

Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum
für Alexandra Rumo-Jungo



A. Z. W.

Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum
für Alexandra Rumo-Jungo

Herausgegeben von

Paul Eitel
Alexandra Zeiter

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-7103-1

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Dank	V
Vorwort	VII
Abkürzungen	XI
DANIEL ABT/MARTIN KÜNZLI	
Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse	1
ANDREA BÄDER FEDERSPIEL	
Vorbezüge für Wohneigentum in der Revision des Vorsorgeausgleichs	29
GIAN BRÄNDLI	
Gemeinschaftliches Eigentum an Grundstücken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung	51
PAUL EITEL/MELANIE FRIEDRICH	
Enkelerbrecht de lege lata und de lege ferenda	71
SYBILLE GASSNER	
Das Vertretungsrecht der Pflegeeltern	89
REGULA GERBER JENNI	
Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren – Streiflichter aus Praxis und Theorie	107
TARKAN GÖKSU	
Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage	127
CHRISTOPHE A. HERZIG	
Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?	147
SANDRA IMBACH	
Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente infolge Arbeitslosigkeit?	169
TABEA S. JENNY	
Besitzesänderung durch Ausstellung der Erbbescheinigung?	195
GISELA KILDE	
Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren	205
MARKUS KRAPF	
Praktische Probleme bei der Koordination von Unterhaltsbeiträgen mit den Kinderrenten der IV und der beruflichen Vorsorge	221

NADJA MAJID

Die Urteilsfähigkeit der minderjährigen Patientin mit Bezug auf den
Abschluss eines Vertrages über eine medizinische Behandlung 241

LUCIE MAZENAUER

Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale
Kindesentführung – der Anwendungsbereich des HKÜ unter altem und neuem Recht 261

ALEXANDRA ZEITER

Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung 281

Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse

DANIEL ABT*/ MARTIN KÜNZLI**

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkungen	3
2. Entwicklungen	4
3. Jüngste Erfahrungen aus der Praxis	13
3.1 Einleitung und Sachverhalt	13
3.2 Aktivlegitimation, insbesondere bezüglich der Erbstiftung	16
3.3 Unentgeltliche Rechtspflege	17
3.4 Standpunkte der Prozessparteien	18
3.4.1 Standpunkt Kläger	18
3.4.2 Standpunkt Beklagter	18
3.5 Vorgehen/Standpunkt Bezirksgericht Zürich	19
3.5.1 Prozessinstruktion im Allgemeinen	19
3.5.2 Beweisverfahren im Besonderen	19
3.5.3 Entscheidfindung	20
4. Erkenntnisse	21

Literaturverzeichnis

DANIEL ABT, Bejahung des Irrtums beim Erblasser, aber Verneinung der Erbnwürdigkeit beim Begünstigten, Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 26. Juni 2012 (zit.: ABT, dRSK); DERSELBE, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002 (zit.: ABT, Ungültigkeitsklage); DERSELBE, «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht quo vadis?, *successio* 2010, S. 195 ff. (zit.: ABT, Stinkende Fälle); DERSELBE, Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, *AJP* 2004, S. 1225 ff. (zit.: ABT, lebzeitige Zuwendungen); DERSELBE, Testamentarische Einsetzung eines Rechtsanwalts als Alleinerben und Willensvollstrecker; Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung (Art. 519 ZGB); Erbnwürdigkeit (Art. 540 ZGB); Nichtigkeit einer

* Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Lehrbeauftragter am Lehrstuhl von Prof. Alexandra Rumo-Jungo von 2007 bis 2012. – Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Referat, gehalten am 29. März 2014 am «Successio-Forum» in Luzern, einer Weiterbildungsveranstaltung der Fachanwälte SAV Erbrecht, durchgeführt vom Verein Successio.

** Dr. iur., Rechtsanwalt.

Verfügung; Aufhebungswirkung einer späteren Verfügung (Art. 511 ZGB) – Besprechung von BGE 132 III 305 ff. und BGE 132 III 315 ff. und weiteren Entscheiden des Bundesgerichts, *AJP* 2006, S. 1139 ff. (zit.: ABT, Besprechung BGE); DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL, Ausgewählte Stolperdrähte im schweizerischen Erbrecht, *AR* 2007, S. 271 ff.; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, *successio* 2012, S. 4 ff.; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.) (zit.: BSK-BEARBEITER); PETER BREITSCHMID, Besprechung von BGE 132 III 305/315, *successio* 2007, S. 53 f.; PETER BREITSCHMID/PAUL EITEL/ROLAND FANKHAUSER/THOMAS GEISER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Erbrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (Reihe litera B); RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997; Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.) (zit.: CHK-BEARBEITER); DOMINIQUE JAKOB, Art. 81 ZGB, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch*, Basel 2013; HANS MICHAEL RIEMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 3. Teilband: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB*, Bern 1975 (Nachdruck 1981); DERSELBE, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 2. Teilband: Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB*, Bern 1993; FRANZ HASENBÖHLER, *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, *BJM* 1980, S. 1 ff.; *Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage*, Basel 2014, Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.) (zit.: KuKo-BEARBEITER); MANFRED KÜNG, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VIII: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchhaltung, 1. Abteilung: Handelsregister und Geschäftsfirmen, 1. Teilband: Das Handelsregister, Art. 927-943 OR*, Basel 2001; *Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Auflage*, Basel 2011, Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.) (zit.: PraxKomm-BEARBEITER); KARL REBSAMEN, *Das Handelsregister, 2. Auflage*, Zürich 1999; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. Auflage*, Zürich 2010; RONA SEROZAN, *Wohin steuert das Erbrecht, successio* 2014, S. 4 ff.; SUZETTE SANDOZ, *A propos de l'ATF 5C.120/2005 du 1^{er} mars 2006*, *Jusletter* 10. April 2006; FRITZ VON STEIGER, *Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung und deren Eintragung im Handelsregister, SJZ* 1966, S. 117 ff.; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage*, Zürich 2009; STEPHAN WOLF/BARBARA BALLMER, *Erbunwürdigkeit durch Unterlassen, Besprechung von BGE 132 III 305 ff., recht* 2007, S. 40 ff.; HANS PETER WALTER, *Kommentar zu Art. 8 ZGB*, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB*, Bern 2012; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, *Schweizerisches Privatrecht, Viertes Band, Erster Teilband: Erbrecht, 1. Teil*, Basel 2012; ALEXANDRA ZEITER, *Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB)*, *Diss.* Freiburg 2001 (AISUF 203); FLORIAN ZIHLER, *Kommentar zu Art. 17, 95 HRegV*, in: Rino Siffert/Nicolas Turin (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Bern 2013.

1. Vorbemerkungen

Die Wechselbeziehung zwischen dem Grundsatz der Verfügungsfreiheit des Erblassers und (gewissen) lebzeitigen oder erbrechtlichen Zuwendungen, insbesondere an Vertrauenspersonen, ist ein spannendes Feld – mitunter auch ein Spannungsfeld. Dies gilt nicht nur – aber insbesondere – dann, wenn der Zuwendungsempfänger als Berufsträger in besonders sensiblen Bereichen tätig ist und auf Grund seiner beruflichen Stellung unweigerlich tiefe Einblicke in persönliche, namentlich gesundheitliche und familiäre und/oder wirtschaftliche Belange hat. Gilt der Erblasser gleichzeitig als betagt, alleinstehend, verwitwet und allenfalls sozial isoliert, hat sich in der Literatur der Begriff der «stinkenden Fälle» eingebürgert.¹

Oftmals ist schon gar nicht klar, wann ein Sachverhalt als «stinkender Fall» zu qualifizieren ist. Eine anerkannte Definition oder etymologische Herleitung besteht nicht. Bereits in Bezug auf die Bezeichnung «Erbschleicherei» bestehen unterschiedliche Definitionsansätze.² Unstrittig ist immerhin im schweizerischen Rechtsraum (soweit ersichtlich), dass der heilige Fridolin – dargestellt im Wappen des Kantons Glarus (mit goldenem Nimbus, Stab und Buch) – als Schutzpatron vor Erbschleicherei gilt.³

¹ Bei solchen Umständen kann gegenüber bestimmten Berufsträgern ein erhebliches Machtgefälle entstehen, sodass bei den Verfügenden die üblichen Selbstschutzmechanismen ausser Kraft gesetzt werden und damit ein Abhängigkeitsverhältnis die Folge ist, welches nicht nur emotionaler Natur sein muss. Dieser Kontroll- und Autonomieverlust hat zur Folge, dass sich die Verfügenden den Berufsträgern in einem gewissen Mass ausliefern. Bei Vertrauenspersonen ist die Gefahr des Missbrauchs der Vertrauensstellung besonders gegenwärtig. Zu denken ist an die Möglichkeit, dass Vertrauenspersonen den aus dem Vertrauensverhältnis erwachsenden Einfluss in unlauterer Weise ausnutzen und dergestalt auf ihr Gegenüber einwirken, dass diese nach den Wünschen der beeinflussenden Vertrauenspersonen Schenkungen vornehmen oder ihre Vermögensnachfolge danach regeln (vgl. dazu einlässlich ABT, Ungültigkeitsklage, passim, sowie DERSELBE, lebzeitige Zuwendungen).

² Vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, S. 125, 190; BGE 132 III 305 ff., E. 2 (mit Verweis auf METZGER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Basel 2005, S. 178); BREITSCHMID, S. 53 f.; WOLF/BALLMER, S. 44 f.; AEBI-MÜLLER, S. 27 f.

