

Dokument	<b>successio 2017 S. 284</b>
Autor	<b>Martin Bichsel</b>
Titel	<b>Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson</b>
Urteilsbesprechung	<b>5A_439/2012, 5A_384/2012, 5A_191/2012</b>
Seiten	<b>284-299</b>
Publikation	<b>Successio - Zeitschrift für Erbrecht</b>
Herausgeber	<b>Margareta Baddeley, Peter Breitschmid, Paul Eitel, Harold Grüninger, Hans Rainer Künzle, Alexandra Rumo-Jungo, Paul-Henri Steinauer, Benno Studer, Thomas Sutter-Somm</b>
ISSN	<b>1662-2650</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

---

successio 2017 S. 284

## **Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson**

**BGE 5A\_384/2012\*, BGE 5A\_439/2012\*\*, BGE 5A\_191/2012\*\*\*, BGE 5A\_795/2013\*\*\*\***

**Martin Bichsel\*\*\*\***

---

successio 2017 S. 284, 285

Der Beitrag befasst sich mit Fragen der gerichtlichen Beurteilung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit, insbesondere im Zusammenhang mit dem Beweis der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit und mit der notariellen Prüfung der Urteilsfähigkeit bei öffentlichen Testamenten.

Cette contribution traite des questions relatives au contrôle judiciaire de la capacité de disposer pour cause de mort, notamment dans le cadre de la preuve de la capacité de discernement, resp. de l'incapacité de discernement, et de la vérification de cette capacité par le notaire pour les testaments authentiques.

---

\* Urteil des Bundesgerichts vom 13.09.2012.

\*\* Urteil des Bundesgerichts vom 13.09.2012.

\*\*\* Urteil des Bundesgerichts vom 12.10.2012.

\*\*\*\* Urteil des Bundesgerichts vom 27.02.2014.

\*\*\*\*\* Notar und Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Rubigen.

\*



The article deals with questions of judicial review of the legal capacity to make testamentary dispositions, especially in the context of proof of capacity («sound mind») resp. lack of capacity, as well as the examination of the capacity to consent by the notary in the case of a public last will.

## I. Vorbemerkungen

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die gerichtliche Beurteilung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit im Streitfall, insbesondere auf die Fragen im Zusammenhang mit dem Beweis der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit und im Zusammenhang mit der notariatsrechtlichen Prüfung der Urteilsfähigkeit bei öffentlichen letztwilligen Verfügungen (öffentlichen Testamenten).

Dementsprechend werden die Sachverhalte und die bundesgerichtlichen Erwägungen nur summarisch und eingeschränkt auf die Themen des Beitrags zusammengefasst.

## II. Sachverhalte

### 1. BGE 5A\_384/2012

Der Erblasser C, geb. 1930, verstarb am 26.11.2007. Seine gesetzlichen Erben waren seine vier Geschwister. Er hinterliess ein öffentliches Testament vom 19.04.2005, worin er als Alleinerbin die Stiftung B einsetzte und betreffend seine erbrechtliche Verfügungsfähigkeit auf ein psychiatrisches Gutachten vom 06.04.2005 verwies.

Am 24.10.1996 war der Erblasser auf eigenes Begehren unter Vormundschaft gestellt worden. Diese vormundschaftliche Massnahme basierte auf einem ärztlichen Gutachten vom 18.09.1996, wonach der Erblasser infolge Geistesschwäche im Sinne von Art. 396 aZGB unfähig war, seine Angelegenheiten zu besorgen.

Zwei Geschwister klagten auf Ungültigkeit des öffentlichen Testaments vom 19.04.2005 infolge Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.

Beide kantonalen Instanzen wie auch das Bundesgericht wiesen die Ungültigkeitsklage ab.

### 2. BGE 5A\_439/2012

Die Erblasserin W, geb. 15.11.1912, verstarb am 21.02.2007. Ihre gesetzlichen Erben waren ihre zwei Kinder. Sie hinterliess ein öffentliches Testament vom 12.04.2006, worin sie unter anderem betreffend ein Grundstück eine Teilungsordnung erlassen hatte.

Am 03.02.2006 war über die Erblasserin eine Verwaltungsbeiratschaft im Sinne von Art. 395 Abs. 2 aZGB errichtet worden.

Ein Kind klagte auf Ungültigkeit des öffentlichen Testaments vom 12.04.2006 infolge Urteilsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.

Beide kantonalen Instanzen wie auch das Bundesgericht wiesen die Ungültigkeitsklage ab.



### **3. BGE 5A\_191/2012**

Die Erblasserin C, geb. 29.04.1913, verstarb am 01.11.2007. Sie hinterliess keine gesetzlichen Erben, sodass ihre Erbschaft an den Kanton Genf fiel. Sie hinterliess ein öffentliches Testament vom 30.07. 2002, worin sie den Ehegatten X zwei Grundstücke vermachte.

Am 09.06.1997 war über die Erblasserin auf eigenes Begehren aufgrund ihres Gesundheitszustands eine Beistandschaft errichtet worden. Zwischen 1997 und 2003 wurden verschiedene ärztliche Gutachten betreffend die Urteilsfähigkeit der Erblasserin erstellt. Am 13.01.2003 wurde sie vorsorglich, am 28.10.2003 definitiv entmündigt.

Der Kanton Genf klagte auf Ungültigkeit des Vermächtnisses gemäss öffentlichem Testament vom 30.07.2002 infolge Urteilsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.

Das erstinstanzliche Gericht hiess die Klage gut und erklärte das Vermächtnis für ungültig. Das zweitinstanzliche Gericht wie auch das Bundesgericht bestätigten dieses Urteil.

### **4. BGE 5A\_795/2013**

Der Erblasser Y, geb. 1919, verstarb am 05.04.2004. Seine gesetzlichen Erben waren seine Ehefrau und vier Nichten/Neffen. Er hinterliess ein öffentliches Testament vom 22.03.2001, worin er als Alleinerbin seine Ehefrau einsetzte und als Nacherbin auf den Überrest seine Schwester und als Ersatznacherben deren vier Kinder.

Am 20.08.2003 war der Erblasser provisorisch unter Vormundschaft gestellt worden.

Die Schwester bzw. nach deren Tod die vier Nichten/Neffen klagten unter anderem auf Ungültigkeit des öffentlichen Testaments vom 22.03.2001 infolge Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.

Beide kantonalen Instanzen wie auch das Bundesgericht wiesen die Ungültigkeitsklage ab.

## **III. Bundesgerichtliche Erwägungen (Eckpunkte)**

### **1. Verfügungsfähigkeit des Erblassers zur Zeit der Errichtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung**

In allen referierten Bundesgerichtsentscheiden war die Frage umstritten, wie es zur Zeit der Errichtung

---

successio 2017 S. 284, 286

der öffentlichen letztwilligen Verfügung um die Verfügungsfähigkeit (Urteilsfähigkeit) des Erblassers bestellt war. Diesbezüglich hat das Bundesgericht in Bestätigung seiner konstanten Rechtsprechung Folgendes erwogen.

#### **a. Massgebende Gesetzesbestimmungen<sup>1</sup>**

Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB: eine Verfügung von Todes wegen wird auf Klage für ungültig erklärt, wenn sie vom Erblasser zu einer Zeit errichtet worden ist, da er nicht verfügungsfähig war.

---

<sup>1</sup> BGE 5A\_384/2012 E.6.1; BGE 5A\_439/2012 E.2; BGE 5A\_191/2012 E.4.1; BGE 5A\_795/2013 E.7.1.



Art. 467 ZGB: letztwillig über sein Vermögen verfügen kann nur, wer urteilsfähig ist.

Art. 16 aZGB: urteilsfähig ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Art. 16 nZGB: urteilsfähig ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters<sup>2</sup>, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung<sup>3</sup>, Rausch oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln<sup>4</sup>.

## b. Begriff der Urteilsfähigkeit<sup>5</sup>

Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält zwei Elemente. Die intellektuelle Komponente ist die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen. Das Willens- bzw. Charakterelement besteht im Vermögen, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach freiem Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten.

Die Urteilsfähigkeit ist 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 zwar gewisse Alltagsgeschäfte noch zu besorgen vermag und diesbezüglich urteilsfähig ist, während ihr für anspruchsvollere Geschäfte die Urteilsfähigkeit abzusprechen ist. Im Unterschied zu alltäglichen Geschäften und Besorgungen zählt die Errichtung eines Testaments zu den anspruchsvolleren Geschäften; dies trifft insbesondere dann zu, wenn komplizierte Verfügungen getroffen werden<sup>6</sup>. Bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist dementsprechend nicht danach zu fragen, ob die getroffenen Anordnungen vernünftig sind, angesichts der Umstände gerechtfertigt oder bloss fair; eine absurde Verfügung kann allerdings ein Indiz für das Fehlen der Urteilsfähigkeit sein<sup>7</sup>. Die Urteilsfähigkeit muss somit bezogen auf eine kon-

---

2 Das Gesetz erwähnt richtigerweise das Greisenalter nicht; auch alte und sehr alte Menschen kommen grundsätzlich in den Genuss der vermuteten Urteilsfähigkeit; vgl. BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, N 22 zu Art. 16 ZGB; Seiler, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich 2017 (zit. Seiler), Rz 450.

3 Die Altersdemenz fällt unter den Begriff «psychische Störung» (Aebi-Müller, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. Sep-tember 2014 [zit. Aebi-Müller, Jusletter], Rz 48; Bucher/-Aebi-Müller, BK, Art. 16 ZGB N 101). Die meisten Anfechtungen von durch Hochbetagte verfassten Testamenten betreffen Demenzerkrankungen, wobei unter dem Oberbegriff «Demenz» unterschiedliche Krankheitsformen verstanden werden (vgl. dazu und zu den Kriterien für Demenz Hausheer/Perrig-Chiello, Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters, juristische und psychologische Überlegungen zum Begriff der Urteilsfähigkeit, in: ZBJV 2012 [zit. Hausheer/Perrig--Chiello], S. 790).

4 Vgl. zu den Ursachen der Urteilsunfähigkeit Biri, Testierfähigkeit und deren Beweis, Zürich 2016 (zit. Biri), Rz 39 bis 46.

