde Arzt allerdings von der Geheimhaltungspflicht entbunden ist, trifft ihn eine Mitwirkungspflicht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO.¹¹²

Auch die *Urkundsperson* sowie die *Testamentszeugen* können als Zeugen befragt werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt jedoch richtigerweise, dass die Urkundsperson i.d.R. nur ungern zugibt, dass diese trotz Zweifel über die Urteilsfähigkeit und ohne weitere Abklärungen beurkundet hat.¹¹³

b. Urkunden

Von besonderer Wichtigkeit sind in einem Demenzprozess die medizinischen Akten, wie das Patienten- bzw. Bewohnerdossier und die Ergebnisse allfälliger neuropsychologischer Tests. Nichtsdestotrotz dürfen die Testergebnisse nicht losgelöst von der konkreten Lebenssituation und der massgeblichen Verfügung von Todes wegen betrachtet werden.¹¹⁴ Es ist mithin Aufgabe des Anwaltes bzw. letztlich des urteilenden Gerichts, solche Tests in einen Zusammenhang mit den weiteren Umständen des Falles zu setzen.

Ebenfalls wichtige Erkenntnisse können die Akten der KESB liefern, aber auch persönliche Unterlagen des Erblassers wie Briefe und Fotos (auch zur Wohnsituation) etc.¹¹⁵

Soweit Unterlagen in den Händen der Gegenpartei oder Dritter bei Prozessbeginn nicht herausgegeben werden (was in der Praxis bei medizinischen Akten häufig vorkommt), ist es ratsam, spätestens im Anfechtungsprozess mit entsprechenden Editionsbegehren auf die Herausgabe hinzuwirken.¹¹⁶

c. Gutachten

Die Frage der Urteilsfähigkeit hat nicht ein Gutachter zu entscheiden, sondern das Gericht. Dennoch wird in erbrechtlichen Demenzprozessen fast immer ein medizinisches Gutachten eingeholt, das sich darüber auszuspren-

chen hat, welche psychopathologischen Zustände beim Erblasser bestanden und wie sich diese auf die kognitiven Fähigkeiten des Erblassers ausgewirkt haben.¹¹⁷ Falsch wäre es hingegen, dem Gutachter die Frage zu unterbreiten, ob der Erblasser urteilsfähig war, handelt es sich dabei doch um einen Rechtsbegriff. Ein Gutachter ist aber kein Richter.¹¹⁸

In erbrechtlichen Prozessen wird das Gutachten post mortem erstellt, weshalb sich der Gutachter bei seiner Beurteilung nur auf Drittaussagen und die Krankengeschichte stützen und den Erblasser selbst aber naturgemäss nicht mehr befragen kann, was bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Allerdings kann das Gericht von einem schlüssigen Gutachten nur aus triftigen Gründen abweichen (z.B. bei Widersprüchen).¹¹⁹

Aus anwaltlicher Sicht ist im Rahmen des rechtlichen Gehörs nach Art. 185 Abs. 2 ZPO darauf zu achten, dass dem Gutachter die «richtigen Fragen» gestellt werden. Je nachdem kann es zudem angezeigt sein, ein eigenes Parteigutachten (i.d.R. vor dem Prozess) einzuholen.¹²⁰

3. Beweislast

Die Beweislast spielt in Demenzprozessen eine zentrale Rolle und stellt vor allem den Anfechtungskläger vor grosse Herausforderungen.¹²¹

Nach Art. 16 ZGB wird die Urteilsfähigkeit vermutet und stellt deshalb den *Regelfall* dar. Demgemäss trägt der Anfechtungskläger, der die *Urteilsunfähigkeit* behauptet, die Beweislast hierfür.¹²²

¹¹² Ausser das Geheimhaltungsinteresse überwiegt gegenüber dem Interesse an der Wahrheitsfindung, vgl. BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 6, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

¹¹³ So deutlich BGer, 5C.282/2006, 2.7.2007, E. 3.3.1; vgl. auch BGer, 5A_465/2019, 4.10.2019, E. 3; ABT (FN 12), 131.

¹¹⁴ Ebenfalls kritisch AEBI-MÜLLER (FN 6), 18 f.