³ Der Legende nach lebte der Glaubensbote Fridolin von Säkingen – genannt der heilige Fridolin – im sechsten Jahrhundert. Durch seinen Einfluss wurden die Bewohner des Glarnerlandes zu Christen. In kirchlichen Darstellungen wird er von einem Skelett begleitet. Die Sage berichtet, Fridolin, der vom sterbenden, reichen Ursus grosse Teile des Glarnerlandes geschenkt bekam, habe diesen im Erbstreit mit dessen Bruder Landolf aus dem Grab um Hilfe geholt. Landolf sei, als er den bereits in Verwesung übergegangenen Bruder vor Gericht erscheinen sah, darob so erschrocken und beschämt geworden, dass er

Nach der hier vertretenen Auffassung kann ein Sachverhalt umso eher als «stinkender Fall» qualifiziert werden, je mehr Punkte der nachfolgenden «Checklist» kumulativ erfüllt sind:

«Checklist für anrühige Fälle»

1. Der Erblasser
 - a) ist betagt
 - b) ist sozial isoliert
2. Die Verfügung
 - a) steht im Widerspruch zur Lebens- oder Nachlassplanung
 - b) ist eine last-minute-Verfügung
 - c) enthält eine Maximal- oder Exklusivbegünstigung
3. Der Bedachte
 - a) ist in anderen Fällen schon begünstigt worden
 - b) ist eine (berufliche) Vertrauensperson
4. Die Zuwendung ist von bedeutender Höhe

«Stinkende Fälle» sind keine neuzeitlichen Phantasien oder kurzlebige, vorübergehende Modeerscheinungen. Aus der Rechtsprechung und Literatur sind die Entwicklungen – und auch die historische Komponente – ersichtlich (2.), wobei an dieser Stelle nur die Entwicklungen der letzten 75 Jahre dargestellt werden. Auf Grund eines aktuellen Falles können (praktische) Erfahrungen gesammelt, vertieft und weitergegeben werden (3.). Daraus können letztlich Erkenntnisse gewonnen werden (4.).

2. Entwicklungen

«Stinkende Fälle» werden in der Rechtsprechung und Doktrin schon länger thematisiert. Nachfolgend werden die wesentlichsten Fortentwicklungen der letzten 75 Jahre summarisch dargestellt.

Fridolin auch seinen Teil des Glarnerlandes schenkte. Auf diese Art wurde die Zugehörigkeit des Glarnerlandes zum von Fridolin gegründeten Kloster Säkingen in Deutschland erklärt, und Fridolin gilt als Schutzpatron vor Erbschleicherei (Quelle: wikipedia.org, zuletzt besucht am 19. September 2014).

1. Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – erstmals in *BGE 66 II 256 ff.* mit der Thematik der Erbschleicherei befasst.

Der Entscheid basiert grundsätzlich auf einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung aufgrund eines Vertrages über bezahlte Beihilfe zur Erbschleicherei. Es ging mithin um eine Vereinbarung, durch die Y es übernahm, gegen die Überlassung der halben Erbschaft F dazu zu bewegen, dass er sein Vermögen testamentarisch den späteren Klägern zuwendet.

Das Bundesgericht hat (in E. 1) diese Vereinbarung als nichtig (Art. 20 OR) erklärt, weil sie gegen die guten Sitten verstosse. Zudem hat das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten, dass Erbschleicherei «an und für sich schon anstössig» sei.

2. Das Bundesgericht hatte sodann verschiedentlich Gelegenheit, sich zu den sog. «*Maitressentestamenten*» zu äussern.⁴

Eine derartige Verfügung beinhaltet eine erbrechtliche Zuwendung eines verheirateten Erblassers an den Partner eines ehewidrigen Liebesverhältnisses. Es liegt nahe, in dieser Begünstigung eine Verletzung moralischer Pflichten gegenüber der Ehefrau zu erblicken und aus diesem Umstand die Sittenwidrigkeit herzuleiten.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat indes erkennen lassen, dass die alleinige Tatsache einer ausserehelichen Beziehung zwischen dem Erblasser und der bedachten Person das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht a priori rechtfertigt. Vielmehr gilt es, bei diesem Sondertatbestand den mit der Verfügung verfolgten Zweck, die *Motive* (Beweggründe) des Erblassers und die *Auswirkungen* der erbrechtlichen Verfügung zu untersuchen.⁵

Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die einlässliche Darstellung von HASENBÖHLER, in welcher nicht nur Maitressentestamente im Besonderen, sondern auch sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen im Allgemeinen thematisiert werden.⁶

3. Als «*Milestone*» der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann *BGE 124 III 5 ff.* bezeichnet werden.

⁴ Vgl. insbesondere *BGE 73 II 15 ff.*; *85 II 378 ff.*; *93 II 161 ff.*; *109 II 15 ff.*

⁵ Vgl. die Darstellung bei ABT, Ungültigkeitsklage, S. 120 ff., m.w.H.

⁶ Vgl. HASENBÖHLER, S. 1 ff.

Dem Entscheid lag eine notarielle (öffentliche) letztwillige Verfügung gemäss Art. 499 ff. ZGB zugrunde. Mit dieser Verfügung wurde der Beistand der Erblasserin als Alleinerbe eingesetzt. Formgültig haben die beiden Testamentszeugen im Wesentlichen bestätigt, dass sich die Erblasserin nach ihrer Wahrnehmung bei der Errichtung der Verfügung im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe (Art. 501 Abs. 2 ZGB).

Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid im Rahmen einer übersichtlichen Zusammenfassung die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Testierfähigkeit dargelegt. Es entschied letztlich, dass die Erblasserin angesichts ihres allgemeinen Gesundheitszustandes und des teilweise schwer nachvollziehbaren Testamentsinhalts im massgebenden Zeitpunkt hinsichtlich der Errichtung eines Testaments wahrscheinlich nicht mehr Verfügungsfähig war. Die Vermutung der Testierfähigkeit gelte daher nicht, doch stehe der Gegenbeweis offen, dass die Erblasserin in einem luziden Intervall gehandelt hatte (Erwägung 4).

Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht insbesondere das Willens- bzw. Charakterelement der Urteilsfähigkeit betont, mithin die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach dem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten (vgl. E. 1a, mit Verweis auf BGE 117 II 231, E. 2a).

Sodann hat das Bundesgericht in diesem Entscheid auf die Möglichkeit der Beweislastumkehr hingewiesen: Eine Beweislastumkehr kann Platz greifen, wenn die Lebenserfahrung – etwa bei Kindern, bei bestimmten Geisteskrankheiten oder altersschwachen Personen – zur umgekehrten Vermutung führt, dass die handelnde Person ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss. Der Gegenpartei steht in diesem Fall der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat (vgl. E. 1b, mit Verweis auf BGE 117 II 231, E. 2b).

In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht diese Beweislastumkehrrechtssprechung leicht relativiert bzw. das erforderliche Beweismass begrifflich verdeutlicht.⁷

4. In der *Doktrin* wurden die «stinkenden Fälle» bzw. die Ungültigerklärung von Rechtsgeschäften von Todes wegen, welche fragwürdige Zuwendungen (an Ver-

⁷ Vgl. etwa BGer 5A_748/2008, E. 5.2; 5C.32/2004, E. 3.2.2; sowie die Darstellung der Praxis bei PraxKomm-SCHRÖDER, N. 23-27 zu Art. 467 ZGB; vgl. auch ABT, Stinkende Fälle, S. 198 ff.

trauenspersonen) enthalten, nicht nur – wie das Bundesgericht – unter den Aspekten der Verfügungsunfähigkeit des Erblassers (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), sondern vermehrt mit Blick auf den Klagegrund des Willensmangels (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, insbesondere Irrtum, Täuschung, Drohung, Zwang) beleuchtet.⁸

5. Im Rahmen einer *Dissertation zur «Ungültigkeitsklage im Schweizerischen Erbrecht*, unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen» wurden im Jahre 2002 die erwähnten Zuwendungen insbesondere unter Sittlichkeitsaspekten wie Unsittlichkeit kraft Beeinflussung bzw. Unsittlichkeit kraft Standeswidrigkeit untersucht.⁹

Dabei wurde im Wesentlichen aufgezeigt, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, de lege lata erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit mit der Ungültigkeitsklage anzufechten. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die Vertrauensperson den Erblasser in seiner freien Willensentscheidung beeinflusst hat oder wenn das Verhalten der Vertrauensperson gegen spezifische berufsethische Maximen (namentlich das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) verstösst. Voraussetzung für eine solche Anfechtung ist aber, dass die Vertrauensperson von der erbrechtlichen Begünstigung Kenntnis hat.¹⁰

De lege ferenda wurde die Schaffung einer neuen Norm im ZGB postuliert (als Art. 541a ZGB, betreffend Zuwendungen an Vertrauenspersonen), die auch dann Platz greift, wenn die bedachte Vertrauensperson keine Kenntnis der begünstigenden Verfügung von Todes wegen hatte.¹¹

6. Darauf aufbauend erfolgte im Jahre 2004 eine Darstellung der ähnlich gelagerten «Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen».¹²

In dieser Abhandlung wurde im Wesentlichen aufgezeigt, dass die Anfechtung solcher Rechtsgeschäfte nicht nur durch den Schenker selbst, sondern auch durch die Erben des Schenkers möglich ist. In der Klagebegründung kann die fehlende Urteilsfähigkeit des Schenkers und/oder ein Verstoss gegen die guten Sitten geltend gemacht werden.

⁸ Vgl. namentlich BSK-BREITSCHMID, N. 10 f., 16 zu Art. 467/468 ZGB und N. 13 zu Art. 469 ZGB; vgl. auch DERSELBE, N. 11, 15 f. zu Art. 469 ZGB.

⁹ Vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, S. 187 ff.

¹⁰ Vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, S. 189 ff.