5 BGE 5A\_384/2012 E.6.1.1; BGE 5A\_439/2012 E.2; BGE 5A\_191/2012 E.4.1.1; BGE 5A\_795/2013 E.7.1.

6 In der Literatur werden unter anderem eine reine Pflichtteilssetzung, die Einsetzung eines Willensvollstreckers, die Anordnung einfacher Teilungsvorschriften und die Aussetzung eines Legats als einfache Verfügungen -qualifiziert, während der Erlass von Bedingungen und Auflagen, die Anordnung einer Vor- und Nacherben-einsetzung oder Anordnungen im Zusammenhang mit personell, familiär und/oder vermögensmässig komplexen Ausgangslagen als komplizierte Verfügungen qualifiziert werden.

7 Bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit gewährt die Privat-autonomie die Verbindlichkeit unvernünftiger, anormaler und schwer nachvollziehbarer Entscheidungen (Bublitz, Der echte, vernünftige oder letzte Wille? -Authentizität und rational choice als implizite Voraussetzungen der Urteils- und Testierfähigkeit, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Zürich 2014 [zit. Bublitz], S. 56). Vgl. zur Frage der Vernünftigkeit von Verfügungen von Todes wegen auch Wolf/Genna, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/1, (zit. Wolf/Genna), S. 186/187; Seiler, Rz 456 bis 458; Bucher/Aebi-Müller, BK, Art. 16 ZGB N 78 ff. und 176/177.

krete Verfügung im Zeitpunkt ihrer Errichtung vorliegen<sup>8</sup>.

### c. Vermutung der Urteilsfähigkeit<sup>9</sup>

Die Urteilsfähigkeit ist die Regel (Art. 16 ZGB). Betreffend die Fähigkeit, von Todes wegen zu verfügen, wird bei volljährigen Personen die Urteilsfähigkeit aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet. Folglich hat derjenige, der ihr Nichtvorhandensein behauptet, die Tatsachen zu beweisen, aus denen auf Urteilsunfähigkeit zu schliessen ist<sup>10</sup>. Weil die Natur der Dinge selber den absoluten Beweis des Geisteszustandes einer verstorbenen Person unmöglich macht, gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vraisemblance prépondérante), d.h., es genügt eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit, welche jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst.

### d. Vermutung der Urteilsunfähigkeit<sup>11</sup>

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit ist dann umgestossen, wenn die betreffende Person ihrer allgemeinen Verfassung nach aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, wie dies bei bestimmten Geisteskrankheiten und bei erheblichen psychischen Störungen oder auch dann der Fall sein kann, wenn sich der Erblasser – zur Zeit der Errichtung der Verfügung – in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befindet, wie er bei ärztlich diagnostizierter (schwerer<sup>12</sup>) Altersdemenz aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung zu vermuten ist. Die Urteilsunfähigkeit wird hingegen nicht vermutet und ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu beweisen, wenn ein Erblasser im fortgeschrittenen Alter nur gebrechlich, gesundheitlich angeschlagen (angeschlagene psychische Gesundheit) und zeitweise verwirrt ist, lediglich Absenzen infolge eines Hirnschlags hat oder bloss an altersbedingten Erinnerungslücken leidet<sup>13</sup>.

Ist die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen und gilt die Vermutung der Urteilsunfähigkeit, steht der Gegenpartei der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit im massgebenden Zeitpunkt in einem luziden Intervall gehandelt hat. Da dieser Gegenbeweis schwierig zu erbringen ist, gilt auch dafür das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

<sup>8</sup> Vgl. zur Relativität der Urteilsfähigkeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht Biri, Rz 47 bis 52, 141 bis 162. Vgl. zum massgebenden Zeitpunkt Seiler, Rz 462 bis 468.

<sup>9</sup> BGE 5A\_384/2012 E.6.1.2; BGE 5A\_439/2012 E.2; BGE 5A\_191/2012 E.4.1.2; BGE 5A\_795/2013 E.7.1.

<sup>10</sup> Ruft der Beklagte die Vermutung der Urteilsfähigkeit an, hat somit der Anfechtungskläger die Urteilsunfähigkeit zu beweisen und nicht der Beklagte die Urteilsfähigkeit (vgl. zu dieser Beweisstufe 2 Ziffer IV/3/c hiernach).

<sup>11</sup> BGE 5A\_384/2012 E.6.1.2; BGE 5A\_439/2012 E.2; BGE 5A\_191/2012 E.4.1.2; BGE 5A\_795/2013 E.7.1.

<sup>12</sup> Eine leichte Altersdemenz und in der Regel auch eine mittlere Altersdemenz genügen für die Auslösung der Vermutung der Urteilsunfähigkeit gemäss aktueller Rechtsprechung nicht. Auch gemäss Habermeyer/Sass, Die überdauernde krankhafte Störung der Geistestätigkeit als Voraussetzung der Geschäftsunfähigkeit, in: Der Nervenarzt, 11/2002, S.1096, wird bei mittelgradigen Beeinträchtigungen der Gedächtnis- und anderer kognitiver Funktionen noch Urteilsfähigkeit anzunehmen sein.

<sup>13</sup> Breitschmid, in: BSK ZGB II, N 3 zu Art. 468, hält dafür, dass der Erblasser auch in prekären (aber für die Testamentserrichtung typischen) Situationen psychischer oder physischer Belastung oder Schwäche verfügen darf (vgl. auch PraxKomm Erbrecht-Zeiter/Schröder, Art. 467 ZGB N 10; Seiler, Rz 450; sowie BGE 5A\_12/2009 E. 5.3, BGE 5C.193/2004 E. 2.3.1).



### e. Wegfall der Vermutungen<sup>14</sup>

Gelangt das Sachgericht auf der Basis von willkürfrei festgestellten Tatsachen zur Erkenntnis bzw. zur Überzeugung, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung urteilsfähig bzw. urteilsunfähig war, werden die hiervor dargelegten Vermutungen allesamt hinfällig<sup>15</sup>.

### f. Bedeutung einer vormundschaftlichen (seit 01.01.2013: erwachsenenschutzrechtlichen) Massnahme<sup>16</sup>

Das Vorliegen einer vormundschaftlichen Massnahme gegenüber dem Erblasser schliesst die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit nicht ohne Weiteres aus, ist allerdings ein Indiz, welches erlaubt, die im Massnahmenentscheid berücksichtigten Tatsachen zu prüfen.

---

successio 2017 S. 284, 288

### g. Tatfragen und Rechtsfragen<sup>17</sup>

Die Feststellungen über den geistigen Zustand einer Person, über die Art und Tragweite möglicher (psychischer) Störungen, betreffend die Frage, ob und inwieweit die betroffene Person zur Beurteilung der Folgen ihres Handelns und zur Leistung von Widerstand gegenüber Versuchen der Willensbeeinflussung befähigt war, wie auch über den Zustand, in welchem sich eine Person im Zeitpunkt der Ausführung einer besonderen Handlung befindet, sind tatsächlicher Natur.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (und damit die Beweiswürdigung) kann nur eingewendet werden, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (Art. 9 BV) oder würden auf einer anderen Rechtsverletzung in Sinne von Art. 95 BGG beruhen, insbesondere auf der Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift. Überdies ist in der Beschwerde darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Bei der Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein. Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen. Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich (Art. 9 BV), wenn das Sachgericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat oder wenn es ohne sachlichen Grund ein stichhaltiges Beweismittel (preuves pertinentes) unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat.

Von den tatsächlichen Feststellungen über den Geisteszustand des Erblassers bzw. über die diesbezüglichen Störungen ist die Rechtsfrage zu unterscheiden, ob von diesem geistigen Zustand auf die Urteilsfähigkeit zu schliessen ist, soweit dieser Schluss vom

---

<sup>14</sup> BGE 5A\_439/2012 E.2.

<sup>15</sup> In diesem Fall wird auch die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos, weil nicht Beweislosigkeit vorliegt, sondern ein positives Beweisergebnis (vgl. Fn. 46 hiernach).

<sup>16</sup> BGE 5A\_384/2012 E. 6.1.3; vgl. auch Aebi-Müller, Jusletter, Rz 97.

<sup>17</sup> BGE 5A\_384/2012 E. 2, 4, 5.1; BGE 5A\_439/2012 E. 1.2, 3, 4; BGE 5A\_191/2012 E. 2, 4.1.3; BGE 5A\_795/2013 E. 5.1.1, 5.1.2.



Begriff der Urteilsfähigkeit selbst bzw. von der allgemeinen Lebenserfahrung oder vom hohen Grad der Wahrscheinlichkeit abhängt, der für den Ausschluss der Urteilsfähigkeit erforderlich ist. Anders gesagt: die rechtliche Subsumtion ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft.

## **h. Beurteilung von Gutachten zur Urteilsfähigkeit<sup>18</sup>**

Die beschriebene Unterscheidung von Tatfragen und Rechtsfragen ist namentlich bei der Auswertung von Aussagen sachverständiger Personen zu beachten.

Zieht das Gericht im Hinblick auf die Beurteilung der Urteilsfähigkeit – sei es als Zeugen, sei es zur Erstellung eines Gutachtens – einen medizinischen Sachverständigen bei, so hat sich dieser darauf zu beschränken, den Geisteszustand der untersuchten Person möglichst genau zu beschreiben und aufzuzeigen, ob und in welchem Mass ihr geistiges Vermögen versagt bzw. versagte. Der Experte muss seine Beurteilung auf die Elemente des Sachverhalts beschränken. In erbrechtlichen Angelegenheiten muss das angeordnete Gutachten über den Geisteszustand insbesondere eine Aussage über den geistigen Gesundheitsstand der betroffenen Person enthalten, wie auch über die Auswirkungen allfälliger Störungen der geistigen Gesundheit auf die intellektuelle Fähigkeit und auf die Willensfähigkeit, mit seinem Vermögen umzugehen.

Auf der Grundlage des Gutachtens muss der Richter in der Lage sein, die rechtlichen Fragen zu beantworten, die sich aus Art. 16 und 467 ZGB ergeben, insbesondere zu entscheiden, ob die Person an einer Geisteskrankheit leidet oder ein Grund dafür besteht, dass die Fähigkeit fehlt, über sein Vermögen vernunftgemäss letztwillig zu verfügen.