¹¹⁵ M.w.H. HENRIETTE HAAS, Ex post Evaluation der Urteilsfähigkeit, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2019, 77 ff., 85 ff.

¹¹⁶ BSK ZPO-SCHMID (FN 112), Art. 160 N 21a ff.

¹¹⁷ Zur Formulierung der Gutachteraufträge vgl. ABT (FN 73), 200, mit Verweis auf BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 3.2 und 3.3; m.w.H. BGE 124 III 5 E. 5; BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 3.2; BICHSEL (FN 53), 288 f.; SEILER (FN 4), N 501 ff.; WITOLD TUR/FRANK TH. PETERMANN, Relativität von Entscheidungen, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2019, 135 ff., 146 f.

¹¹⁸ Gleiches gilt auch für den Schwierigkeitsgrad eines Testaments, vgl. dazu BGer, 5C.193/2004, 17.1.2005, E. 2.3.2; m.w.H. auf BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 3.3 und das US-amerikanische Recht AEBI-MÜLLER (FN 6), 19 f.; so auch BGer, 5A_623/2016, 24.5.2017, E. 3.3.2.

¹¹⁹ Vgl. BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 3.1; BGer, 5A_859/2014, 17.3.2015, E. 4.1.3.2; BGer, 5A_763/2018, 1.7.2019, E. 4.3; GUTZWILLER (FN 30), 125; MONSCH (FN 7), 18; SEILER (FN 4), N 501 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 36; URBANIOK (FN 24), AJP 2021, 322 f., weist jedoch darauf hin, dass eine retrospektive Beurteilung der Urteilsfähigkeit in der Fachwelt anerkannt sei.

¹²⁰ Vgl. HELL (FN 31), N 211; SEILER (FN 4), N 508.

¹²¹ Vgl. BICHSEL (FN 53), 291 ff., der in diesem Zusammenhang von verschiedenen *Beweisstufen* spricht.

¹²² M.w.H. zur Natur der Vermutung von Art. 16 ZGB siehe AEBI-MÜLLER (FN 6), 16, sowie BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16

Der Anfechtungskläger kann die Vermutung der Urteilsfähigkeit durch Umstossen der Vermutungsbasis entkräften («Umkehr der Beweislast»). Gelingt ihm das, so führt dies zum *Sonderfall*, dass die Urteilsunfähigkeit vermutet wird.¹²³

Der Anfechtungskläger muss hierfür allerdings nachweisen, «dass die verfügende Person aufgrund ihres allgemeinen Gesundheitszustandes im Normalfall und mit grosser Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten musste».¹²⁴ Eine Beweislastumkehr kommt zudem nur in Frage, wenn die Urteilsunfähigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg bestanden hatte, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei «*altersdementen Menschen notorisch*»¹²⁵ sei, was m.E. allerdings nur auf eine schwere Demenz zutreffen dürfte.¹²⁶ Die Beweislastumkehr ist zudem nicht erfolgreich, wenn ein Erblasser lediglich altersgebrechlich, gesundheitlich angeschlagen und teilweise verwirrt ist.¹²⁷ Dringt der Anfechtungskläger mit der Beweislastumkehr durch, kann der Anfechtungsbeklagte immer noch den Gegenbeweis eines luziden Intervalls erbringen, wobei ein solches bei Demenz grundsätzlich eher abzulehnen ist.¹²⁸

Soweit die Beweislastumkehr nicht gelungen ist, kann der Anfechtungskläger immerhin versuchen, den Beweis des Gegenteils zu erbringen, dass der Erblasser ausnahmsweise urteilsunfähig war.¹²⁹

Kommt das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung allerdings zu einem positiven Beweisergebnis (z.B. dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung urteilsfähig war), ist die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos, weil kein Fall der Beweislosigkeit vorliegt.¹³⁰ Im Rahmen eines Rechtsmit-

telprozesses hätte die unterlegene Partei diesfalls darzulegen, dass das Beweisergebnis unrichtig sei.¹³¹

D. Stolpersteine in der Praxis inklusive Lösungsansätze

Nachfolgend wird auf verschiedene praxisrelevante Stolpersteine bei Demenzprozessen eingegangen und es werden entsprechende Lösungsansätze skizziert.