¹¹ Vgl. ABT, Ungültigkeitsklage, S. 202 ff.

¹² Vgl. ABT, lebzeitige Zuwendungen, S. 1225 ff.

7. Als «leading cases» können die Entscheide *BGE 132 III 305 ff. und 132 III 315 ff.* bezeichnet werden.

Beide Entscheide betreffen den gleichen Sachverhalt: Ein testamentarisch eingesetzter Rechtsanwalt war Alleinerbe und Willensvollstrecker in einem Nachlass in zweistelliger Millionenhöhe einer betagten, alleinstehenden und verwitweten Erblasserin. In casu hatte der Anwalt von seiner Einsetzung als Alleinerbe und Willensvollstrecker Kenntnis; zudem bestand ein mehrjähriges Vertrauensverhältnis sowie eine Abhängigkeit der Erblasserin gegenüber dem Anwalt.¹³

Das Bundesgericht hat in diesem Fall im Wesentlichen entschieden, dass der Anwalt erbunwürdig sei, und festgestellt, dass das Testament der Erblasserin nichtig sei. Die Erbunwürdigkeit lag gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darin begründet, dass der eingesetzte Anwalt die Erblasserin als seine Klientin in der Fehlvorstellung belassen hatte, seine Bemühungen beruhten auf echter Freundschaft und Zuneigung. Zudem hatte er der Erblasserin nicht klar dargelegt, dass es sich dabei um seine Gegenleistung für die Zahlung des von ihm in Rechnung gestellten Anwaltshonorars handelte. Während vier Jahren habe ein Vertrauensverhältnis zwischen der Erblasserin und dem Anwalt bestanden, wobei letzterer beinahe die einzige Bezugsperson der betagten Klientin gewesen sei. Der Anwalt beteuerte zwar seinerseits freundschaftliche Gefühle, wollte sich gemäss der Feststellung der Vorinstanz aber bereichern. Unter diesen Umständen wäre er nach Auffassung des Bundesgerichts verpflichtet gewesen, die Erblasserin über sein tatsächliches Verhältnis zu ihr aufzuklären.¹⁴

Das Bundesgericht begründete folglich die Erbunwürdigkeit mit einer Unterlassung. Diese sei eine schwere Verfehlung des testamentarisch eingesetzten Anwalts gewesen, welche als unerträglich erscheine und zu missbilligen sei.¹⁵

Mit Bezug auf die Wirkungen der Erbunwürdigkeit wurde durch BGE 132 III 315 indes keine Klarheit geschaffen. Demgemäss ist für den Praktiker die Formulierung der Rechtsbegehren besonders diffizil.¹⁶

Die Entscheide wurden von der Doktrin wiederholt besprochen und teils harsch kritisiert.¹⁷

¹³ Vgl. BGE 132 III 305, E. 3.1, 4, 6.2.

¹⁴ Vgl. BGE 132 III 305, E. 6.

¹⁵ Vgl. BGE 132 III 305, E. 3.3 und 6.2; vgl. auch die systematische Darstellung der Begründung in PraxKomm-ABT, N. 29 ff. zu Art. 540 ZGB; DERSELBE, Stinkende Fälle, S. 201.

¹⁶ Vgl. ABT, Stinkende Fälle, S. 205.

8. Im selben Jahr hatte sich das Bundesgericht – in *BGE 132 III 455 ff.* – mit der Frage der Sittenwidrigkeit einer lebzeitigen Schenkung an einen Liegenschaftsverwalter zu befassen.

Es hat sich in dieser Entscheidung eingehend mit der einschlägigen Doktrin auseinandergesetzt und im Ergebnis die Sittenwidrigkeit der Schenkung verneint. Von zentraler Bedeutung ist aber, dass das Gericht erstmals festgehalten hat, dass auch im schweizerischen Recht ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegen könne, wenn «*gegen elementare Standesregeln*» verstossen wird, «*deren Zweck gerade darin besteht, von vornherein Interessenkonflikte und Zweifel über mögliche unerwünschte Beeinflussungen zu verhindern*».¹⁸

Der Entscheid ist insofern von Belang, als damit zum ersten Mal auch für die Schweiz anerkannt wird, dass standeswidriges Verhalten in zivilrechtlicher Hinsicht zur Sittenwidrigkeit – und damit zur Nichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) – eines Rechtsgeschäfts führen kann. Aufgrund des Umstands, dass die zugrundeliegenden Rechtsfragen bei Schenkungen kurz vor dem Tod und bei Begünstigungen durch Verfügungen von Todes wegen identisch sind, dürfte sich diese Argumentation ohne weiteres auch auf Zuwendungen von Todes wegen übertragen lassen. Folglich kann auch gegen diese argumentiert werden, dass Sittenwidrigkeit auf Grund von Standeswidrigkeit gegeben sei.

Diese Rechtsprechung ist einmal von Bedeutung in Bezug auf Ärzte, zumal Art. 38 der Standesordnung FMH diesen die Annahme von Geschenken, Zuwendungen von Todes wegen oder anderen Vorteilen von Patienten oder Dritten untersagt, die ihre ärztlichen Entscheidungen beeinflussen könnten und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen. Die Maxime des *Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen* gilt aber nicht nur für Ärzte, sondern auch für Rechtsanwälte und – unter gewissen Voraussetzungen – kraft Mandatsrechts für alle Personen, die im Rahmen eines Vertragsverhältnisses entgeltlich oder unentgeltlich für andere Personen Geschäfte oder Dienste besorgen.¹⁹

9. Demgegenüber hat das Bundesgericht im *BGE 136 III 142 ff.* – mithin im Jahre 2009 – entschieden, dass eine Schenkung von USD 1 Mio. eines Mandanten (mit einem Vermögen von rund USD 500 Mio.) an seinen Anwalt nicht sittenwidrig sei.²⁰

¹⁷ Vgl. ABT, Besprechung BGE, S. 1139 ff.; SANDOZ, passim; WOLF/BALLMER, S. 40 ff.; BREITSCHMID, S. 50 ff.; AEBI-MÜLLER, S. 27 f.

¹⁸ Vgl. BGE 132 III 455, E. 4.1, 4.2.

¹⁹ Vgl. ABT/WEIBEL, S. 271 ff.; BREITSCHMID, S. 186 f.

²⁰ Vgl. BGE 136 III 142, E. 3.5 = Pra 2010, Nr. 100, mit Bemerkungen von ABT, Stinkende Fälle, S. 203 f.

Das Bundesgericht hat dem Einwand der Sittenwidrigkeit notdürftig entgegengehalten, dass keine Norm existiere, wonach ein Anwalt von Klienten keine Geschenke annehmen dürfe; ferner bestünden keine Hinweise, dass der Anwalt um die Schenkung ersucht, Druck auf den Schenker ausgeübt, dessen Vertrauen missbraucht oder ein Abhängigkeitsverhältnis ausgenutzt hätte – vielmehr habe der vermögende Mandant die Zuwendung aus freien Stücken und aus eigener Initiative zu Gunsten seines langjährigen Freundes und Anwalts gemacht.

Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid bedauerlicherweise mit seiner bisherigen einschlägigen Rechtsprechung kaum und mit der Doktrin überhaupt nicht auseinandergesetzt.²¹

10. Im Entscheid *BGer 5A_692/2011* hatte sich das Bundesgericht mit fragwürdigen Verhaltensweisen eines Erben (Adoptivkind) zu befassen.

Dem Entscheid lagen zwei öffentliche (notarielle) letztwillige Verfügungen zu Grunde. Das Bundesgericht kam in diesem Entscheid zum Schluss, dass die Erbunwürdigkeit des Erben nicht gegeben sei. Das Gericht bejahte jedoch einen Irrtum des Erblassers (kausaler Motivirrtum).²²

Der Entscheid des Bundesgerichts hat einerseits aufgezeigt, dass für die Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung aufgrund eines Irrtums grundsätzlich nicht allzu hohe Anforderungen (wie etwa bei zweiseitigen Rechtsgeschäften) gelten. Bei letztwilligen Verfügungen ist bekanntlich ein blosser (unqualifizierter) Motivirrtum ausreichend. Es muss jedoch als wahrscheinlich dargetan sein, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Aufhebung der Verfügung ihrem unveränderten Fortbestand vorgezogen hätte. Andererseits hat der vorliegende Fall aber auch illustriert, dass die Anforderungen bei der Erbunwürdigkeit ungleich höher sind und dass ein bestimmtes Verhalten wohl zur Annahme eines Irrtums, aber nicht auch gleichzeitig zur Annahme der Erbunwürdigkeit führen kann.²³

11. Das *Obergericht des Kantons Zürich* hatte sich in einem Entscheid vom August 2011 mit einer öffentlichen letztwilligen Verfügung zu befassen.²⁴

Die Ehegatten waren 1984 bzw. 1988 verstorben; die drei gemeinsamen Nachkommen führten während Jahren eine erbrechtliche Auseinandersetzung um den Nachlass der Eltern.

²¹ Vgl. PraxKomm-ABT, N. 30a zu Art. 540 ZGB; DERSELBE, Stinkende Fälle, S. 203 f.

²² Vgl. BGer 5A_692/2011, E. 4, 7.

²³ Vgl. ABT, dRSK.

²⁴ Vgl. ZR 2012, S. 1 ff.