Welche rechtlichen Schlüsse aus dem Ergebnis der medizinischen Beurteilung zu ziehen sind, namentlich ob vom beschriebenen geistigen Gesundheitszustand auf die Urteilsfähigkeit zu schliessen sei oder nicht, hat als Rechtsfrage allein der Richter zu beurteilen. Eine Delegation dieser Beurteilung an Dritte ist unzulässig. Daraus folgt, dass der Richter nicht auf eine Expertenaussage abstellen darf, wenn mit dieser eine Rechtsfrage beantwortet wird<sup>19</sup>.

---

successio 2017 S. 284, 289

Der Richter würdigt die Beweiskraft eines Gutachtens frei. In Fachfragen darf der Richter jedoch nur aus triftigen Gründen von einem Gutachten abweichen, beispielsweise wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder den Dokumenten und Erklärungen, auf die es sich bezieht, einen Sinn oder eine Tragweite beimisst, die mit diesen nicht übereinstimmen. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotene zusätzliche Beweiserhebung kann gegen das Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (Art. 9 BV) verstossen.

Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn das Gutachten eindeutige und erkennbare Fehler aufweist, die der Richter, selbst ohne spezifische Kenntnisse, schlichtweg nicht ignorieren kann.

---

<sup>18</sup> BGE 5A\_384/2012 E. 5.1; BGE 5A\_439/2012 E. 4.1; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.3; BGE 5A\_795/2013 E. 5.1.2; vgl. zur Entscheidungsrelevanz von Gutachten auch Biri, Rz 129 bis 133 und Seiler, Rz 501 ff.

<sup>19</sup> In diesem Sinne wenig hilfreich ist ein Zeugnis beispielsweise des Hausarztes, welches lediglich festhält, dass der Erblasser in einem bestimmten Zeitraum oder an einem bestimmten Tag urteilsfähig war. Beweismässig hilfreich sind vielmehr Zeugnisse, welche den geistigen Gesundheitszustand des Erblassers möglichst genau beschreiben und bei Störungen deren Auswirkungen auf den Intellekt und die Willensfähigkeit aufzeigen. In BGE 5A\_12/2009 wurde folgender fachärztliche Befund als beweisrelevant beurteilt: *Der erstbehandelnde Arzt beschreibt den Erblasser als «fortwährend ansprechbar und orientiert» und hat als Zeuge bestätigt, dass der Erblasser ansprechbar gewesen sei, die Situation (wie Ort und Zeit) erfasst und die eigene Situation richtig wiedergegeben habe sowie die Fragen richtig habe beantworten können.*

Andererseits überprüft das Bundesgericht die Rechtsfragen frei, seien es die rechtlichen Schlüsse des Richters betreffend die Testierfähigkeit oder betreffend die Anwendung der Vermutungen der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit. Insbesondere wenn es um die Beurteilung eines medizinischen Gutachtens betreffend die geistige Gesundheit geht, ist auch die durch den medizinischen Sachverständigen angewandte Methode eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft.

## **2. Bemerkenswertes im Zusammenhang mit den Themen dieses Beitrags**

### **a. BGE 5A\_384/2012<sup>20</sup>**

Keiner der Experten stellte beim Erblasser eine Geisteskrankheit fest. Eine bloss, die Alltagsgeschäfte nicht beeinträchtigende Geistesschwäche, festgestellt im Zusammenhang mit einem als kompliziertes Geschäft qualifizierten Grundstückkaufvertrag, bewirkt nicht per se einen genügenden Umstand, um die Vermutung der Urteilsfähigkeit umzustossen. Der Inhalt des öffentlichen Testaments (Einsetzung der Stiftung B als Alleinerbin) wurde als relativ einfach beurteilt und angesichts der teilweise prozessbelasteten Beziehung des Erblassers zu seinen gesetzlichen Erben nicht als unvernünftig.

Daraus schloss das Bundesgericht, dass der entmündigte, aber urteilsfähige Erblasser gültig letztwillig verfügen konnte.

### **b. BGE 5A\_439/2012<sup>21</sup>**

Der Einwand der willkürlichen Beweiswürdigung wurde verworfen und die willkürfreie Feststellung des Sachgerichts geschützt, wonach ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass die Erblasserin trotz ihrer kognitiven Störungen – gemäss gerichtlich eingeholtem, alterspsychiatrischem Gutachten litt die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des streitigen Testaments an einer mittelschweren Demenz im Sinne der 10. Fassung der «International Classification of Diseases» («ICD-10») – grundsätzlich wusste und auch wollte, was in dem vom Notar vorbereiteten öffentlichen Testament geschrieben stand. Diese tatsächliche Erkenntnis lässt gemäss Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht keinen anderen Schluss zu, als dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung im Sinne von Art. 16 ZGB über die Fähigkeit verfügte, vernunftgemäss zu handeln, also urteilsfähig war.

### **c. BGE 5A\_191/2012<sup>22</sup>**

Angesichts des Vorliegens von zwei Gutachten zu Lebzeiten der Erblasserin – eines 3 Wochen vor, das andere 2½ Monate nach der Testamentserrichtung – über die Urteilsfähigkeit betreffend eine Grundstückschenkung erübrigt es sich, zu prüfen, welche Vermutung (Vermutung der Urteilsfähigkeit bzw. Vermutung der Urteilsunfähigkeit) massgebend ist; es gilt vielmehr, die beiden Gutachten einander gegenüberzustellen und – gestützt auf die darin enthaltenen Feststellungen – in concreto zu bestimmen, ob die Erblasserin im massgebenden Zeitpunkt die Verfügungsfähigkeit hatte oder nicht.

Das Bundesgericht schützte das willkürfreie Abstellen auf das zweite, detaillierte Gerichtsgutachten 2½ Monate nach der Testamentserrichtung, welches im Unterschied zum ersten Gutachten eine anerkannte Beurteilungsmethode gemäss internationalem

---

<sup>20</sup> E. 6.2.

<sup>21</sup> E. 3.1, 4.2.

<sup>22</sup> E. 4.6, 4.7.

Standard WHO (OMS) und DMS (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) verwendete, und billigte den rechtlichen Schluss, dass die Erblasserin nach Massgabe der im Gutachten beschriebenen geistigen Fähigkeiten nicht über eine genügende Urteilsfähigkeit verfügte, um am 30.07.2002 zu testieren.

---

successio 2017 S. 284, 290

#### **d. BGE 5A\_759/2013<sup>23</sup>**

Die durch das Sachgericht willkürfrei festgestellten Tatsachen erlaubten nicht den Schluss, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des öffentlichen Testaments mit überwiegender Wahrscheinlichkeit an einer Geisteskrankheit oder an einer Demenz litt und sich demzufolge in einem dauerhaften Zustand verminderter intellektueller Fähigkeiten befand. Das Bundesgericht schützte dementsprechend die Feststellung des Sachgerichts, dass die Urteilsfähigkeit des Erblassers zu vermuten ist, ungeachtet der Beeinträchtigung der physischen Gesundheit (Hydrocéphalie). Den Anfechtungsklägern gelang weder der Beweis, dass der festgestellte Sachverhalt zur Vermutung der Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Zeitraum der Errichtung und Unterzeichnung des Testaments führen musste, noch der Beweis, dass der Erblasser im exakten Zeitpunkt der Errichtung und Unterzeichnung seines letzten Willens tatsächlich urteilsunfähig war.

Das Bundesgericht würdigte sachverhaltsmässig unter anderem, dass der Erblasser seine Wünsche mindestens dreimal äussern konnte; einmal gegenüber seinem Anwalt, dann anlässlich der Sitzung mit dem Notar sieben Tage vor der Beurkundung des Testaments und schliesslich anlässlich der öffentlichen Beurkundung des Testaments am 22.03. 2001. Weiter würdigte das Bundesgericht, dass das zu beurkundende Testament nicht von besonderer Schwierigkeit war, indem es zur Hauptsache ein früheres Testament und frühere Anordnungen bestätigte und eine Nacherbschaft enthielt, welche vom Notar erläutert worden ist, und dass die letztwilligen Anordnungen mit der seit Jahren üblichen Denkweise des Erblassers übereinstimmten.

## **IV. Bemerkungen**

### **1. Vorbemerkung**

Die referierten Bundesgerichtsentscheide weisen folgende Gemeinsamkeiten im Sachverhalt auf:

- Alle Erblasser testierten in leicht bzw. stark fortgeschrittenem Alter<sup>24</sup>.
- Alle Erblasser waren von vormundschaftlichen Massnahmen betroffen<sup>25</sup>.
- Alle Erblasser wählten die Testamentserrichtung mit öffentlicher Beurkundung (öffentliches Testament gemäss Art. 499 ff. ZGB).

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich auf folgende drei Themenbereiche: erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (Ziffer IV/2 hiernach), Beweisrechtliches (Ziffer IV/3 hiernach) sowie Urteilsfähigkeit und öffentliches Testament (Ziffer IV/4 hiernach).

---

<sup>23</sup> E. 7.3.

<sup>24</sup> 75 Jahre in BGE 5A\_384/2012, 82 Jahre in BGE 5A\_795/2013, 89 Jahre in BGE 5A\_191/2012 und 94 Jahre in BGE 5A\_439/2012.

<sup>25</sup> Vormundschaft auf eigenes Begehren 9 Jahre vor der Testamentserrichtung in BGE 5A\_384/2012, Beistandschaft auf eigenes Begehren 5 Jahre davor in BGE 5A\_191/2012, Verwaltungsbeiratschaft 2 Monate davor in BGE 5A\_439/2012 und Vormundschaft 2 Jahre nach der Testamentserrichtung in BGE 5A\_795/2013.