1. Stolperstein 1: Der Erblasser verstirbt ohne Demenzdiagnose

In der Praxis kommt es relativ häufig vor, dass ein Erblasser ohne ärztliche Demenzdiagnose verstirbt und deshalb lediglich ein Demenzverdacht im Raum steht.¹³² Eine solche Ausgangslage stellt den potenziellen Anfechtungskläger gleich in mehrfacher Hinsicht vor grosse Herausforderungen: Einerseits kann er sich im Prozess nicht auf Arztberichte sowie kognitive Tests stützen, andererseits kann zu Beginn des Prozesses keine verlässliche Prognose über die Erfolgchancen angestellt werden.

In solchen Konstellationen hilft dem Anfechtungskläger (wenn auch nur beschränkt) die Beweismassenerleichterung.¹³³ Gegebenenfalls kann der Beweis der Verfügungsunfähigkeit auch durch ein Gutachten post mortem gestützt auf sonstige medizinische Akten und/oder durch Zeugenaussagen sowie Urkunden erbracht werden.¹³⁴

Gleichsam ist in einer solchen Konstellation mit Blick auf das erhebliche Prozessrisiko wohl eher von der Prozesseinleitung abzusehen.

2. Stolperstein 2: Der Zugang zu medizinischen Informationen wird verwehrt

Vor einem Prozess gilt es aufgrund der Verwirkungsfrist der Ungültigkeitsklage häufig, in kurzer Zeit die wesentlichen Umstände bzw. Dokumente zusammenzutragen. Können mit einer Erben- oder Auskunftbescheinigung bereits einige Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Erblassers beschafft werden, helfen diese bei medizinischen Unterlagen aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht nur bedingt weiter (vgl. dazu Ausführungen in III.C.2.b. oben).

¹³¹ Vgl. BGer, 5A_763/2018, 1.7.2019, E. 4.5.

¹³² So MONSCH ET AL. (FN 15), 1239; vgl. auch HELL (FN 31), N 157.

¹³³ Statt aller: vgl. BGE 117 II 231 E. 2b.

¹³⁴ M.w.H. zu den wichtigsten Beweismitteln in einem Demenzprozess Ausführungen in III.C.2. oben.

ZGB N 154 ff.; BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 48; vgl. auch BIRI (FN 78), N 73 ff.; HELL (FN 31), N 137 ff.; SEILER (FN 4), N 481 ff.

¹²³ BGer, 5A_16/2016, 26.5.2016, E. 4.3; vgl. auch BIRI (FN 78), N 73 ff.; SEILER (FN 4), N 489 ff.; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 25 f.

¹²⁴ So explizit BGE 124 III 5 E. 4b.

¹²⁵ So BGer, 5A_748/2008, 16.3.2009, E. 5.2; m.w.H. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16 ZGB N 158 f., mit Verweis darauf, dass die Alzheimerdemenz im Endstadium exemplarisch für die Vermutung der Urteilsunfähigkeit angeführt wird; vgl. auch AMMANN (FN 43), N 50; HELL (FN 31), N 158.

¹²⁶ Gl.M. BICHSEL (FN 53), 287; so auch HELL (FN 31), N 158.

¹²⁷ Vgl. BGer, 5C.193/2004, 17.1.2005, E. 4; so auch BGer, 5A_465/2019, 4.10.2019, E. 4.3; m.w.H. ABT (FN 73), 207.

¹²⁸ Vgl. auch BIRI (FN 78), N 79 f.; m.w.H. CHK-ABT/BLATTNER (FN 13), Art. 467–468 ZGB N 20.

¹²⁹ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 16.

¹³⁰ Vgl. BGer, 5C.21/2004, 6.10.2004, E. 3.1.3; BGer, 5A_763/2018, 1.7.2019, E. 4.4; BICHSEL (FN 53), Fn 15; HELL (FN 31), N 132; SOMMER (FN 15), AJP 2020, Fn 49.