Das Gericht kam im erwähnten Entscheid zum Schluss, dass die Erblasserin bei der Errichtung der (notariellen!) Verfügung nicht mehr Verfügungsfähig gewesen war. Sodann hielt es fest, dass erbunwürdiges Verhalten auch gegenüber einem testierunfähigen Erblasser möglich sei.²⁵

12. Dem sog. «Kontaktanzeigen-Fall»²⁶ des Bundesgerichts lag ein bemerkenswerter Sachverhalt zu Grunde.

Ein vermöglicher und verwitweter Erblasser mit Jahrgang 1911 veröffentlichte im Jahre 1991 eine Kontaktanzeige. Er pries sich dabei als Akademiker und Segler mit Wohnsitz bzw. Liegenschaften an der Goldküste und in St. Moritz an. Er suchte mit dieser Annonce eine mindestens 20 Jahre jüngere «liebe, hübsche Schweizerin, mindestens 1.68m gross». Die Annonce war insofern erfolgreich, als sich kurz darauf eine Dame meldete, die gar 40 Jahre jünger als der Erblasser war. Aus dem anschaulichen Sachverhalt geht – kurz resümiert – hervor, dass aufgrund dieser Bekanntschaft, die auf die Kontaktanzeige zurückzuführen war, für den Erblasser ein Martyrium und für die 40 Jahre jüngere Dame verschiedene Testamente zu ihren Gunsten resultierte. Die Testamentsanfechtung über drei Gerichtsinstanzen blieb letztlich erfolglos.²⁷

Besonders stossend und unhaltbar erscheint u.E. die Meinung des Bundesgerichts, dass «es keine übermässige Abhängigkeit bedeutet, wenn ältere Menschen in einer mehrjährigen Beziehung ausharren müssen, weil sie befürchten, in ihrem fortgeschrittenen Alter keinen oder nur mehr schwer einen neuen Partner zu finden, und ihre Widerstandsfähigkeit ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil es auch im Alter Lebenssituationen geben kann, in denen kein oder nur mehr ein beschränkter Handlungsspielraum besteht und man folglich für das, was man bekommen will, bezahlen muss, was gefordert wird».²⁸ Damit wird einerseits zum Ausdruck gebracht, dass ein gewisses Mass an Abhängigkeit ohnehin zum Alter gehört. Andererseits wird gleichsam dargelegt, dass es aus höchstrichterlicher Sicht alltäglich und unproblematisch ist, dass betagte Personen für zwischenmenschliche Kontakte und Betreuung etc. mehr bezahlen müssen als andere Personen (respektive dass betagte Personen gar das bezahlen müssen, «was gefordert wird» – und nicht etwa das, was objektiv angebracht ist!). Ein solches Verständnis erscheint – gelinde gesagt – bedenklich.²⁹

²⁵ Vgl. ZR 2012, S. 1 ff., 3.

²⁶ Vgl. BGer 5A_748/2008.

²⁷ Vgl. die einlässliche Urteilsbesprechung bei ABT, Stinkende Fälle, S. 195 ff.

²⁸ BGer 5A_748/2008, E. 4.5.

²⁹ Vgl. in diesem Sinne ABT, Stinkende Fälle, S. 207.

13. AEBI-MÜLLER hat in einem Aufsatz aus dem *Jahr 2012* sodann – zu Recht – die Auffassung geäußert, dass sich bei Erbschleicherei-Tatbeständen oftmals ein Motivirrtum des Erblassers, allenfalls gar eine Täuschung, aufdränge.³⁰

Diese Argumentation kann mittels Ungültigkeitsklage (allenfalls auch mittels Klage auf Feststellung der Nichtigkeit) prozessual geltend gemacht werden (Klagegrund des Willensmangels gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 Abs. 1 ZGB).³¹

14. Im Rahmen des Kolloquiums vom 15. November 2013 zu Ehren von Prof. Dr. Peter Breitschmid anlässlich seines 60. Geburtstags bzw. in der darauf folgenden Publikation aus dem *Jahr 2014* hat sodann SEROZAN unter anderem kurz den «Kampf gegen Erbschleicherei»³² thematisiert.

Er hat festgehalten, dass bei den fraglichen Fällen wohl «ein Konglomerat von Hilfsmitteln wie Willensmangel und Erbnwürdigkeit [...] in Betracht [komme], aber der Begriff der Sittenwidrigkeit [...] wegen seiner Flexibilität immer in auffallender und überzeugender Weise die Überhand zu gewinnen [scheine]».³³

15. Einen (vorläufigen) Schlusspunkt zu dieser Thematik setzte das *Bezirksgericht Zürich* mit einem Urteil vom 29. Mai 2013.

Auf diesen Sachverhalt und die damit verbundenen praktischen Erfahrungen wird nachfolgend (3.) eingegangen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2013 wurde angefochten, aber vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 24. April 2014 bestätigt. Es ist aber noch nicht rechtskräftig.

16. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch auf einen jüngsten bundesgerichtlichen Entscheid betreffend eine bedeutende lebzeitige Zuwendung an einen Hausarzt hingewiesen.³⁴

Es ging dabei um eine lebzeitige Zuwendung (gemischte Schenkung) an einen Hausarzt. Die Schenkerin hat offenbar seit Jahren an einer erheblichen Rohypnol-Sucht gelitten, wobei ihr das Rohypnol vom Hausarzt abgegeben wurde. Die Schenkerin wurde rund ein Jahr nach der Zuwendung unter Vormundschaft ge-

³⁰ Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 28 f.

³¹ Vgl. dazu etwa RUMO-JUNGO, Tafeln 57-59; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Kap. 3, Rz. 27 ff., 45 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 67 N. 12 f.

³² SEROZAN, S. 20.

³³ SEROZAN, S. 20 f.

³⁴ Vgl. BGer 4A_3/2014.

stellt. In der Folge wurde die Schenkung namens der Schenkerin angefochten, wobei ursprünglich Sittenwidrigkeit, Urteilsunfähigkeit und Übervorteilung (Art. 21 OR) geltend gemacht wurde. Die Klage wurde von allen drei Instanzen abgewiesen. Das Bundesgericht hatte sich nur noch mit der Frage der Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR) zu befassen.

Das Bundesgericht hielt fest, dass eine lebzeitige Zuwendung von rund CHF 2 Mio. an einen Hausarzt nicht als solche sittenwidrig sei.³⁵ Zudem verneinte das Bundesgericht auch die Sittenwidrigkeit aufgrund eines Verstosses gegen elementare Standesregeln (wie Art. 1 und Art. 38 Standesordnung FMH).³⁶ Sodann verneinte das Bundesgericht auch die Sittenwidrigkeit aufgrund der geltend gemachten Beeinträchtigung der Willensbildung.³⁷

3. Jüngste Erfahrungen aus der Praxis

3.1 Einleitung und Sachverhalt

Anhand eines aktuellen Falls, der gerichtlich beurteilt wurde, konnten (weitere) praktische Erfahrungen im Zusammenhang mit «stinkenden Fällen» gesammelt werden. Der zu Grunde liegende Sachverhalt sorgte für einige mediale Schlagzeilen.

Dieser praktische Fall wurde vor dem Bezirksgericht Zürich verhandelt und mit Urteil vom 29. Mai 2013 entschieden.³⁸ Der unterlegene Beklagte hat das Urteil mit Berufung (Art. 308 ff. ZPO) angefochten. Das Obergericht des Kantons Zürich ist jedoch mit Urteil vom 24. April 2014 auf die Berufung – da sie offensichtlich unzulässig und unbegründet sei (Art. 312 Abs. 1 ZPO) – nicht eingetreten. Das Urteil ist jedoch derzeit noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

Der komplexe Sachverhalt kann in gedrängter Form wie folgt zusammengefasst werden:

Die Erblasserin war eine betagte, alleinstehende, kinderlose und vermögende Dame. Sie entstammte einer erfolgreichen und wohlhabenden Zürcher Unternehmerfamilie. Sie wuchs in sehr vermögenden Verhältnissen als wohlbehütetes Einzelkind auf. Im

³⁵ Vgl. BGER 4A_3/2014, E. 3.3.

³⁶ Vgl. BGER 4A_3/2014, E. 3.4.

³⁷ Vgl. BGER 4A_3/2014, E. 3.5.

³⁸ Die Autoren waren bzw. sind an diesem Verfahren als Parteivertreter (auf Seiten der Kläger) engagiert.

Sinne eines Family Office wurde sie in ihren administrativen und finanziellen Angelegenheiten über einen Zeitraum von rund 50 Jahren durch das Rechtsanwaltsbüro X bzw. durch Rechtsanwalt X umfassend betreut und beraten. Nach dem Tod von Rechtsanwalt X übernahm dessen Bruder Y die Vermögensverwaltung für die Erblasserin und zusammen mit der langjährigen Sekretärin von Rechtsanwalt X die administrative Betreuung der Erblasserin. Die Erblasserin unterschrieb zugunsten von Y eine umfassende Bankvollmacht sowie eine Vollmacht für Unterhalt, Pflege und Verwaltung der Liegenschaft.

Die Erblasserin lebte zeit ihres Lebens in einer Villa mit Park an der «Züribergstrasse» in Zürich und entwickelte im Verlauf ihres langen Lebens eine äusserst intensive Bindung zu diesem Grundbesitz, der sich über 6'000 m² erstreckte. Der Grundbesitz bedeutete der Erblasserin enorm viel: Ihr «geliebter Züriberg» war ihr «Ein-und-Alles» und es durfte weder am Haus noch am Park mit den vielen Bäumen und Sträuchern etwas verändert werden.