## 2. Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit

Wer eine Verfügung von Todes wegen (letztwillige Verfügung oder Erbvertrag) errichten will, muss erbrechtlich verfügungsfähig sein, und zwar im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung (vgl. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit liegt vor, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Volljährigkeit, d.h. zurückgelegtes 18. Altersjahr (Art. 467, 468 Abs. 1 und 14 ZGB).
2. Urteilsfähigkeit, d.h. die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln (Art. 467, 468 Abs. 1 und 16 ZGB).
3. Selbstständiges, eigenes Handeln. Mit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen wird ein absolut höchstpersönliches Recht ausgeübt, sodass gemäss dem Grundsatz der *formellen* Höchstpersönlichkeit von erbrechtlichen Verfügungen für den verfügenden Erblasser eine Stellvertretung ausgeschlossen ist. Beim Erbvertrag ist dagegen für den bzw. die Vertragsparteien, die nicht als Erblasser verfügen, eine Stellvertretung zulässig.
4. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters<sup>26</sup> – im Sinne einer reinen Mitwirkung<sup>27</sup> – beim Abschluss eines Erbvertrags durch einen Erblasser unter einer umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB oder unter einer Beistandschaft, die gemäss Art. 391 Abs. 1 ZGB den Abschluss

---

successio 2017 S. 284, 291

eines Erbvertrags umfasst (Art. 468 Abs. 2 ZGB)<sup>28</sup>. Bis 31.12.2012 konnten urteilsfähige Entmündigte nur testieren.

Liegen diese Voraussetzungen im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen nicht vor, wird die Verfügung auf erhobene Klage für ungültig erklärt (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

Von einem urteilsunfähigen Erblasser errichtete Verfügungen von Todes wegen sind somit nicht nichtig, sondern nur anfechtbar<sup>29</sup>, entweder grundsätzlich innert Jahresfrist mit der Ungültigkeitsklage oder spätestens bei der Erteilung mit der Ungültigkeitseinrede (Art. 521 ZGB)<sup>30</sup>.

## 3. Beweisrechtliches

### a. Ausgangslage

In aller Regel betreffen Anfechtungsklagen gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Frage der Urteilsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der erbrechtlichen Verfügung, so auch in den referierten Bundesgerichtsentscheiden.

---

<sup>26</sup> Nicht aber eine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde; vgl. Wolf/Setz, Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: Wolf (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, INR 13, Bern 2012 (zit. Wolf/Setz), S. 35 Fn. 19.

<sup>27</sup> Gemäss dem Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit von erbrechtlichen Verfügungen ist eine Stellvertretung für den verfügenden Erblasser ausgeschlossen (vgl. Seiler, Rz 531 bis 535).

<sup>28</sup> Letzteres gilt für die Mitwirkungsbeistandschaft mit Aufgabenbereich «Abschluss Erbvertrag», nicht aber für eine reine Vertretungs- oder Begleitbeistandschaft (vgl. FamKomm Erwachsenenschutz/Eitel/Zeiter, Art. 468 N 28 ff.; Seiler, Rz 436).

<sup>29</sup> PraxKomm Erbrecht-Abt, Art. 519 ZGB N 7, vertritt die Auffassung, dass bei extremer bzw. krasser Urteilsunfähigkeit Nichtigkeit gegeben sein kann (vgl. auch BGE 132 III 315 E. 2.2 und grundlegend betreffend die Abgrenzung zur nichtigen Verfügung Seiler, § 11).

<sup>30</sup> Wolf/Setz, II/3, S. 47.



Für den Anfechtungskläger ist somit entscheidend, dass er die bundesgerichtlichen Grundsätze der Beweislastverteilung und der Beweiserleichterungen im Zusammenhang mit der gerichtlichen Beurteilung der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit und die zur Anwendung gelangenden Beweisregeln kennt. Die referierten Bundesgerichtsentscheide wiederholen diesbezüglich einerseits Bekanntes, andererseits enthält BGE 5A\_439/2012 folgende Präzisierung: «Gelangt das Sachgericht auf der Basis von willkürfrei festgestellten Tatsachen zur Erkenntnis, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung urteilsfähig war, werden die hiervor dargelegten Vermutungen jedoch allesamt hinfällig»<sup>31, 32</sup>. Diese Präzisierung führte in BGE 5A\_439/2012 zu folgendem beweisrechtlich relevanten Schluss: «Angesichts dieser Erkenntnis erübrigt es sich zu erörtern, ob der Beschwerdeführerin der Beweis gelungen ist, dass ihre Mutter zum fraglichen Zeitpunkt schon seit längerer Zeit dauernd urteilsunfähig war, oder ob die Erblasserin an einer Geistesstörung litt, wegen der sie mit grosser Wahrscheinlichkeit ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall urteilsunfähig war.»<sup>33</sup>

Was bedeutet diese Präzisierung im Zusammenhang mit der gerichtlichen Beurteilung der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit?

Nach meinem Verständnis sind drei Beweisstufen mit drei unterschiedlichen Beweisthemen zu unterscheiden<sup>34</sup>.

## b. Beweisstufe 1

In Beweisstufe 1 geht es um folgendes Beweisthema: *War der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen urteilsfähig oder nicht*<sup>35</sup>?

Wem obliegt diesbezüglich die objektive Beweislast?

Ganz allgemein ist davon auszugehen, dass das Gesetz nicht die Urteilsfähigkeit als rechtserzeugende, sondern die Urteilsunfähigkeit als rechtshindernde Tatsache wertet, folglich die Urteilsunfähigkeit und nicht die Urteilsfähigkeit zu beweisen ist<sup>36</sup>. Dementsprechend muss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZGB so verstanden werden, dass die Urteilsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung nicht als rechtserzeugend, sondern deren Fehlen als rechtshindernd zu beweisen ist. Wer die Urteilsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt bestreitet bzw. für diesen Zeitpunkt die Urteilsunfähigkeit behauptet, ist hierfür beweispflichtig. Die Beweislast für die Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt liegt somit beim *Anfechtungskläger*.

Diese Beweislastverteilung folgt auch dem Beweislastverteilungsprinzip nach Regel und Ausnahme: die Urteilsfähigkeit ist die Regel, die Ur-

---

successio 2017 S. 284, 292

teilsunfähigkeit die Ausnahme und daher von dem zu beweisen, der sich darauf beruft<sup>37</sup>.

---

31 E. 2 a.E.

32 Diese Präzisierung wird bestätigt in BGE 5A\_71/2014 E. 3.

33 E. 4.2. a.E.

34 Rein dogmatisch betrachtet, geht die Beweisstufe 1 der Beweisstufe 2 vor und diese der Beweisstufe 3. Aus prozesstaktischen Gründen wird es aber in Zweifelsfällen (bei den meisten gerichtlichen Auseinandersetzungen geht es um Zweifelsfälle) häufig (überwiegend) vor-kommen, dass behauptungsmässig in der Beweisstufe 2 eingestiegen wird (der Beklagte ruft die Vermutung der Urteilsfähigkeit an, und der Anfechtungskläger will diese Vermutung umstossen, vgl. Ziffer IV/3/c hiernach). Es bleibt stets der Sorgfalt der Parteianwälte überlassen, den für ihre Klientschaft besten Beweisweg einzuschlagen.

35 Gäbe es bei der beweisrechtlichen Behandlung der -Urteilsfähigkeit keine Vermutungen, bliebe es stets bei dieser Beweisstufe 1.

36 Walter, BK, Art. 8 ZGB N 494.

37 Walter, BK, Art. 8 ZGB N 308/309 und 493.



Welches Beweismass ist erforderlich?

Weil bei einer verstorbenen Person ein absoluter Beweis der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit naturgemäss unmöglich ist, gilt das *herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vraisemblance prépondérante)*<sup>38</sup>. Im Gegensatz zum Regelbeweismass des vollen Beweises, bei welchem die Urteilsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen ist, genügt beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit die sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst<sup>39</sup>. Gemäss herrschender Lehre ist der Regelbeweis bei einer numerischen Wahrheitswahrscheinlichkeit von mindestens 90%, der auf überwiegende Wahrscheinlichkeit reduzierte Beweis bereits bei einer numerischen Wahrheitswahrscheinlichkeit von mindestens 75% erbracht<sup>40</sup>.

Hauptbeweis und Gegenbeweis

Gegenstand des dem Anfechtungskläger obliegenden *Hauptbeweises* sind die im Art. 16 ZGB genannten Tatsachen<sup>41</sup>, aus denen sich der rechtliche Schluss auf die Urteilsunfähigkeit ergibt. Das Vorliegen dieser Umstände ist für den Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen<sup>42</sup>. Der Beklagte ist zum *qualifizierten Gegenbeweis* zugelassen<sup>43</sup>. Auch für diesen Gegenbeweis gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Resultat der Abnahme von Hauptbeweis und Gegenbeweis

- 
- <sup>38</sup> Mit dem herabgesetzten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird der Beweisnot bzw. der Beweisschwierigkeit Rechnung getragen (BGE 124 III 5 E. 1b; BGE 5A\_748/2008 E. 5.2; BGE 5A\_12/2009 E. 3.1; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2017, Rz 905; Seiler, Der Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO – ausgewählte Aspekte, in: recht 2014, S. 207; Seiler, Rz 493 ff.), die sich daraus ergibt, dass es bis heute kein verlässliches Verfahren gibt, welches die Urteilsfähigkeit bzw. die Urteilsunfähigkeit einwandfrei beweisen kann (Tur, Notwendigkeit vormund-schaftlicher Massnahmen für eine Person mit psychischer Störung? Erfahrungen eines Gerichtspsychiaters, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Zürich 2014 (zit. Tur), S. 141; Petermann, Die Bedeutung des Instituts der Urteilsfähigkeit in einem liberalen Staat, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Zürich 2014, S. 275). Traditionell erfolgt die Demenzdiagnostik im klinischen Alltag in zwei Schritten; in einem ersten Schritt wird geklärt, ob die diagnostischen Kriterien für eine Demenz erfüllt sind; ergeben diese diagnostischen Bemühungen Verdachtsmomente, erfolgt in einem zweiten Schritt – ebenfalls im Einverständnis mit dem Patienten – eine differenzierte interdisziplinäre Diagnostik in einer Memory Clinic (Hausheer/Perrig-Chiello, S. 790/791).
- <sup>39</sup> Von Werdt Nicolas, Prüfung der Urteilsfähigkeit des Testators durch den Notar – insbesondere im Zusammenhang mit Alzheimer-Demenz, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bern 2013 (zit. Von Werdt), S. 24, Fn. 26; Walter, BK, Art. 8 ZGB N 126 ff., 134 ff. und 138 ff.; BGE 5A\_12/2009 E. 3.1.; BGE 124 III 5 E. 1.b; BGE 5A\_748/2008 E. 5.2; BGE 5A\_795/2013 E. 7.1; BGE 5A\_436/2011 E. 5.2.2; BGE 5A\_18/2012 E. 4.2; BGE 5A\_647/2011 E. 3.3; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.2; BGE 5A\_501/2013 E. 6.1.2; BGE 130 III 321 E. 3.3 (all-gemein); BGE 132 III 715 E. 3.1 (allgemein); BGE 5A\_271/2014 E. 3.4. Es dürfen somit Zweifel an der vom Anfechtungskläger behaupteten Urteilsunfähigkeit vor-handen sein, doch muss die Wahrscheinlichkeit der -Urteilsunfähigkeit diese Zweifel massiv überwiegen.
- <sup>40</sup> Walter, BK, Art. 8 ZGB N 136 und 138.
- <sup>41</sup> Im Vordergrund stehen die geistige Behinderung und die psychische Störung. Bublitz (Rz 85) hält dafür, dass das Recht vielleicht auch sonderliche, krankheitsbedingte Persönlichkeitsveränderungen und «verzerrte Wertgefüge» anerkennen und die Person so akzeptieren sollte, wie sie durch jene geworden ist, auch wenn all diese Einflüsse ausserhalb ihrer Kontrolle standen. Ansonsten besteht die Gefahr, rechtlich ein idealisiertes und verklärtes Bild der Person zu schützen.
- <sup>42</sup> Dieser Nachweis ist beispielsweise dann erbracht, wenn wegen einer Geisteskrankheit auf eine permanent vorhandene Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten zu schliessen ist (BGE 124 III 5 E. 1.b).
- <sup>43</sup> Beim qualifizierten Gegenbeweis genügt es nicht, wenn der Beklagte den dem Anfechtungskläger obliegenden Hauptbeweis der Urteilsunfähigkeit durch Zweifel erschüttert, sondern mit dem qualifizierten Gegenbeweis muss der Beklagte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Urteilsfähigkeit als solche nachweisen.