Hat der Erblasser den Arzt nicht bereits zu Lebzeiten vom Berufsgeheimnis entbunden, hat dieser vor Auskunftserteilung bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Entbindungsgesuch zu stellen, da die Krankenakten auch nach dem Tod des Patienten unter dem Schutz des Berufsgeheimnisses stehen.¹³⁵ Dabei kann es sich aus anwaltlicher Sicht empfehlen, dem Arzt möglichst alle Informationen zur Verfügung zu stellen, welche dieser für sein Gesuch benötigt.

3. Stolperstein 3: Der behandelnde Arzt stellt kein Entbindungsgesuch

Kann vorerst kein Nachweis über die Erbenstellung erbracht werden, lehnen behandelnde Ärzte in der Praxis relativ häufig die Stellung eines Entbindungsgesuches ab. Der eingesetzte (wie auch ein gesetzlicher) Erbe kann ein solches Gesuch allerdings nicht selbst einreichen und ist auf die Mitwirkung des Arztes angewiesen.¹³⁶

Damit bleibt der Zugang zu medizinischen Informationen vorerst blockiert. In solchen Fällen kann bzw. muss ggf. eine Klage auf Akteneinsicht gegen den behandelnden Arzt und/oder das Krankenhaus erhoben werden, wobei die kurze Frist für die Ungültigkeitsklage im Auge zu behalten ist.¹³⁷ Zudem kann im erbrechtlichen Prozess die Befragung des Arztes als Zeuge sowie die Herausgabe von medizinischen Akten etc. beantragt werden.¹³⁸

4. Stolperstein 4: Es sind keine Informationen und/oder Unterlagen vorhanden

Schwierig wird es, wenn überhaupt keine oder keine brauchbaren Informationen zur Urteilsfähigkeit des Erblassers vorhanden sind.

In derartigen Fällen können sich z.B. aus der Verfügung von Todes wegen selbst Rückschlüsse auf die Verfügungsfähigkeit ziehen lassen, wie bspw., wenn der Erblasser widersprüchliche oder verwirrende Anordnungen

getroffen hat.¹³⁹ Gleiches gilt, wenn der Erblasser nicht persönlich adäquat verfügt, was bspw. auf sog. «Kurswechsel-Verfügungen» zutreffen kann.¹⁴⁰ Dabei gilt allerdings zu beachten, dass eine Verfügung nicht vernünftig zu sein hat und damit aus einer unvernünftigen Verfügung nicht unmittelbar auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden kann. Dennoch kann die *Unvernünftigkeit* ein Indiz für die fehlende Urteilsfähigkeit sein.¹⁴¹

Auch können sich u.U. aus den Begleitumständen der Testamenterrichtung wichtige Erkenntnisse für die Verfügungsfähigkeit des Erblassers ergeben. Als solche Begleitumstände kommen bspw. das Verhalten des Erblassers nach der Errichtung oder aber auch eine übermässige Begleitung bzw. Anleitung des Erblassers durch eine in der Verfügung begünstigte Person in Frage.¹⁴²

In der Praxis erweisen sich Prozesse mit einer derart dürftigen Beweislage allerdings als äusserst schwierig.

5. Stolperstein 5: Das Testament ist öffentlich beurkundet

Wie bereits dargelegt, hat die öffentliche Beurkundung gegenüber dem eigenhändigen Testament bei Demenzbezug gewisse Vorteile.¹⁴³ Das bedeutet allerdings nicht, dass ein öffentlich beurkundetes Testament anfechtungsresistent ist.

Der Richter ist vielmehr nicht an die öffentliche Beurkundung bzw. die Wahrnehmungen und Beurteilung der Urkundsperson und der Testamentszeugen gebunden, worauf sich der Anfechtungskläger im Anfechtungsprozess stützen kann.¹⁴⁴ Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil weder Notar noch Testamentszeugen in Bezug auf medizinisch komplexe Fragen die erforderliche Fachkompetenz aufweisen.¹⁴⁵

¹³⁵ Vgl. BGer, 2C.1035/2016, 20.7.2017, E. 4.2.1.

¹³⁶ Vgl. BGer, 2C.215/2015, 16.6.2016, E. 1.2.2; in BGer, 2C_1035/2016, 20.7.2017, E. 4.2.2, wurde diese Frage explizit offengelassen.