Um ihre Villa und den Park zu schützen, wandte sich die Erblasserin im Verlauf des Jahres 2003 an Z, der damals Präsident einer Vereinigung zur Erhaltung von charakteristischen Bauten war. Die Erblasserin schloss aufgrund der Beratertätigkeit des Z einen Dienstbarkeitsvertrag zugunsten der von Z repräsentierten Institutionen und zulasten des Hauptgrundstücks mit der Villa der Erblasserin. Die Erblasserin war glücklich über den Dienstbarkeitsvertrag vom Februar 2004, da sie damit ihren «geliebten Züriberg» nun geschützt wusste. Für diesen ihren «Züriberg» schützenden Dienstbarkeitsvertrag, welcher dank Z zustande gekommen war, war die Erblasserin gegenüber Z unbestrittenemassen sehr dankbar. In der Folge intensivierte sich der Kontakt zwischen der Erblasserin und Z. Die Erblasserin nahm Z ab diesem Zeitpunkt als ihren «Schutzengel» und «Lebensretter für den Züriberg» wahr. Es war unter den Prozessparteien unbestritten, dass der Schutz «ihres geliebten Züribergs» das zentrale Anliegen der Erblasserin war.

Die Erblasserin verstarb am 22. Dezember 2009. Nach einem intensiven Schriftenwechsel wurden mit Verfügung vom 28. September 2010 die folgenden Verfügungen von Todes wegen eröffnet:

1. Ein Testament vom 28. Mai 1997.
Darin schloss die Erblasserin ihre gesetzlichen Erben von der Erbfolge aus, richtete Vermächtnisse aus und errichtete per Todestag die «Erblasserin-Stiftung» unter Zuweisung des Rests ihres Nachlasses als Stiftungsvermögen. Zum Willensvollstrecker ernannte die Erblasserin Rechtsanwalt X.
2. Eine Präzisierung und Ergänzung zum Testament vom 28. Mai 1997 vom 18. Juni 1997.
Darin traf die Erblasserin Änderungen betreffend die Vermächtnisse und die zu errichtende Stiftung.

3. Ein Nachtrag zum Testament vom 28. Mai 1997 vom 23. November 1998.
Darin errichtete die Erblasserin lediglich ein Vermächtnis.
4. Ein Testament vom 7. August 2007.
Darin hob die Erblasserin alle früheren errichteten Testamente auf und setzte Z als Alleinerben und Willensvollstrecker ihres Nachlasses ein.
5. Ein Nachtrag zum Testament vom 28. Mai 1997 vom 14. August 2008.
In dieser als «Nachtrag zum Testament vom 28. Mai 1997» bezeichneten letztwilligen Verfügung vom 14. August 2008 ernannte die Erblasserin anstelle des mittlerweile verstorbenen Rechtsanwalts X dessen Bruder Y zum Willensvollstrecker.

In der Testamentseröffnungsverfügung erwog der Einzelrichter, dass die letztwillige Verfügung vom 7. August 2007 einstweilen als massgebend zu betrachten sei; der Nachtrag vom 14. August 2008 sei nur als unselbständige Verfügung zu verstehen, welche die Verfügung vom 28. Mai 1997 nicht wieder aufleben lasse.

Der Testamentseröffnungsrichter verfügte sodann, dass i) die sämtlichen Verfügungen von Todes wegen zu eröffnen seien und dass ii) nach Abschluss des Erbenrufs eine auf Z lautende Erbbescheinigung ausgestellt würde, sofern dagegen nicht innert Monatsfrist Einsprache erhoben würde.³⁹

In der Folge erhoben die «Erblasserin-Stiftung» und Y Einsprache im Sinne von Art. 559 ZGB und reichten alsdann Klage ein mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung vom 7. August 2007.
2. Eventuell: Ungültigerklärung der Verfügung vom 7. August 2007.
3. Subeventuell: Feststellung der Erbnunwürdigkeit des Beklagten samt Unfähigkeit, Willensvollstrecker zu sein und damit Ausschluss von der Erbschaft der Erblasserin.
4. Feststellung, dass die «Erblasserin-Stiftung» Alleinerbin und Y Willensvollstrecker ist.

Der Beklagte (Z) beantragte die Abweisung der Klage. Er erhob seinerseits keine Klage bzw. Widerklage gegen die Beteiligten am Nachlass oder die eröffneten Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch nicht gegen den mit Verfügung vom 28. September 2010 eröffneten Nachtrag vom 14. August 2008.⁴⁰

³⁹ Der Testamentseröffnungsrichter machte damit – im Testamentseröffnungsverfahren – eine «Erschein-Prognose», vgl. dazu hinten 4. (Ziff. 6).

⁴⁰ Es ist u.E. davon auszugehen, dass sich der Beklagte damit diverser Einreden beraubt hat. So hätte er nur die Nichtigkeit bzw. – unter den Voraussetzungen von Art. 521 Abs. 3 ZGB – die Ungültigkeit des Nachtrages vom 8. August 2008 geltend machen können.

3.2 Aktivlegitimation, insbesondere bezüglich der Erbstiftung

Im vorliegenden Verfahren waren auf der Klägerseite die «Erblasserin-Stiftung» sowie Y (handelnd als Willensvollstrecker im Nachlass der Erblasserin) engagiert.

In Bezug auf die «Erblasserin-Stiftung» war die Legitimation besonders umstritten. Das Bezirksgericht Zürich hielt (in Erwägung V.) im Wesentlichen fest, dass die «Erblasserin-Stiftung» als Erbstiftung im Sinne von Art. 493 ZGB zu qualifizieren sei. Der Erbstiftung komme Rechtsfähigkeit und eine auf die Frage ihrer Existenz beschränkte Handlungsfähigkeit seit dem Todestag der Erblasserin zu, und zwar unabhängig von ihrem Eintrag im Handelsregister. Für die Führung des vorliegenden Prozesses sei ein Handelsregistereintrag nach Ansicht des erkennenden Gerichts nicht erforderlich.

Die Rechtspersönlichkeit der Erbstiftung entsteht folglich «ipso iure» im Zeitpunkt des Erbgangs und damit mit dem Tod der Erblasserin; dem Eintrag in das Handelsregister kommt bloss noch deklaratorische Wirkung zu.

Der «Erblasserin-Stiftung» komme insofern eine resolutiv bedingte Rechtspersönlichkeit zu, als sie direkt von der Entscheidung abhängig ist, ob das Testament der Erblasserin vom 28. Mai 1997 mit den Nachträgen dazu als für die Erbfolge massgeblich betrachtet wird oder nicht.⁴¹

Die Passivlegitimation von Z war im vorliegenden Fall unbestritten.

Nach der Rechtsprechung (und einem Teil der Doktrin) werden bekanntlich nur Extremfälle als Nichtigkeitsgründe anerkannt (vgl. RUMO-JUNGO, Tafeln 57-59; PraxKomm-ABT, N. 4 f. zu Art. 519 ZGB m.w.H.).

⁴¹ Diese Auffassung entspricht im Wesentlichen der Position von RIEMER, N. 17 zu Art. 52 ZGB; DERSELBE, N. 77 zu Art. 81 ZGB; ZEITER, Rz. 783 ff., 839 ff., 850; TUTOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 71 N. 32; RUMO-JUNGO, Tafel 40; in diesem Sinne auch BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Kap. 2, Rz. 42. – Demgegenüber gehen Teile der Doktrin und das BGer davon aus, dass die Stiftung im Zeitraum zwischen dem Tod des Erblassers und der Eintragung in das Handelsregister bloss eine ähnliche Stellung wie ein nasciturus aufweist und das Recht der Persönlichkeit erst mit der (konstitutiven) Handelsregistereintragung erlangt, vgl. BGE 103 Ib 6, E. 1; 99 II 246, E. 9 g; vgl. auch 5A.29/2005, E. 3.1; WOLF/GENNA, S. 312 ff.; CHK-KÜNZLE, N. 6 zu Art. 493 ZGB. – Die unterschiedlichen Ansätze sind in der Praxis jedoch nur dann relevant, wenn der Erblasser eine Stiftung errichtet hat, die – etwa wegen Widerrechtlichkeit – nicht eingetragen werden kann, vgl. PraxKomm-BURKART, N. 17 zu Art. 493 ZGB, sowie BSK-GRÜNINGER, N. 3 f. zu Art. 493 ZGB.

3.3 Unentgeltliche Rechtspflege

Bemerkenswert ist sodann im Zusammenhang mit der «Erblasserin-Stiftung», dass der «Erblasserin-Stiftung» – auf Antrag hin – mit Beschluss vom 3. Januar 2012 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde.

Das Bezirksgericht Zürich hielt fest, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung juristische Personen grundsätzlich über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verfügen, da sie weder arm noch bedürftig sind, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen haben.⁴²

Ein Anspruch einer juristischen Person auf unentgeltliche Rechtspflege könne ausnahmsweise dann bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und wenn neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind, wobei der Begriff der wirtschaftlich Beteiligten weit zu verstehen ist; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger.⁴³

Das Bezirksgericht Zürich entschied in der Folge, dass im konkreten Fall die Voraussetzungen von Art. 117 ZPO erfüllt sind und damit der «Erblasserin-Stiftung» die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Sollte die «Erblasserin-Stiftung» diesen Prozess gewinnen, ihr also ein Millionenvermögen zufallen, würde ihr diese unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend entzogen.

Die «Erblasserin-Stiftung» könnte den Prozess aber auch verlieren. In diesem Fall bliebe es bei der unentgeltlichen Rechtspflege und der verlorene Prozess wäre insofern von der Allgemeinheit finanziert worden. Indessen wurde der Prozess letztlich durch die Erblasserin veranlasst, denn sie hatte ja die Errichtung der «Erblasserin-Stiftung» testamentarisch verfügt. Daher wäre es an sich sachgerechter, die Prozesskosten als Nachlasskosten zu qualifizieren und die unentgeltliche Rechtspflege in jedem Fall nur so lange zu gewähren, als die Prozesskosten nicht aus dem Nachlass bevorschusst werden können, etwa weil der Willensvollstrecker oder der Erbschaftsverwalter sich weigert die Vorschüsse zu bezahlen bzw. wenn (noch) kein Zugriff auf die Nachlassmittel besteht.