Je nach Ergebnis des Beweisverfahrens in Beweisstufe 1 ist der Hauptbeweis oder der Gegenbeweis oder keiner von beiden erbracht. *Der Beweis der Urteilsunfähigkeit (Hauptbeweis) ist erbracht*, wenn das Gericht bei der Würdigung der erhobenen Beweise zur Überzeugung gelangt, die vom Anfechtungskläger behauptete Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung der angefochtenen Verfügung sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen<sup>44</sup>. *Der Beweis der Urteilsfähigkeit (qualifizierter Gegenbeweis)*<sup>45</sup> *ist erbracht*, wenn das Gericht zur gegenteiligen Überzeugung gelangt, die

---

successio 2017 S. 284, 293

vom Beklagten behauptete Urteilsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen.

Die in Ziffer IV/3/a hiervor aufgegriffene Präzisierung des Bundesgerichts steht nach meinem Verständnis in unmittelbarem Zusammenhang mit dem in casu erfolgreichen Gegenbeweis des Beklagten. Gelangt das Sachgericht auf der Basis von willkürfrei festgestellten Tatsachen zur Erkenntnis bzw. Überzeugung, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung urteilsfähig war, bleibt es bei der Urteilsfähigkeit, und die Beweisstufen 2 und 3 erübrigen sich<sup>46</sup>. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall, dass das Sachgericht auf der Basis von willkürfrei festgestellten Tatsachen zur Erkenntnis bzw. Überzeugung gelangt, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung urteilsunfähig war. Da willkürfrei festgestellte Tatsachen das Bundesgericht binden, kann das Bundesgericht in solchen Fällen nur noch die Rechtsfrage überprüfen, ob die willkürfrei festgestellten Tatsachen den Schluss der Urteilsfähigkeit erlauben oder nicht. Selbstverständlich muss das Bundesgericht zuerst die allfällige Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts prüfen und beurteilen. Dabei helfen aber weder Vermutungen noch eine Umkehr der objektiven Beweislast.

Nur wenn weder der Hauptbeweis noch der qualifizierte Gegenbeweis gelingt, das Sachgericht aufgrund der von ihm willkürfrei festgestellten Tatsachen nicht zur Überzeugung gelangt, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit urteilsunfähig bzw. urteilsfähig war, sondern mehr als leichte Zweifel betreffend die Frage der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt verbleiben, folgt die Beweisstufe 2<sup>47</sup>.

---

44 Vgl. allgemein zum Beweis: Walter, BK, Art. 8 ZGB N 56 und 57.

45 Vgl. dazu Walter, BK, Art. 8 ZGB N 67.

46 Denn sowohl eine Vermutung als auch die in Art. 8 ZGB enthaltene Vorschrift über die Verteilung der Beweislast kommen nur dort zum Zuge, wo hinsichtlich einer rechtserheblichen Tatsache Beweislosigkeit herrscht. Erachtet das Gericht in Würdigung der erhobenen Beweise die fragliche Tatsache hingegen willkürfrei als bewiesen oder als widerlegt, so ist die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos und auch eine allfällige Vermutung hinfällig (BGE 5A\_670/2012 E. 3.1.2). Auch das auf Art. 8 ZGB gestützte Recht auf Beweis wird gegenstandslos, sobald das Sachgericht von einem erbrachten Beweis ausgeht (Walter, BK, Art. 8 ZGB N 39). Auf die Anwendung der Vermutung der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit wurde sowohl in BGE 5A\_439/2012 (E. 2 a.E., E. 4.2 a.E.) als auch in BGE 5A\_191/2012 (E. 4.6 a.A.) verzichtet.

47 Wie in Fn. 34 hiervor ausgeführt, wird in Zweifelsfällen weder der Anfechtungskläger noch der Beklagte behauptungsmässig in Beweisstufe 1 einsteigen, sondern in -Beweisstufe 2: der Beklagte ruft die Vermutung der -Urteilsfähigkeit an und wagt sich nicht vorweg an den Beweis der Urteilsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt; der Anfechtungskläger will die Vermutung der Urteilsfähigkeit umstossen, indem er die allgemein schlechte Verfassung behauptet und nachweisen will, und wagt sich nicht vorweg an den Beweis der Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt. In Zweifelsfällen beschlägt somit ein Anfechtungsprozess beweismässig in aller Regel nur die Beweisstufen 2 und 3.



### c. Beweisstufe 2

In Beweisstufe 2 geht es um folgendes Beweisthema: *War der Erblasser seiner allgemeinen Verfassung nach derart in einem dauernden Krankheitszustand (vor allem ausgeprägte psychische Störung) oder in einem dauernden Schwächezustand (vor allem ausgeprägte Altersschwäche mit alters- und krankheitsbedingtem geistigem Abbau), dass er aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall als urteilsunfähig gelten muss?*

Wem obliegt diesbezüglich die objektive Beweislast?

Die Urteilsfähigkeit einer volljährigen Person ist die Regel. Sie wird<sup>48</sup> aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung<sup>49</sup> vermutet<sup>50</sup>. Die Urteilsunfähigkeit einer volljährigen Person ist die Ausnahme. Diese Ausnahme greift nur, wenn die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen ist.

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit ist dann umgestossen, und es gilt ausnahmsweise die Vermu-

---

successio 2017 S. 284, 294

lung der Urteilsunfähigkeit<sup>51</sup>, wenn der Erblasser seiner allgemeinen Verfassung nach aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall als urteilsunfähig gelten muss, wie dies bei bestimmten Geisteskrankheiten oder auch dann der Fall sein kann, wenn sich der Erblasser im Errichtungszeitpunkt in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befindet<sup>52</sup>, wie er bei altersdementen Menschen notorisch ist<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Dies gemäss BGE 5A\_436/2011 E. 5.2.2, BGE 5A\_384/2012; BGE 5A\_795/2013 E. 7.1, BGE 5A\_647/2011 E. 3.3; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.2 und BGE 5A\_501/2013 E. 6.1.2.

<sup>49</sup> Vgl. auch BGE 124 III 5 E. 1.b.

<sup>50</sup> Nach hier vertretener (umstrittener) Auffassung liegt eine gesetzliche Rechtsvermutung vor, die nicht bewiesen werden muss (BGE 5C.193/2004 E. 4.1; BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, N 47 zu Art. 16 ZGB; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2013, § 18 N 54/55; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Bern 2010, § 43 N 60/61; a.M. u.a. Seiler, Rz 480 ff. und Bucher/Aebi-Müller, BK, Art. 16 ZGB N 154 ff.). So oder anders gehört der Satz (die Feststellung), dass volljährige Personen vermuthungsweise (in der Regel) urteilsfähig sind, zu den allgemein anerkannten (generell-abstrakten) Erfahrungssätzen gemäss Art. 151 ZPO, da auch Schlussfolgerungen, die auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen, dieser Regel unterliegen. Die Vermutungsfolge «Urteilsfähigkeit» muss dementsprechend so oder anders nicht bewiesen werden (Walter, BK, Art. 8 ZGB N 15, 59 und 99; Groner, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 13 ff.).

<sup>51</sup> Nach hier vertretener (umstrittener) Auffassung liegt auch hier eine gesetzliche Rechtsvermutung vor, die nicht bewiesen werden muss (BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, N 4 zu Art. 16 ZGB; a.M. u.a. Seiler, Rz 489 ff.), da Art. 16 ZGB den Umkehrschluss zulässt, dass bei relevanter geistiger Behinderung oder bei relevanter psychischer Störung und damit im Ausnahmefall die Urteilsunfähigkeit zu vermuten ist (vgl. auch BGE 124 III 5 E. 4b). So oder anders gehört der Satz (die Feststellung), dass Personen in allgemein schlechter Verfassung – und zwar in schlechter Verfassung entweder aufgrund bestimmter Geisteskrankheiten, welche aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall Urteilsunfähigkeit indizieren, oder aufgrund eines dauernden Zustands alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus, -welcher aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall Urteilsunfähigkeit indiziert – vermuthungsweise (in der Regel) urteilsunfähig sind, zu den allgemeinen anerkannten (generell-abstrakten) Erfahrungssätzen gemäss Art. 151 ZPO, da auch Schlussfolgerungen, die auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen, dieser Regel unterliegen. Die Vermutungsfolge «Urteilsunfähigkeit» muss dementsprechend nicht bewiesen werden (vgl. Fn. 50 hiervor).

<sup>52</sup> BGE 124 III 5 E. 1.b; BGE 5A\_748/2008 E. 5.2; BGE 5A\_795/2013 E. 7.1. m.w.H.; BGE 5A\_71/2014 E. 3.