¹³⁷ Ggf. ist die Einsicht einem Vertrauensarzt zu gewähren, so das OGer SH, 22.12.1989, in: ZBl 1990, 364 ff.; m.w.H. auf die einschlägige Rechtsprechung BRÜCKNER/WEIBEL (FN 93), N 59.

¹³⁸ Vgl. insbesondere den Entscheid der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts BGer, 2C_1035/2016, 20.7.2017, E. 4.2.3, wonach der Arzt aufgrund seiner zivilprozessualen Mitwirkungspflicht ein Gesuch um Entbindung einreichen müsse; m.w.H. BSK ZGB II-BREITSCHEID (FN 4), Art. 467/468 N 17; vgl. für die Befragung des Notars VOSER (FN 50), 252.

¹³⁹ PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 13 f.; siehe auch BIRI (FN 78), N 142; HELL (FN 31), N 214 ff.

¹⁴⁰ M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 20 ff.; so auch AMMANN (FN 43), N 46; SEILER (FN 4), N 457.

¹⁴¹ So etwa BGE 124 III 5 E. 4c/cc; kritischer hingegen BGE 117 II 231 E. 2b; m.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 20 ff.; siehe auch BK-UCHER/AEBI-MÜLLER (FN 6), Art. 16 ZGB N 58 ff. und 78 ff.; SEILER (FN 4), N 457 f.

¹⁴² M.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 22 ff.

¹⁴³ Vgl. PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 39; Nachteile können sich gemäss PETERMANN jedoch aus der fachlichen Überlegenheit der Urkundsperson ergeben, m.w.H. PETERMANN (FN 23), N 144.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 124 III 5 E. 1c; m.w.H. AEBI-MÜLLER (FN 6), 24 f.; so auch BICHSEL (FN 53), 299 f.

¹⁴⁵ Vgl. BGer, 5C.282/2006, 2.7.2007, E. 2.3; so auch AMMANN (FN 43), N 51.

6. Stolperstein 6: Der Erblasser war verbeiständet

Auch allfällige erwachsenenschutzrechtliche Abklärungen oder gar Massnahmen können wichtige Erkenntnisse für den Anfechtungsprozess liefern. Deshalb sind u.U. auch die Akten der Erwachsenenschutzbehörde beizuziehen.

War der Erblasser verbeiständet, bedeutet das allerdings nicht, dass er *tel quel* auch urteilsunfähig bzw. verfügungsunfähig war. Die Verfügungsfähigkeit ist vielmehr relativ zu beurteilen, weshalb sogar eine umfassende Beistandschaft keinen Beweis für die Verfügungsunfähigkeit des Erblassers darstellt.¹⁴⁶ Hat die KESB von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen abgesehen, heisst das im Gegenzug aber auch nicht, dass der Erblasser in Bezug auf die Testamentserrichtung verfügungsfähig war.¹⁴⁷

7. Stolperstein 7: Umgang mit der Ungewissheit, wann die Beweislast kippt

Die Beweislast spielt in Demenzprozessen eine zentrale Rolle. Der Anfechtungsbeklagte hat dabei die *bequemere* Position inne, kann er sich doch auf die Vermutung von Art. 16 ZGB stützen. Nichtsdestotrotz kann in der Praxis kaum je verlässlich vorhergesagt werden, ob bzw. wann die Beweislast nicht doch kippt.¹⁴⁸

Dem Anfechtungsbeklagten ist deshalb zu empfehlen, sich in einem Demenzprozess nicht mit blossem Bestreiten zu begnügen. Vielmehr sollte er von Beginn an mit eigenen Beweismitteln bzw. Beweisanträgen dagegenhalten.

IV. Sonderfragen

A. Internationale Verhältnisse

Bei internationalen Verhältnissen können sich bei einer Demenzdiagnose sowohl bei der Nachlassplanung als auch bei der Prozessführung zusätzliche Einzelfragen stellen.