⁴² Vgl. BGE 131 II 306 ff., 326.

⁴³ Vgl. BGE 131 II 306 ff., 327.

3.4 Standpunkte der Prozessparteien

Dreh- und Angelpunkt im vorliegenden Erbstreit war in materieller Hinsicht im Wesentlichen die Frage, ob die letztwillige Verfügung vom 7. August 2007 tatsächlich als massgebend zu betrachten ist (so der Testamentseröffnungsrichter in der Verfügung vom 28. September 2010) bzw. ob dem jüngsten durch die Erblasserin verfassten Nachtrag vom 14. August 2008 für die Erbfolge Bedeutung zukommt.

3.4.1 Standpunkt Kläger

Die Kläger vertraten diesbezüglich im Wesentlichen den Standpunkt, dass die Erblasserin durch den Nachtrag vom 14. August 2008 das Testament vom 7. August 2007 stillschweigend widerrufen habe und das Testament vom 28. Mai 1997 (mit den dazu errichteten Nachträgen) dadurch wieder in Kraft habe setzen wollen. Dies habe zur Folge, dass die «Erblasserin-Stiftung» als Alleinerbin zur Erbfolge berufen und Z als Willensvollstrecker zu betrachten sei.

Zudem machten die Kläger Nichtigkeit in Folge Erbschleicherei des Beklagten geltend und riefen (eventualiter) die Ungültigkeit der Verfügung zu Folge Motivirrtum, Sittenwidrigkeit und/oder Verfügungsunfähigkeit an. Subeventualiter sollte die Erbuwürdigkeit des Beklagten zufolge Erbschleicherei festgestellt werden. Letztlich sollte auch festgestellt werden, dass die «Erblasserin-Stiftung» Alleinerbin sowie Y der Willensvollstrecker sei.

3.4.2 Standpunkt Beklagter

Der Beklagte behauptete zum Nachtrag vom 14. August 2008 im Wesentlichen, dass die Erblasserin darin nicht den eigenen Willen kundgetan habe, sondern denjenigen des vorverstorbenen Rechtsanwalts X. Daher mangle es an einem animus testandi, was Nichtigkeit dieses Nachtrags zur Folge habe.

Weiter behauptete der Beklagte, dass für die Erblasserin durch den unerwarteten Tod von Rechtsanwalt X eine Notlage entstanden sei; sie habe sich dadurch in einer Druck- und Zwangssituation befunden. In dieser Notlage habe Y der Erblasserin den Nachtrag (vom 14. August 2008) zur Abschrift vorgelegt. Die Erblasserin habe die Vorlage abgeschrieben und damit sei ihre Druck- und Zwangssituation gelöst gewesen. Ihre administrative Betreuung sei so sichergestellt worden und Z sei in Nachlassfragen erfolgreich abgewimmelt worden.

Aus diesem Grund wurde – einredeweise – geltend gemacht, der Nachtrag vom 14. August 2008 sei nichtig, und allein das Testament vom 7. August 2007 sei für die Erbfolge und die Willensvollstreckereinsetzung massgebend. Z sei gestützt auf das Testament vom 7. August 2007 rechtmässiger Alleinerbe und Willensvollstrecker.

3.5 Vorgehen/Standpunkt Bezirksgericht Zürich

3.5.1 Prozessinstruktion im Allgemeinen

Das Bezirksgericht Zürich ordnete einen einfachen Schriftenwechsel (Art. 221 f. ZPO) an und lud die Parteien nach Eingang der schriftlichen Klageantwort zur Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO).

Gemäss den gesetzlichen Normen stellten die Parteien nach der Eröffnung der Hauptverhandlung ihre Anträge und begründeten sie in ihren ersten Parteivorträgen (Art. 228 Abs. 1 ZPO). Zu Beginn der Fortsetzung der Hauptverhandlung eröffnete das Gericht den Parteien seine vorläufige Einschätzung. Danach konnten Replik und Duplik (Art. 228 Abs. 2 ZPO) mündlich vorgetragen werden.

Mit dem Einverständnis der Parteien wurde die darauf folgende Beweisverfügung (Art. 154 ZPO) auf das Thema der Gültigkeit/Ungültigkeit des Nachtrags vom 14. August 2008 beschränkt. Die Beweisverfügung wurde schriftlich zugestellt und den Parteien Frist angesetzt, um ihre je ersten Schlussvorträge (Art. 232 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO) schriftlich einzureichen.

In einer neuerlichen Sitzung wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt, anlässlich welcher die Parteien Gelegenheit hatten, ihre je zweiten Schlussvorträge (Art. 232 Abs. 1 Satz 3 ZPO) mündlich zu halten. Die Hauptverhandlung war damit beendet. Im Anschluss wurde den Parteien das Urteil mündlich eröffnet und kurz erläutert sowie je unbegründet im Dispositiv übergeben. Der Beklagte verlangte in der Folge innert Frist die Begründung des Urteils.

3.5.2 Beweisverfahren im Besonderen

Wie erwähnt, beschränkte das Bezirksgericht Zürich das Beweisverfahren (Art. 154 ZPO) auf die Gültigkeit des Nachtrags vom 14. August 2008.

Das Bezirksgericht Zürich hielt (insbesondere in E. VII.) gestützt auf Art. 8 ZGB fest, dass derjenige, welcher sich auf einen fehlenden Willen oder auf einen mangelhaften Willen beruft, diesen fehlenden oder mangelhaften Willen zu beweisen hat. Vorliegend trage daher der Beklagte die Beweislast für den von ihm behaupteten bzw. mangelhaften Willen der Erblasserin in Bezug auf den Nachtrag vom 14. August 2008.

Der Beklagte trug damit die Beweislast für seine Behauptungen, wonach dem Nachtrag vom 14. August 2008 ein Willensmangel anhafte bzw. dieser Nachtrag ohne Testierwille geschrieben worden sei. Entsprechend wurde ihm vom Bezirksgericht Zürich der Hauptbeweis zu seinen diesbezüglichen Behauptungen durch den Beweisbeschluss (Art. 154 ZPO) auferlegt.

Der Beklagte musste damit im Wesentlichen Tatsachen beweisen, die ausschliesslich das Wissen und Wollen der Erblasserin bei der Abschrift des Nachtrags vom 14. August 2008 betrafen, mithin innere Tatsachen. Da die Erblasserin kein Schriftstück hinterlassen hatte, in welchem sie sich selber direkt über ihre Motivation und ihren Willen bei der Niederschrift des Nachtrags vom 14. August 2008 äusserte, handelte es sich vorliegend um einen typischen Anwendungsfall des mittelbaren Beweises.⁴⁴ Der mittelbare oder indirekte Beweis gründet auf Indizien, auf tatbestandsfremden Tatsachen, welche den Schluss auf das Vorliegen oder das Fehlen der Haupttatsache (des Tatbestandsmerkmals) rechtfertigen.

3.5.3 Entscheidung

Nach (freier) Würdigung der vom Beklagten angebotenen und abgenommenen Beweismittel – auch in ihrem Gesamtkontext – kam das Bezirksgericht Zürich zum Schluss, der Beweis des Beklagten, der Nachtrag vom 14. August 2008 sei von der Erblasserin nur zum Schein und ohne Testierwillen errichtet worden, um Y abzuwimmeln und um belastenden Störungen in ihrer administrativen Betreuung vorzubeugen, sei nicht erbracht.

Das Bezirksgericht Zürich kam zu diesem Schluss, obschon für dieses Gericht kein Zweifel daran bestand, dass sich die Erblasserin bis zu ihrem Tod dem Beklagten tief verbunden fühlte und ihm bis zu ihrem Tod dankbar dafür war, dass er dazu beigetragen hatte, ihren «Züriberg» durch den Dienstbarkeitsvertrag unter Schutz zu stellen. Die Gefühle, die die Erblasserin dem Beklagten gegenüber hegte, vermochten für das Bezirksgericht Zü-

⁴⁴ Vgl. WALTER, N. 95 zu Art. 8 ZGB.

rich den Beweis dafür, dass die Erblasserin den Nachtrag vom 14. August 2008 nur zum Schein geschrieben habe, nicht zu erbringen.

Das Gericht hielt sodann fest, dass selbst wenn dem Beklagten der Beweis gelungen wäre, dass die Erblasserin den Nachtrag vom 14. August 2008 unter dem Einfluss der vom Beklagten umschriebenen Not- und Zwangslage errichtet hätte, dies an der Gültigkeit der des Nachtrags nichts ändern würde: Gemäss Art. 469 Abs. 2 ZGB erlangen unter Zwang errichtete Verfügungen Gültigkeit, wenn sie von der Erblasserin nicht binnen Jahresfrist aufgehoben werden, sobald der Einfluss des Zwangs weggefallen ist. In casu konnte davon ausgegangen werden, dass der Einfluss des angeblichen Zwangs bei der Errichtung des Nachtrags mit der Errichtung dieses Nachtrags weggefallen sei.

Gestützt auf die Beweiswürdigung war für das Bezirksgericht Zürich erstellt, dass die Erblasserin mit dem Nachtrag vom 14. August 2008 frei von Zwang testierte und dies so wollte. Durch die Bezugnahme auf das Testament vom 28. Mai 1997 verfügte die Erblasserin am 14. August 2008 letztwillig, dass sich ihre Erbfolge nach dem Testament vom 28. Mai 1997 und allen dazu verfassten Nachträgen richtet. Demnach trete das Testament vom 28. Mai 1997 mit allen Nachträgen an die Stelle des Testaments vom 7. August 2007 und hebe dieses gesamthaft auf (Art. 511 Abs. 1 ZGB).