<sup>53</sup> BGE 5A\_12/2009 E. 2.2; BGE 5A\_748/2008 E. 5.2 m.w.H.; Von Werdt, S. 24; BGE 5A\_436/2011 E. 5.2.2; BGE 5A\_647/2011 E. 3.3; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.2; wobei nach der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts eine leichte bis mittelschwere Demenz in der Regel nicht genügt, sondern in der Regel eine ärztlich diagnostizierte schwere Demenz vorliegen muss



Dieses Umstossen der Vermutung der Urteilsfähigkeit und damit die Beweislast dafür, dass der Erblasser aufgrund seiner allgemeinen Verfassung urteilsunfähig war, obliegt dem *Anfechtungskläger*:

Welches Beweismass ist erforderlich?

Es gilt auch in dieser Beweisstufe 2 das *herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vraieemblance prépondérante)*. Es genügt der Nachweis, dass der Erblasser aufgrund seiner allgemein schlechten Verfassung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit, die jeden ernsthaften Zweifel ausschliesst, urteilsunfähig war<sup>54</sup>.

Hauptbeweis und Gegenbeweis

Gegenstand des dem Anfechtungskläger obliegenden *Hauptbeweises* ist die Tatsache, dass der Zustand des Erblassers aufgrund seiner allgemeinen Verfassung aus den in Art. 16 ZGB genannten Gründen derart beeinträchtigt war, dass er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss. Diese Umstände liegen nur vor, wenn beim Erblasser im Errichtungszeitpunkt eine dauerhafte Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten insbesondere infolge Alter und Krankheit vorliegt<sup>55</sup>. Der dem Anfechtungskläger obliegende Hauptbeweis ist hingegen nicht erbracht, wenn bloss der Nachweis gelingt, dass der Erblasser in fortgeschrittenem Alter nur gebrechlich, gesundheitlich angeschlagen und zweitweise verwirrt war, lediglich vereinzelte Absenzen infolge eines Hirnschlags hatte oder bloss an altersbedingten Erinnerungslücken litt<sup>56</sup>. Auch das Vorliegen vormundschaftlicher (seit 01.01.2013: erwachsenenschutzrechtlicher) Massnahmen führt per se nicht zu einer Umstossung der Vermutung der Urteilsfähigkeit (und damit per se weder zur Vermutung der Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt noch zu einer entsprechenden Umkehr der Beweislast), wie die referierten Bundesgerichtsentscheide in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung festhalten<sup>57</sup>.

Der Beklagte ist zum *Gegenbeweis* zugelassen<sup>58</sup>.

---

successio 2017 S. 284, 295

Resultat der Abnahme von Hauptbeweis und Gegenbeweis

Je nach Ergebnis des Beweisverfahrens in Beweisstufe 2 ist der Hauptbeweis oder der Gegenbeweis oder keiner von beiden erbracht. *Gelingt der Hauptbeweis*, ist die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen, gilt ausnahmsweise die Vermutung der Urteilsunfähigkeit, und es erfolgt eine entsprechende Umkehr der Beweislast in Beweisstufe 3. *In allen anderen Fällen* – Misslingen des Hauptbeweises, Gelingen des

---

(BGE 5A\_439/2012 E. 3.1 und 3.2.1; BGE 5A\_501/2013 E. 6.2; BGE 5A\_820/2013 E. 6.2.1).

<sup>54</sup> Vgl. Fn. 11 hiervor sowie BGE 124 III 5 E. 1.b; BGE 5A\_436/2011 E. 5.2.2 m.w.H.; BGE 5A\_501/2013 E. 6.1.2; BGE 5A\_859/2014 E. 4.1.2; BGE 16/2016 E. 4.1.2. Es dürfen (leichte) Zweifel an der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers vorhanden sein, doch muss die Wahrscheinlichkeit der allgemein schlechten Verfassung diese Zweifel massiv überwiegen.

<sup>55</sup> Vgl. Aebi-Müller, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, in: successio 1/2012 (zit. Aebi-Müller, successio), S. 16; BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, N 48 zu Art. 16 ZGB.

<sup>56</sup> BGE 5A\_748/2008 E. 5.2 m.w.H.; BGE 5A\_384/2012 E. 6.1.2; BGE 5A\_795/2013 E. 7.1; BGE 5A\_18/2012 E. 4.2, 6.2; BGE 5A\_436/2011 E. 5.2.2; BGE 5A\_647/2011 E. 3.3; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.2; BGE 5A\_501/2013 E. 6.1.2.

<sup>57</sup> BGE 5A\_384/2012 E. 6.1.3; BGE 5A\_439/2012 E. 3.2.3, vgl. auch BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, N 28 zu Art. 16 ZGB; Bucher/Aebi-Müller, BK, Art. 16 ZGB N 168.

<sup>58</sup> Wolf/Setz S. 45 a.E.; Walter, BK, Art. 8 ZGB N 495. Es genügt aber nicht, dass der Beklagte irgendwelche Zweifel vorbringt. Der Beklagte muss ernsthafte (erhebliche) Zweifel an der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers bzw. – anders gesagt – erhebliche Hinweise auf die allgemein gute Verfassung des Erblassers nachweisen. Dies gilt deshalb so, weil für den Hauptbeweis der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt. Dieser Hauptbeweis ist erst erschüttert, wenn ernsthafte (erhebliche) Zweifel an der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers bestehen.



Gegenbeweises, Misslingen beider Beweise – bleibt es bei der vermuteten Urteilsfähigkeit, weil die Beweislast in Beweisstufe 2 beim Anfechtungskläger liegt.

#### **d. Beweisstufe 3**

In der Beweisstufe 3 geht es um folgendes Beweisthema: *handelte der Erblasser – trotz seiner grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund seiner allgemein schlechten Verfassung – im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung in einem luziden Intervall?*

Wem obliegt diesbezüglich die objektive Beweislast?

Ist die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen und gilt ausnahmsweise die Vermutung der Urteilsunfähigkeit, erfolgt eine Umkehr der Beweislast. Der Beweis des Gegenteils<sup>59</sup> und damit die Beweislast dafür, dass der Erblasser trotz seiner grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt in einem luziden Intervall gehandelt hat, obliegt dem *Beklagten*<sup>60</sup>.

Welches Beweismass ist erforderlich?

Es gilt auch in der Beweisstufe 3 das *herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vraisemblance prépondérante)*. Es genügt der Nachweis, dass der Erblasser trotz seiner grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund seiner allgemein schlechten Verfassung im Errichtungszeitpunkt im Sinn eines luziden Intervalls mit überwiegender Wahrscheinlichkeit urteilsfähig war<sup>61</sup>.

Beweis des Gegenteils (Hauptbeweis) und Gegenbeweis

Gegenstand des dem Beklagten obliegenden *Hauptbeweises (Beweis des Gegenteils)* ist die Tatsache, dass der Erblasser im Errichtungszeitpunkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in einem luziden Intervall gehandelt hat. Der Anfechtungskläger ist zum *qualifizierten Gegenbeweis* (kein luzides Intervall) zugelassen<sup>62</sup>. Auch für diesen Gegenbeweis gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Resultat der Abnahme von Hauptbeweis (Beweis des Gegenteils) und Gegenbeweis

Je nach Ergebnis des Beweisverfahrens in Beweisstufe 3 ist der Hauptbeweis oder der Gegenbeweis oder keiner von beiden erbracht. *Gelingt der Hauptbeweis*, ist die ausnahmsweise Vermutung der Urteilsunfähigkeit widerlegt, und es gilt die Urteilsfähigkeit des Erblassers im Errichtungszeitpunkt. *In allen anderen Fällen* – Misslingen des Hauptbeweises, Gelingen des qualifizierten Gegenbeweises, Misslingen beider Beweise – bleibt es bei der ausnahmsweise vermuteten Urteilsunfähigkeit, weil die Beweislast in Beweisstufe 3 beim Beklagten liegt.

#### **e. Die zwei Vermutungen in Beweisstufen 2 bzw. 3**

Der Beweis der Urteilsunfähigkeit (Hauptbeweis in Beweisstufe 1) wie auch der Beweis der Urteilsfähigkeit (qualifizierter Gegenbeweis in Beweisstufe 1) sind in Zweifelsfällen schwierig zu erbringen. Dies führt im Prozessalltag in Zweifelsfällen häufig (überwiegend) dazu, dass der Anfechtungskläger wie auch der Beklagte dem

---

<sup>59</sup> Walter, BK, Art. 8 ZGB N 495.

<sup>60</sup> BGE 5A\_795/2013 E. 7.1 m.w.H.; BGE 124 III 5 E. 1.b.

<sup>61</sup> BGE 124 III 5 E. 1.b; BGE 5A\_647/2011 E. 3.3; BGE 5A\_18/2012 E. 4.2; BGE 5A\_191/2012 E. 4.1.2 m.w.H.; BGE 5A\_501/2013 E. 6.1.2; BGE 5A\_795/2013 E. 7.1. m.w.H.; BGE 5A\_859/2014 E. 4.1.2; BGE 5A\_16/2016 E. 4.1.2.

<sup>62</sup> Beim qualifizierten Gegenbeweis genügt es nicht, wenn der Anfechtungskläger den dem Beklagten obliegenden Hauptbeweis des luziden Intervalls durch irgendeine Zweifel erschüttert, sondern mit dem qualifizierten Gegenbeweis muss der Anfechtungskläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Urteilsunfähigkeit (das Fehlen eines luziden Intervalls) als solche nachweisen.



Hauptbeweis bzw. dem qualifizierten Gegenbeweis ausweichen und die für sie günstigen Vermutungen anrufen

---

successio 2017 S. 284, 296

wollen. Diese zwei Vermutungen sind nachfolgend näher zu betrachten.