Was das anwendbare Recht in Bezug auf die Verfügungsfähigkeit betrifft, so bestimmt sich dieses nicht nach dem Erbstatut, sondern nach Art. 94 IPRG, wonach

die Verfügungsfähigkeit zu bejahen ist, wenn eine Person nach dem Recht am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder nach dem Recht eines ihrer Heimatstaaten verfügungsfähig ist. Durch diese Alternativanknüpfung wird die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen begünstigt. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung.¹⁴⁹

Bei der *Nachlassplanung* kann es sich deshalb durchaus lohnen, der Frage nachzugehen, welches Land in Bezug auf die Verfügungsfähigkeit die liberalsten Gesetzesbestimmungen kennt. Dies gilt insbesondere, wenn ein Testator mehrere Heimatstaaten hat oder sich bezüglich des Wohnsitzes Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.¹⁵⁰

Ähnliches gilt auch im Rahmen der *Prozessführung*, soweit mehrere potenzielle internationale Gerichtsstände in Frage kommen. Dabei sollte auch geklärt werden, in welchem Land welche Verwirkungs- oder Verjährungsfristen einer Klage möglicherweise entgegenstehen. Was die Beweismittelbeschaffung bei ausländischen Dokumenten (z.B. aufgrund eines Klinikaufenthalts im Ausland) betrifft, so gilt darauf hinzuweisen, dass für Informationsansprüche zwischen Erben das Erbstatut gilt. Richtet sich ein Informationsanspruch allerdings gegen einen Dritten (wie bspw. eine ausländische Bank oder ein ausländisches Krankenhaus), so bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem Einzelstatut des betreffenden Rechtsverhältnisses.¹⁵¹ Soweit auch die ausländische Rechtsordnung eine berufliche Schweigepflicht des Arztes kennt, ist wohl das diesbezügliche ausländische Entbindungsprozedere einzuhalten.

B. Demenzklauseln

Demenzklauseln bilden insbesondere Teil der *sozialversicherungsoptimierten Nachlassplanung*. Als solche sollen sie das Vermögen einer Person bestmöglich vor dem Zugriff des Staates bzw. der Anrechnung im Rahmen von Sozialversicherungsleistungen schützen.¹⁵² Demenzklauseln

¹⁴⁶ So bereits BGE 56 II 159 E. 2; BREITSCHMID (FN 22), 98; BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 4), Art. 467/468 N 12; AEBI-MÜLLER (FN 6), 24; BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 31), Art. 16 N 28; PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 12.

¹⁴⁷ GL.M. AEBI-MÜLLER (FN 6), 24; sowie BREITSCHMID (FN 22), 99.

¹⁴⁸ Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 6), 11; EITEL (FN 6), 279 ff.; HELL (FN 31), N 157.

¹⁴⁹ Vgl. BSK IPRG-SCHNYDER/LIATOWITSCH/DORJEE-GOOD, Art. 94 N 6, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021; PraxKomm Erbrecht-GRAHAM-SIEGENTHALER (FN 36), Anhang IPR N 84 ff.

¹⁵⁰ Vgl. PraxKomm Erbrecht-GRAHAM-SIEGENTHALER (FN 36), Anhang IPR N 135 und N 155.

¹⁵¹ M.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung PraxKomm Erbrecht-GRAHAM-SIEGENTHALER (FN 36), Anhang IPR N 244.

¹⁵² Vgl. ROLAND FANKHAUSER/THIERRY BURCKHARDT, Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 289 ff., 290 f.

können aber auch zum Ziel haben, die demente Person vor späteren Verfügungen bzw. einer Verschleuderung ihres Vermögens zu bewahren.¹⁵³

Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung kann verschiedene Formen haben. Verfügungen mit Demenzbezug können vorkommen bei einer bedingten Auflage, einer Bedingung, bei einem bedingten Vermächtnis oder auch der Rückkehr zur dispositiven gesetzlichen Regelung.¹⁵⁴ Relativ häufig findet sich zudem bei der Nacherbeneinsetzung ein entsprechender Passus, wonach der Nacherbfall bereits dann eintritt, wenn der Vorerbe in ein Alters- und Pflegeheim oder eine Demenzabteilung eintritt oder ein Arzt die Urteilsunfähigkeit attestiert.¹⁵⁵