Die Klage wurde damit gutgeheissen und es wurde festgestellt, dass die «Erblasserin-Stiftung» Alleinerbin und Y Willensvollstrecker im Nachlass der Erblasserin sind. Die Prozesskosten – bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 ZPO) – wurden gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei und damit dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2013 ist – wie erwähnt vom Obergericht des Kantons Zürich bestätigt worden – aber noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Der Entscheid des vom Beklagten angerufenen Bundesgerichts (Verfahrens-Nr. 5A_469/2014) ist derzeit noch ausstehend.

4. Erkenntnisse

Die praktischen Erfahrungen bzw. Erkenntnisse auf Grund des vorn (3.) geschilderten Falles können wie folgt resümiert werden:

1. Das Verfahren (betreffend Testamentseröffnung und vor der ersten Instanz) war in verschiedener Hinsicht sehr aufwändig.

Es erfolgten letztlich sowohl auf Seiten der Kläger als auch auf Seiten des Beklagten je zwölf Eingaben bzw. Parteivorträge; im Ergebnis lagen damit rund 800 Seiten Rechtsschriften vor. Zudem erfolgten externe Rechtsgutachten und Noveneingaben in das Zivilverfahren.

Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Zürich erstreckte sich über einen Zeitraum von acht Monaten; die Hauptverhandlung wurde auf drei Verhandlungstermine aufgeteilt – obwohl das Beweisverfahren wie erwähnt beschränkt war und nur schriftliche Beweismittel abgenommen, mithin keine Zeugeneinvernahmen etc., erfolgen mussten. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich erging rund dreieinhalb Jahre nach dem Tod der Erblasserin.

2. Das Verfahren beim Bezirksgericht Zürich hat (erfreulicherweise) aufgezeigt, dass das Gericht den Fall mit grosser (erbrechtlicher und zivilprozessualer) Kompetenz behandelt und beurteilt hat.

Aus prozessualen Gründen wurden jedoch (bedauerlicherweise) letztlich diverse interessante Fragestellungen bzw. Literaturstellen nicht behandelt bzw. entschieden. Es erfolgte naturgemäss nur die Klärung von notwendigen Streitpunkten (was letztlich auch die Anfechtbarkeit des Urteils verringert). Das Bezirksgericht Zürich präsentierte im Ergebnis eine einfache, aber bestechende Lösung.

3. Durch das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Mai 2013 wurde die bestehende heikle bundesgerichtliche Praxis zur Erbnunwürdigkeit nicht «entschärft». Die Wirkungen der Erbnunwürdigkeit, die Formulierung der Rechtsbegehren und spezifische Abgrenzungsfragen sind – insbesondere beim «Zusammenspiel» mit Ungültigkeitsgründen – für den Praktiker immer noch heikel zu handhaben.⁴⁵
4. Die Rechtsprechung in Bezug auf die «stinkenden Fälle» ist und bleibt damit inkonsistent, was eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge hat. Sie ist (und bleibt) im Allgemeinen bzw. die Erbnunwürdigkeit im Besonderen unberechenbar.
5. Im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation der Erbstiftung hat das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. April 2014⁴⁶ interessante Erwägungen angestellt. So führte es aus, dass die Errichtung einer Erbstiftung (Art. 493 ZGB) durch Verfügung von Todes wegen erfolgt. Demnach bilde diese Verfügung die Grundlage für den Handelsregistereintrag dieser Erbstiftung.⁴⁷

⁴⁵ Vgl. etwa auch PraxKomm-ABT, N. 44 f. zu Art. 540 ZGB.

⁴⁶ Vgl. dazu vorn 3.1.

⁴⁷ Vgl. RIEMER, N. 31 zu Art. 81 ZGB.

Somit ist als Datum der Stiftungsurkunde der Tag, an dem die Verfügung von Todes wegen errichtet worden ist, ins Handelsregister einzutragen (Art. 95 Abs. 1 Bst. e HRegV; Art. 22 Abs. 2 HRegV). Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Errichtung durch letztwillige Verfügung und auf den Erblasser kann, muss aber im Falle der Erbstiftung nicht gemacht werden (Art. 95 Abs. 1 HRegV).⁴⁸

Die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, muss gemäss Art. 81 Abs. 3 ZGB dem Handelsregisterführer die Errichtung der Stiftung mitteilen, damit dieser Wille auch tatsächlich umgesetzt wird. Das Handelsregisteramt seinerseits informiert die zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde, welche dann die Übernahme der Aufsicht zu melden hat (Art. 96 HRegV).⁴⁹ Im vorliegenden Fall ist durch den Testamentseröffnungsrichter keine Anmeldung beim Handelsregisteramt erfolgt und eine solche hätte mangels Erbschein mit der Erbstiftung als Erbin auch gar nicht erfolgen können.⁵⁰ Es erging hingegen eine Mitteilung an die Stiftungsaufsichtsbehörde.

Im fraglichen Verfahren war zu beachten, dass die letztwillige Verfügung aus dem Jahr 1997, mit welcher die Erbstiftung als Alleinerbin eingesetzt worden war, wohl vom Testamentseröffnungsrichter eröffnet, aber nicht als massgebend erachtet wurde. Somit konnte die Erbstiftung gestützt auf diese Testamentseröffnungsverfügung nicht in den Besitz einer Erbscheinung gelangen; dies war einzig und allein auf dem ordentlichen Prozessweg möglich. Aber ein solcher Erbschein wäre für die handelsregisterrechtliche Anmeldung der Erbstiftung notwendig gewesen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in seinem Urteil vom 24. April 2014 dazu vernehmen lassen, dass bezweifelt werden müsse, ob aufgrund der umstrittenen Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung aus dem Jahre 1997 das Handelsregisteramt den Eintrag der Erbstiftung vorgenommen hätte.⁵¹

Die Meinungen, ob die Erbstiftung bis zum Tag ihrer Eintragung im Handelsregister bereits voll, bloss suspensiv bedingt, oder suspensiv bedingt, aber rückwirkend erwerbend, rechtsfähig ist, sind nach wie vor kontrovers. RIEMER und ZEITER gehen davon aus, dass die Erbstiftung unmittelbar mit dem Tod des Erblassers entsteht, da Art. 493 ZGB *lex specialis* zu Art. 52 ZGB darstelle.⁵² Nach einer abweichenden Meinung hat die Erbstiftung vom Todestag des Erblassers

⁴⁸ Vgl. ZIHLER, N. 3 zu Art. 95 HRegV; KÜNG, N. 55, 429 ff. zu Art. 932 OR.

⁴⁹ Vgl. JAKOB, N. 4 zu Art. 81 ZGB.

⁵⁰ Vgl. ZIHLER, N. 14 zu Art. 17 HRegV; ZEITER, Rz. 885 ff.; REBSAMEN, N. 1427; KÜNG, N. 788 zu Art. 940 OR; RIEMER, N. 63, 94 zu Art. 81 ZGB, mit Verweis auf VON STEIGER, S. 118 f.

⁵¹ Vgl. ZEITER, Rz. 886; REBSAMEN, N. 1427.

⁵² Vgl. RIEMER, N. 17 zu Art. 52 ZGB; DERSELBE, N. 77 zu Art. 81 ZGB; ZEITER, Rz. 839 ff.

bis zum Handelsregistereintrag eine ähnliche Rechtstellung wie ein nasciturus und ist nur bedingt rechtsfähig.⁵³ Das Bundesgericht geht noch von dieser suspensiv bedingten Rechtsfähigkeit aus.⁵⁴

Die Auffassung von ZEITER hat nun beachtliche Unterstützung erhalten, indem die Meinung vertreten wird, dass die Erbstiftung unmittelbar – in der gleichen juristischen Sekunde – mit dem Tod des Erblassers und nicht erst mit dem Eintrag im Handelsregister entsteht.⁵⁵ Nach dieser Auffassung ist die Eintragung der Erbstiftung im Handelsregister nur deklaratorischer Natur.

Letztlich kam es darauf aber nicht an. Denn Y hatte in seiner Funktion als Wilensvollstrecker nach dem Ableben der Erblasserin die Eintragung der «Erblasserin-Stiftung» im Handelsregister mittels Errichtung einer separaten öffentlichen Urkunde im Rahmen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden erwirkt. Dabei stand für die Gerichte fest, dass die dadurch eingetragene «Erblasserin-Stiftung» identisch ist mit der von der Erblasserin testamentarisch errichteten «Erblasserin-Stiftung» (gleichen Namens). Daran änderte auch nichts, dass Y bei dieser Gelegenheit den Zweck der «Erblasserin-Stiftung» ausführlicher hatte umschreiben lassen, als die Erblasserin dies im Testament getan hatte. Diese Identität lässt einzig und allein den zutreffenden Schluss zu, dass Y keine von der Erbstiftung unabhängige, zweite Stiftung errichtete, sondern vielmehr der bereits errichteten Stiftung auf dem Wege der öffentlichen Beurkundung zu einem Eintrag im Handelsregister und damit zur Handlungsfähigkeit verhelfen wollte.

6. Besonders bemerkenswert erscheint abschliessend noch die unterschiedliche (kantonale) Praxis betreffend die Thematik der «Erbscheinprognose im Testamentseröffnungsverfahren»⁵⁶.

Auf Grund einer Umfrage vom Januar 2014 unter verschiedenen Fachanwälten SAV Erbrecht sowie Amtspersonen⁵⁷ kann festgehalten werden, dass in Bezug auf die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in den Kantonen unterschiedliche Praxen bestehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn von einem Erblasser verschiedene (sich widersprechende bzw. aufhebende) Verfügungen vorliegen, mit denen abwechselnd verschiedene Begünstigte bezeichnet werden.