Vermutung der Urteilsfähigkeit zugunsten des Beklagten

Ruft der Beklagte die Vermutung der Urteilsfähigkeit an, dann gilt dogmatisch betrachtet Folgendes:

*Vermutungsbasis* volljähriger Erblasser

*Vermutungsfolge* Erblasser ist urteilsfähig

*Hauptbeweis* volljähriger Erblasser im Errichtungszeitpunkt

*Gegenbeweis* nicht volljähriger Erblasser im Errichtungszeitpunkt

*Beweis des Gegenteils*<sup>63</sup>

Erblasser ist urteilsunfähig, obschon volljährig

*Qualifizierter Gegenbeweis*

Erblasser ist urteilsfähig

Vermutung der Urteilsunfähigkeit zugunsten des Anfechtungsklägers

Will der Anfechtungskläger die Vermutung der Urteilsfähigkeit umstossen und die Vermutung der Urteilsunfähigkeit anrufen, dann gilt dogmatisch betrachtet Folgendes:

*Vermutungsbasis*

allgemein schlechte Verfassung des Erblassers (geistige Erkrankung, psychische Störung, alters- und krankheitsbedingter geistiger Abbau und dergleichen), welche im Normalfall Urteilsunfähigkeit indiziert

*Vermutungsfolge*

urteilsunfähig

*Hauptbeweis*

allgemein schlechte Verfassung des Erblassers, welche im Normalfall Urteilsunfähigkeit indiziert

*Gegenbeweis*

keine allgemein schlechte Verfassung des Erblassers

*Beweis des Gegenteils*

Erblasser ist urteilsfähig, trotz allgemein schlechter Verfassung, weil der Erblasser in einem luziden Intervall verfügte

*Qualifizierter Gegenbeweis*

kein luzides Intervall

## **f. Beweisthemen, Beweislastverteilung und Beweismass (Übersicht)**

Im Sinne einer Übersicht wird nachfolgend aufgezeigt, welche Beweisthemen im Raum stehen – je nach prozessuaem Vorgehen diese oder jene –, wem dafür der Beweis obliegt und welches Beweismass erfüllt werden muss.

---

<sup>63</sup> In Zweifelsfällen wird der Anfechtungskläger diesem Beweis des Gegenteils (Hauptbeweis) ausweichen und sich auf den Nachweis der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers konzentrieren, mit folgenden drei Zielen: 1. Umstossen der Vermutung der Urteilsfähigkeit, 2. Anrufen der Vermutung der Urteilsunfähigkeit, 3. Umkehr der Beweislast zulasten des Beklagten. Vgl. zum Beweis des Gegenteils Wolf/Genna, S. 183 ff.



### Beweisthemen, die dem Anfechtungskläger obliegen

<i>Beweisstufe</i>	<i>Beweisthema</i>	<i>Beweismass</i>
1	Hauptbeweis: Urteilsunfähigkeit	üW
2	Gegenbeweis: nicht volljährig	vB
2	Beweis des Gegenteils Urteilsunfähigkeit:	üW
2	Hauptbeweis: allg. allg. schlechte Verfassung	üW
3	qual. Gegenbeweis: kein luzides Intervall (Urteilsunfähigkeit im Errichtungszeitpunkt)	üW

### Beweisthemen, die dem Beklagten obliegen

<i>Beweisstufe</i>	<i>Beweisthema</i>	<i>Beweismass</i>
1	qual. Gegenbeweis Urteilsfähigkeit:	üW
2	Hauptbeweis Volljährigkeit:	vB
2	qual. Gegenbeweis: Urteilsfähigkeit	üW
2	Gegenbeweis keine allg. schlechte Verfassung:	üW
3	Beweis des Gegenteils luzides Intervall (Urteilsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt):	üW

### Legende

üW = überwiegende Wahrscheinlichkeit

vB = voller Beweis

---

successio 2017 S. 284, 297

## g. Vereinfachtes Fazit

Geht man davon aus, dass in Zweifelsfällen der Beklagte die Vermutung der Urteilsfähigkeit anruft und der Anfechtungskläger diese Vermutung umstossen will, dann können in Bezug auf die Beweisthemen und die Beweislast – vereinfacht dargestellt – folgende 3 Fälle unterschieden werden.

#### Fall 1:

Dem Anfechtungskläger gelingt der Hauptbeweis «allgemein schlechte Verfassung» des Erblassers, weil es dem Beklagten nicht gelingt, diesen Hauptbeweis genügend zu erschüttern (Gegenbeweis misslingt). In diesem Fall muss der Beklagte das luzide Intervall – trotz allgemein schlechter Verfassung des Erblassers – beweisen.

#### Fall 2:

Dem Beklagten gelingt der Gegenbeweis «keine allgemein schlechte Verfassung» des Erblassers, weil ernsthafte, erhebliche Zweifel an der allgemein schlechten Verfassung des Erblassers bestehen. In diesem Fall muss der Anfechtungskläger die Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Errichtungszeitpunkt beweisen.

#### Fall 3:

Sowohl der Hauptbeweis «allgemein schlechte Verfassung» des Erblassers als auch der Gegenbeweis «keine allgemein schlechte Verfassung» des Erblassers misslingen, d.h., es liegt betreffend die Frage der «schlechten Verfassung des Erblassers» Beweislosigkeit vor. In diesem Fall bleibt es bei der Vermutung der Urteilsfähigkeit und muss der Anfechtungskläger die Urteilsunfähigkeit des Erblassers im Errichtungszeitpunkt beweisen.



## 4. Urteilsfähigkeit und öffentliches Testament

In den referierten Bundesgerichtsentscheiden wählten die Erblasser die Testamenterrichtung mit öffentlicher Beurkundung. In Bezug auf die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit sind in solchen Fällen auch notariatsrechtliche Aspekte von Bedeutung. Im Sinne eines summarischen Überblicks werden im Rahmen dieses Beitrags die wesentlichen notariatsrechtlichen Aspekte kurz beleuchtet<sup>64</sup>.

### a. Urkundspflicht: Muss die rogierte Urkundsperson die verlangte Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen auch bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit des Erblassers vornehmen?

Gemäss dem Grundsatz der Urkundspflicht, der von Bundesrechts wegen gilt<sup>65</sup>, ist der Notar grundsätzlich verpflichtet, die verlangte Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen vorzunehmen<sup>66</sup>. Im Sinne einer Ausnahme von der Urkundspflicht hat der Notar die verlangte Beurkundung aber abzulehnen, wenn der Erblasser offensichtlich nicht urteilsfähig ist<sup>67</sup>. Damit ist der Notar verpflichtet, die Urteilsfähigkeit des Erblassers zu prüfen<sup>68</sup>. Diese Prüfungspflicht gehört zu den anerkannten Sorgfaltspflichten des Notars<sup>69</sup> und ergibt sich auch aus der bundesrechtlichen Rechtsbelehrungspflicht und der bundesrechtlichen Interessenwahrungspflicht.

### b. Prüfungspflicht der Urkundsperson in Bezug auf die Urteilsfähigkeit

Da die Urteilsfähigkeit einer volljährigen Person die Regel ist (vgl. Ziffer III/1/c hiervor), darf auch der Notar davon ausgehen, dass der Erblasser grundsätzlich urteilsfähig ist. Bestehen aber diesbezüglich Zweifel, dann ist der Notar notariatsrechtlich verpflichtet, die im konkreten Fall angezeigten und verhältnismässigen Abklärungen zu treffen<sup>70</sup>.

### c. Kognition der Urkundsperson in Bezug auf die Urteilsfähigkeit

Der Notar ist nicht Richter. Ist die Urteilsfähigkeit eines Erblassers umstritten, so ist zur autoritativen Beurteilung ausschliesslich der Zivilrichter zuständig. Es entspricht der im Justizsystem vorgenommenen Rollenverteilung zwischen Zivilrichter (streitige Gerichtsbarkeit) und Urkundsperson (freiwillige Gerichtsbarkeit), dass die Kognition des Notars auf die Offensichtlichkeit der Urteilsunfähigkeit beschränkt ist<sup>71</sup>.

---

successio 2017 S. 284, 298

Vereinfacht ausgedrückt wird die Urteilsfähigkeit des Erblassers bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen mit öffentlicher Beurkundung in drei Stufen beurteilt.

---

<sup>64</sup> Ausführlich Wolf/Setz, S. 47 ff.

<sup>65</sup> Mooser Michel, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005 (zit. Mooser), N 143.

<sup>66</sup> Wolf/Setz, S. 47/48.

<sup>67</sup> Wolf/Setz, S. 48, 52, 53; Brückner Christian, Schweizerisches Beurkundsrecht, Zürich 1993 (zit. Brückner, Beurkundsrecht), N 2399; Aebi-Müller, successio, S. 4 ff., S. 27.

<sup>68</sup> Mooser, N 187.

<sup>69</sup> Wolf/Setz, S. 49; Aebi-Müller, S. 26/27.

<sup>70</sup> Wolf/Setz, S. 51/52; BGE 5A\_12/2009, E. 7.3; Mooser, N 188, 188b; Brückner, N 986, 990, 992, 994, 995, 998.

<sup>71</sup> Wolf/Setz, S. 51, 54; Petermann, Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Petermann), Rz 379; Brückner, N 2390.



- Der Erblasser selber macht eine Selbstbeurteilung.
- Dem Notar obliegt eine summarische Beurteilung<sup>72</sup>, und er lehnt die Beurkundung nur bei offensichtlicher Urteilsunfähigkeit ab, d.h., wenn eine gegenteilige Beurteilung (Bejahung der Urteilsfähigkeit) nicht vertretbar ist.
- Dem Richter obliegt die massgebende, volle Beurteilung der Urteilsfähigkeit des Erblassers im Errichtungszeitpunkt.

#### **d. Konkretes Vorgehen der Urkundsperson bei der Prüfung der Urteilsfähigkeit**

Vorweg ist festzuhalten, dass die Urteilsfähigkeit in zeitlicher Hinsicht sowohl im Vorverfahren (Ermittlung des Parteiwillens durch den Notar inkl. Rechtsbelehrung) als auch im Hauptverfahren (Rekognition und Genehmigung des Urkundeninhalts durch den Erblasser sowie Zeugenbestätigung) vorliegen muss und durch den Notar zu prüfen ist<sup>73</sup>.