Eine gewisse Schwierigkeit besteht bei Demenzklauseln aber in der Formulierung des konkreten Anknüpfungzeitpunktes, da eine Demenz verschiedene Schweregrade und Ursachen aufweist. Allein auf die Urteilsunfähigkeit abzustellen, erweist sich bei einer Demenz daher als untauglich. Es empfiehlt sich vielmehr, an möglichst objektiv prüfbare Kriterien anzuknüpfen, wie den Eintritt in eine stationäre Demenzabteilung oder die Validierung eines Vorsorgeauftrages.¹⁵⁶

Die Zulässigkeit solcher Demenzklauseln bzw. der sozialversicherungsoptimierten Nachlassplanung generell wurde von der einschlägigen Lehre – soweit ersichtlich – lange Zeit nicht in Frage gestellt.¹⁵⁷ Soweit bekannt, liegen zu dieser Frage auch keine Gerichtsentscheide vor. M.E. ist die Zulässigkeit mit Blick auf die Verfügungsfreiheit des Erblassers, welcher in den Schranken des Rechts grundsätzlich frei verfügen kann (solange Pflichtteile gewahrt sind etc.), eher zu bejahen (zumal die Zulässigkeit der *Steueroptimierung* bisher auch nicht in Frage gestellt wird).¹⁵⁸

V. Rechtsprechungsübersicht

Im Leitentscheid BGE 124 III 5 zur Verfügungsfähigkeit hat das Bundesgericht die Vermutung von Art. 16 ZGB

gekippt und festgestellt, dass eine an einem *ausgeprägten psychoorganischen Syndrom senilsklerotischer Genese* leidende Erblasserin aufgrund ihres allgemeinen Gesundheitszustandes im Normalfall und mit grosser Wahrscheinlichkeit urteilsunfähig sei.

Seither bildet das Thema Verfügungsfähigkeit bzw. Demenz immer wieder Gegenstand interessanter bundesgerichtlicher Entscheide im Erbrecht.¹⁵⁹

Im Folgenden wird stichwortartig lediglich die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Thema Demenz bzw. Verfügungsfähigkeit skizziert:

- *BGer, 5A_16/2016, 26.5.2016*: «*démence sénile de type Alzheimer*» mit einem MMS-Testergebnis von 13 Punkten; der Notar verweigerte die Beurkundung, das später errichtete eigenhändige Testament wurde für ungültig erklärt.
- *BGer, 5A_162/2016, 24.11.2016*: «*sindrome demenziale lieve, di probabile origine degenerativa primaria di tipo Alzheimer*»; Urteilsfähigkeit bejaht.
- *BGer, 5A_623/2016, 24.5.2017*: Alzheimer mit einem MMS-Testergebnis von 25 Punkten; Berufung des Anfechtungsgegners ist nicht aussichtslos; Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege war deshalb bundesrechtswidrig.
- *BGer, 2C_1035/2016, 20.7.2017*: Kein datenschutzrechtlicher Anspruch der Erben gegenüber dem Hausarzt auf Einsicht in die Krankenakten der verstorbenen Eltern.
- *BGE 144 III 264*: Vaskuläre Demenz (ICD-10 F0.1)/ Demenz bei Alzheimerkrankheit; die Urteilsfähigkeit bezogen auf die Befugnis, die Mitglieder des Stiftungsrats zu bezeichnen, wurde verneint.
- *BGer, 5A_763/2018, 1.7.2019*: Urteilsfähigkeit bei Krebspatient bejaht.¹⁶⁰
- *BGer, 5A_465/2019, 4.10.2019*: «*démence d'Alzheimer ou de démence mixte*» mit verschiedenen MMS-Testergebnissen zwischen 18 und 21 Punkten; Urteilsfähigkeit betreffend Schenkung verneint.¹⁶¹
- *BGer, 5A_597/2020, 7.5.2021*: «*un processus neuro-dégénératif de type Alzheimer*» bei Heirat; die Urteilsfähigkeit wurde verneint und die Ehe für ungültig erklärt.