⁵³ Vgl. PraxKomm-BURKART, N. 16 zu Art. 493 ZGB; CHK-KÜNZLE, N. 6 zu Art. 493 ZGB.

⁵⁴ Vgl. BGE 103 Ib 6, E. 1; 99 II 246, E. 9g; vgl. auch BGer 5A.29/2005, E. 3.1.

⁵⁵ Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 71 N. 32; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Kap. 2, Rz. 42 f.

⁵⁶ Vgl. dazu die Ausführungen vorn Fn. 39.

⁵⁷ Den Kollegen, die an der Umfrage teilgenommen haben, sei auch an dieser Stelle für die Mitwirkung gedankt.

Die kantonalen Praxen sind insofern einheitlich, als grundsätzlich sämtliche (der Einlieferungspflicht unterliegenden) Verfügungen des Erblassers – auch die aufgehobenen, widerrufenen oder ungültigen etc. – eröffnet werden.⁵⁸ Klar ist grundsätzlich auch, dass im Rahmen der Testamentseröffnung das Einzelgericht im summarischen Verfahren bzw. die zuständige Behörde lediglich eine vorläufige Prüfung und Auslegung der Verfügungen vorzunehmen hat, soweit dies für die ihm obliegenden Anordnungen zur Sicherung des Erbganges erforderlich ist.

Hervorzuheben ist jedoch, dass gemäss der «Zürcher Praxis» – und damit auch im vorn (3.1) geschilderten Fall – im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB auszustellende Erbbescheinigung insbesondere zu bestimmen ist, wer nach dem Wortlaut der Verfügungen als Erbe bzw. als Vermächtnisnehmer zu gelten hat. Es wird jedoch – zu Recht – darauf hingewiesen, dass eine solche Auslegung immer nur provisorischen Charakter hat, mithin ist sie für das materielle Recht unpräjudiziell. Demnach befindet der Eröffnungsrichter nicht über die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse; dies bleibt im Streitfall dem anzurufenden ordentlichen Zivilrichter vorbehalten.⁵⁹ Soweit ersichtlich bzw. gemäss der Umfrage vom Januar 2014 bestehen ähnliche Praxen in den Kantonen Bern, Thurgau und Luzern. Auch in diesen Kantonen erfolgt demnach – wie in Zürich – eine «Erbscheinprognose im Testamentseröffnungsverfahren».

Demgegenüber besteht in anderen Kantonen (i.d.R.) keine derartige Praxis; zu nennen sind soweit ersichtlich bzw. gemäss der Umfrage vom Januar 2014 etwa die Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Aargau und St. Gallen. Grundsätzlich werden auch in diesen Kantonen sämtliche eingelieferten Verfügungen gemäss Art. 557 ZGB eröffnet, wobei die Eröffnung meist auf dem Korrespondenzweg (durch Zustellung von Kopien per Einschreiben, in der Regel mit einem kaum spezifizierten «Standard-Begleitbrief») erfolgt.⁶⁰ Die Eröffnung wird in Basel-Stadt bzw. Basel-Landschaft etwa durch ein Amt (das «Erbschaftsamt», welches keine gerichtliche Behörde ist), in Bern durch den zuständigen Notar durchgeführt, sodass kein (quasi-)gerichtliches Verfahren (mit vorgängigen Eingaben, samt Anträgen etc.) Platz greift; die Eröffnung erfolgt auch nicht mit einer formellen «Verfügung betreffend Testamentseröffnung», samt Erwägungen und Rechtsmittelbelehrung, sondern – wie erwähnt – mit einem kaum spezifizierten «Standard-Begleitbrief».

Es ist dann Sache der Eröffnungsempfänger, Klarheit darüber zu erlangen bzw. zu schaffen, welche Verfügung(en) in welchem Umfang für die Nachlassabwicklung und Erbteilung massgeblich ist bzw. sind. Für den Fall, dass unter den Er-

⁵⁸ Vgl. dazu PraxKomm-EMMEL, N. 3 zu Art. 557 ZGB i.V.m. N. 5 zu Art. 556 ZGB.

⁵⁹ Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, N. 60 f. zu § 215 Ziff. 19/20 ZPO.

⁶⁰ Vgl. etwa PraxKomm-EMMEL, N. 7 zu Art. 557 ZGB m.w.H.

öffnungsempfängern kein Konsens gefunden wird, hat die Klärung durch den ordentlichen Zivilrichter zu geschehen.⁶¹

Die Ausstellung des Erbscheins erfolgt dann – ohne vorgängige «Erbschein-Prognose» – wenn dies verlangt wird und keine Einsprache i.S.v. Art. 559 ZGB erhoben wurde bzw. die einjährige Klagefrist (Art. 521/533 ZGB) ungenutzt verstrichen ist (obschon grundsätzlich jeweils noch das Recht besteht, die Ungültigkeit bzw. Herabsetzung einredeweise geltend zu machen, Art. 521 Abs. 3 bzw. 533 Abs. 3 ZGB).

Im Sinne einer kurzen Würdigung ist festzuhalten, dass die Zürcher Praxis im Ergebnis dazu führt bzw. führen kann, dass nur diejenige Partei, die im Testamentseröffnungsverfahren keine Erbscheinprognose zu ihren Gunsten «erhält», aktiv auf Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen klagen muss.⁶² Die Parteienrollen für den Zivilprozess werden damit verteilt bzw. zugewiesen. Die Partei, die im Testamentseröffnungsverfahren die Erbscheinprognose zu ihren Gunsten «erhält», müsste bei einer Klage gegen (andere) eröffnete Verfügungen u.U. damit rechnen, dass der ordentliche Zivilrichter mangels rechtlichem Interesse des Klägers einen Nichteintretensentscheid fällt.

Im Ergebnis erscheint die Zürcher Praxis benutzer- bzw. klientenfreundlicher (als etwa die oben erwähnte «Basler Praxis») und damit durchaus sympathisch. Bei Lichte betrachtet hat die Zürcher Praxis jedoch gewichtige Auswirkungen betreffend das formelle (und materielle) Erbrecht, zumal – auf Grund der «Erbschein-Prognose» bei verschiedenen, sich widersprechenden Verfügungen – ein Testament gleichsam in den Vordergrund bzw. andere (widersprechende) Testamente in den Hintergrund gerückt werden; damit wird im Ergebnis faktisch die Gültigkeit von gewissen eröffneten Verfügungen beseitigt. Dass diese weitreichende Praxis der «Erbscheinprognose im Testamentseröffnungsverfahren» nicht auf einer soliden gesetzlichen Grundlage basiert, sondern nur auf einer älteren Literaturstelle zur alten, kantonalen ZPO ZH⁶³, erscheint mit Blick auf die erbrechtliche Tragweite nicht als sachgerecht bzw. gar als problematisch.

⁶¹ Dies kann zur Folge haben, dass in Bezug auf einen bestimmten Nachlass verschiedene Eröffnungsempfänger unterschiedliche Verfügungen von Todes wegen anfechten, sodass die Beteiligten am Nachlass in verschiedenen Verfahren (betreffend den gleichen Nachlass) teilweise auf der Kläger- und teilweise auf der Beklagtenseite involviert sind; es liegt auf der Hand, dass sich in derartigen Konstellationen heikle zivilprozessuale Fragestellungen ergeben können.

⁶² Vgl. den vorn erwähnten Fall (3.1).

⁶³ Vgl. vorn Fn. 59. Die erwähnte Literaturstelle sagt jedoch – bei Lichte betrachtet – gar nichts darüber aus, dass im Rahmen der Testamentseröffnung einer bestimmten Person die Ausstellung einer Erbenbescheinigung in Aussicht gestellt werden soll, sofern keine

7. In Bezug auf die «stinkenden Fälle» kann abschliessend festgehalten werden, dass im vorn (3.1) geschilderten Fall im Ergebnis eine letztwillige Verfügung erfolgreich angefochten wurde – auch wenn letztlich die berufliche Stellung des Beklagten (als Vertrauensperson) nicht entscheidend war.⁶⁴ (Auch) der vorliegende Fall hat jedoch erkennen lassen, dass die Anforderungen für eine erfolgreiche Anfechtung anspruchsvoll sind.
8. Die Thematik der «stinkenden Fälle» ist überdies sehr präsent und aktuell. Etwas überspitzt formuliert kann hinterfragt werden, ob es gar eine gewisse «Tendenz zur Demenz» gibt, zumal gemäss Alzheimer's Disease International (ADI) – einer internationalen Vereinigung gemeinnütziger Alzheimerverbände – mit einer Verdreifachung der Demenzkranken bis ins Jahr 2050 gerechnet werden muss.⁶⁵

Damit besteht unweigerlich auch die Tendenz, dass es inskünftig vermehrt zu «stinkenden Fällen» kommen wird. Man darf gespannt sein, ob und allenfalls wie diese Problembereiche im Rahmen der laufenden Erbrechtsrevision behandelt werden.

Einsprache i.S.v. Art. 559 ZGB erfolge. Es will demnach scheinen, dass diese Praxis nicht einmal eine Grundlage in der Literatur hat.

⁶⁴ Wie erwähnt ist das Urteil aber noch nicht rechtskräftig.

⁶⁵ Vgl. etwa Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 6. Dezember 2013, Nr. 284, S. 22; vgl. auch Nationale Demenzstrategie, 2014-2017, herausgegeben vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK), vom 21. November 2013, S. 17 (abrufbar unter: <http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/13916/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 19. September 2014).