Für das konkrete Vorgehen bei der Prüfung der Urteilsfähigkeit des Erblassers im Einzelfall sei einerseits auf die umfassende Auslegeordnung von Wolf/Setz verwiesen<sup>74</sup>, die aus der Sicht des praktizierenden Notars volle Zustimmung verdient. Wolf/Setz thematisieren insbesondere folgende Vorkehrungen im Rahmen der Prüfung der Urteilsfähigkeit<sup>75</sup>:

- Rechtsbelehrung des Erblassers über die Rechtsfolgen bei fehlender bzw. zweifelhafter Urteilsfähigkeit, nämlich die Gefahr einer Ungültigkeitsklage oder Ungültigkeitseinrede
- Gespräch mit dem Erblasser auf der Basis von gezielten Fragen<sup>76</sup>
- Screening-Test durch Fachperson<sup>77</sup>
- Arztzeugnis
- Psychiatrisches oder sonstiges Gutachten<sup>78</sup>
- Beizug geeigneter Zeugen (idealerweise während des ganzen Verfahrens, weshalb das Vorlesungsverfahren gemäss Art. 502 ZGB in Zweifelsfällen den Vorzug verdient)
- Sicherung der Beweise der Abklärungen

---

<sup>72</sup> Wolf/Setz, S. 57.

<sup>73</sup> Wolf/Setz, S. 43/44; Von Werdt, S. 26; Aebi-Müller, S. 12; Mooser, N 188a; Brückner, N 986; Wolf/Genna, S. 182; BGE 5A\_12/2009 E. 4.1. und 4.2.; Seiler, Rz 463/464.

<sup>74</sup> Für vergleichbare Vorgehensanweisungen siehe ins-besondere Brückner, N 998, 999, 1001 ff., 2400, 2401; Eichenberger, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Bern 2009, N 211; Von Werdt, S. 25 ff.; Aebi-Müller, successio, S. 25 ff. Vgl. zu den «Beweismitteln» auch Aebi-Müller, Jusletter, Rz 85 ff.

<sup>75</sup> Wolf/Setz, S. 57–63.

<sup>76</sup> Brückner, N 993 und 998, spricht von einem «vertiefenden Gespräch». Vgl. z.B. BGE 5A\_12/2009, E. 5.1. Themenbereiche dieser Fragen ausserhalb des gewünschten Inhalts der Verfügung: aktuelle Lebenssituation; aktueller Gesundheitszustand; aktuelle Vermögenssituation; familiäres, soziales und finanzielles Umfeld; Bezugspersonen; Lebensgeschichte; Verfügungsmotive. Kontrollierende Rückfragen bei allfälligen Bezugspersonen (v.a. Angehörige und Vertrauenspersonen) können sich empfehlen, das Einverständnis des Erblassers dazu vorausgesetzt.

<sup>77</sup> Zu psychopathologischen Kurztests äussern sich mit Recht kritisch Müller, in: Deutsche Notar-Zeitschrift, 2006 S. 325 ff. und Cording/Foerster, in: Deutsche Notar-Zeitschrift 2006 S. 329 ff.

<sup>78</sup> BGE 5A\_384/2012; BGE 5A\_647/2011; Von Werdt, Fn. 45; BGE 117 II 231 E. 2.b; BGE 5A\_501/2013 E. 1.3. Zentrale Fragestellung an den Gutachter: liegt eine psychische oder sonstige Störung vor und welchen Einfluss hat diese Störung auf die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten des Testators, und zwar im Hinblick auf die konkret zu verfassende letztwillige Verfügung (Petermann, Rz 158).



Gemäss Breitschmid<sup>79</sup> ist insbesondere zu prüfen, dass die testierende Person

- die Testamentserrichtung und deren Bedeutung erkennt, d.h. sich des Testaments bewusst ist und die Testamentserrichtung als solche versteht, nämlich als einen Akt, der dazu führt, dass die testamentarisch geäusserten Anliegen im Zeitpunkt des Todes Wirkung entfalten werden,
- Umfang wie Zusammensetzung des eigenen Vermögens zu überblicken vermag,
- zu erkennen vermag, wer welche Ansprüche hat, um diese angemessen berücksichtigen (oder gegebenenfalls ausschliessen) zu können,
- zwar natürliche Emotionen äussert, aber in den persönlichen Beziehungen weder durch gesundheitliche Einflüsse belastet noch im affektiven Empfinden des Gerechten tangiert ist oder solchen Belastungen in der Willensbildung ausgesetzt war.

Gemäss Voser<sup>80</sup> sollte der Testator bei einem Gespräch zu folgenden Fragen Stellung nehmen können:

---

successio 2017 S. 284, 299

- Wer sind meine gesetzlichen Erben (Pflichtteile beachten) und wie setzt sich mein Beziehungsnetz zusammen (wer unterstützt mich).
- In den Grundzügen die Höhe und Zusammensetzung des vorhandenen Vermögens kennen.
- Was will ich mit einer letztwilligen Verfügung bezwecken (wie Erbeinsetzung, Enterbung, Vermächtnisse, Auflagen/Bedingungen, Teilungsvorschriften).
- Welche (Rechts-)Folgen löst eine letztwillige Verfügung aus (möchte ich den übrigen Erbschaftsbetroffenen wegen der Verletzung des Pflichtteils eine Herabsetzung zumuten oder die Gefahr von emotionalen Zerwürfnissen unter den Erben).
- Nachvollziehbare Motive für die letztwillige Anordnung (warum begünstige ich jemanden).
- Welche letztwilligen Verfügungen habe ich schon getroffen (stabile Testamentssituation oder häufig neue Testamente).
- Fähigkeit zur Unterscheidung von Wesentlichem und Unwesentlichem.

Vgl. zu den konkreten Fragen der Urkundsperson bei der Willenserforschung auch Voser, S. 237 bis 239.

Insbesondere in denjenigen Fällen, wo grundsätzlich eine nachhaltige (dauerhafte) und deutliche Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten des Erblassers infolge Alter und Krankheit vorliegt und damit ausnahmsweise die Urteilsunfähigkeit zu vermuten ist (vgl. Ziffer III/1/d hiervor), ist im Hinblick auf die Sicherung der Beweise dafür, dass der Erblasser im Errichtungszeitpunkt (Vorverfahren und Hauptverfahren) in einem luziden Intervall gehandelt hat, der Beizug von medizinischen Sachverständigen in adäquater Form angezeigt bzw. aufgrund der notariellen Sorgfaltspflicht geboten.<sup>81</sup>

Andererseits sei auf den illustrativen BGE 5A\_12/2009 verwiesen, in welchem sich das Bundesgericht sehr ausführlich mit dem konkreten Vorgehen des Notars auseinandergesetzt und dieses Vorgehen ausdrücklich gebilligt hat.

---

<sup>79</sup> Breitschmid, Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähigkeit des Urteilsunfähigen – Thesen zur Urteilsfähigkeit aus rechtlicher Sicht, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Zürich 2014, S. 112.

<sup>80</sup> Voser, Testierung im Altersheim, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Zürich 2014 (zit. Voser), S. 225/226.

<sup>81</sup> Vgl. Lenz, in successio 2/2011, S. 140. Ergänzend sind die medizinischen Beweise zu sichern, wie Krankheitsgeschichte, Pflegerapporte und dergleichen.



Ganz allgemein ist in Zweifelsfällen eine erhöhte Aufmerksamkeit des Notars in Bezug auf das Verhalten des Erblassers in vorbereitenden Gesprächen<sup>82</sup> und im Hauptverfahren erforderlich und sind einfache erblasserische Anordnungen – wo der Notar sich in der Regel verlässlich vergewissern kann, ob der Erblasser die konkrete Anordnung verstanden und gewollt hat – anzustreben, die gut in das ermittelte Gesamtumfeld des Erblassers passen.

### **e. Rechtsfolgen der Verletzung der notariellen Prüfungspflicht**

Nimmt der Notar die verlangte Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen vor, ohne die Urteilsfähigkeit (genügend) zu prüfen, hat dies keinen direkten Einfluss auf die Gültigkeit der Urkunde. Diese ist aber gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 anfechtbar (Ungültigkeitsklage)<sup>83</sup>. Wird die Verfügung von Todes wegen durch das Gericht wegen fehlender Urteilsfähigkeit für ungültig erklärt und hat der Notar seine Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der Urteilsfähigkeit verletzt, kann dies die vermögensrechtliche und disziplinarische Verantwortlichkeit des Notars zur Folge haben<sup>84</sup>.

### **f. Beweiswert der Vorkehrungen und Feststellungen der Urkundsperson sowie der Bestätigung der Zeugen**

Wie dargelegt (Ziffer IV/4/c hiervor) obliegt dem Notar nur eine summarische Beurteilung der Urteilsfähigkeit. Das Gleiche gilt für die zwei Zeugen, die unter anderem zu bestätigen haben, dass der Erblasser sich nach ihrer Wahrnehmung im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden hat (Art. 501 Abs. 2 und 502 Abs. 2 ZGB).

Dementsprechend ist der Richter gemäss konstanter und in BGE 5A\_384/2012 E. 6.1.4 bestätigter Rechtsprechung des Bundesgerichts weder an die Bestätigung der zwei Zeugen, noch an die Erklärungen und Feststellungen der Urkundsperson gebunden. Diese bilden aber immerhin ein Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit des Erblassers<sup>85</sup>, das umso gewichtiger ist, wenn der Notar korrekt vorgegangen ist und die Wahrnehmungen über den Zustand der Urteilsfähigkeit vom als Zeugen beigezogen behandelnden Arzt oder der betreuenden Krankenschwester/Pflegeperson stammen<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Der zeitliche und sachliche Ablauf der Entscheidungsfindung des Erblassers bzw. der Willensermittlung durch den Notar und des Verhaltens des Erblassers sind in Zweifelsfällen stets gut zu dokumentieren.

<sup>83</sup> Wolf/Setz, S. 47.

<sup>84</sup> Mooser, N 189.

<sup>85</sup> BGE 124 III 5 E. 1.c; BGE 5C.282/2006 E. 2.3; BGE 5A\_204/2007 E. 4; Mooser, Fn. 1631; Wolf/Setz, S. 63; von Werdt, S. 25; Aebi-Müller, successio, S. 24/25; Wolf/Genna, S. 185; Seiler, Rz 510 bis 513.

<sup>86</sup> BGE 5A\_12/2009, E 7.1. Sind diese Voraussetzungen erfüllt (sorgfältiges Vorgehen des Notars mit Beizug des behandelnden Arztes und des betreuenden Pflegepersonals) bietet die Testamentserrichtung mit öffentlicher Beurkundung in aller Regel eine erhöhte Sicherheit für das Vorliegen der Urteilsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.