¹⁵³ Vgl. insbesondere ALEXANDRA ZEITER, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen, ZBGR 2015, 365 ff., 371 f.; STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Ehegüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, Bern 2019, 19 ff., 38.

¹⁵⁴ Vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 152), 292 ff.

¹⁵⁵ Vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 152), 300 ff.

¹⁵⁶ M.w.H. auf Formulierungsvorschläge ZEITER (FN 153), 371 f. und 380 ff.

¹⁵⁷ M.w.H. auf die einschlägige Lehre ZEITER (FN 153), 367 f.

¹⁵⁸ Kritisch hingegen FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 152), 303; so auch ROBERTO FORNITO, Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen, AJP 2019, 795 ff., 798; vgl. auch PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 36), Art. 519 ZGB N 45b.

¹⁵⁹ Eine umfassende Rechtsprechungsübersicht findet sich insbesondere bei PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 36), Art. 467 ZGB N 27.

¹⁶⁰ M.w.H. ABT (FN 12), 307 ff.

¹⁶¹ M.w.H. PAUL EITEL/FELIX HORAT, Erbrecht 2019–2021 – Rechtsprechung und Literatur, successio 2022, 211 ff., 235 f.

VI. Fazit

Das Thema Demenz ist im erbrechtlichen Alltag längst angekommen und beschäftigt Gerichte, Notare und Anwälte gleichermaßen. Dabei wird die Relevanz – soweit die Medizin weiterhin keine wirksame Therapie hervorbringt¹⁶² – in den nächsten Jahren bzw. Jahrzehnten enorm zunehmen.

Hinzu kommt, dass sich die bei Demenz ergebenden Probleme mit der per 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Erbrechtsrevision verstärken. Denn mit der Verkleinerung der Pflichtteile der Nachkommen und der Abschaffung der Pflichtteile der Eltern gibt es einerseits ein höheres Missbrauchspotenzial für allfällige Erbschleicher. Auf der anderen Seite rückt die Ungültigkeitsklage für pflichtteilsgeschützte Erben vermehrt ins Zentrum, kann mit dieser doch in gewissen Konstellationen ein massgeblich höherer Prozesserfolg erzielt werden als mit der Herabsetzungsklage.¹⁶³

Bei der *Nachlassplanung* gilt zusammengefasst festzuhalten, dass bei Demenzverdacht oder -diagnose frühzeitig mit dieser begonnen werden sollte. Gleichsam gilt aber, dass auch demente Personen noch verfassungsfähig sein können. In der Regel empfiehlt es sich sodann, bei der letztwilligen Verfügung die Form der öffentlichen Beurkundung einer eigenhändigen Errichtung vorzuziehen.

Bei der *Prozessführung* ist es ratsam, die Krankheitsgeschichte sowie Motive des Erblassers sorgfältig aufzuarbeiten und dem Gericht in übersichtlicher Art und Weise wiederzugeben bzw. vorzutragen (*Storytelling/Armchair-Rule*). Besondere Probleme ergeben sich meist schon vor dem eigentlichen Prozess bei der Beschaffung der Beweismittel. So kommt es in der Praxis (auch aufgrund der kurzen Frist für die Ungültigkeitsklage) nicht selten vor, dass zu Beginn des Prozesses noch keine Einsicht in die medizinischen Unterlagen genommen werden konnte, weil sich der behandelnde Arzt weigert, sich von der beruflichen Schweigepflicht entbinden zu lassen. Solche und weitere Stolpersteine können aber mit entsprechenden flankierenden Massnahmen vermieden bzw. überwunden werden.

Zu guter Letzt gilt darauf hinzuweisen, dass in Demenzprozessen insbesondere aufgrund der schwierigen

Beweislage bzw. der Ungewissheit, wann die Beweislast kippt, u.U. eine Vergleichslösung akzeptiert bzw. ggf. gar angestrebt werden sollte.

¹⁶² M.w.H. auf die bisherigen Therapiemöglichkeiten vgl. MONSCH ET AL. (FN 15), 1242 ff.

¹⁶³ Vgl. STEPHAN WOLF, Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen, ZBJV 2022, 417 ff., 425; so bereits Bericht vom 10. Mai 2017 über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), 11.