

Rechtsprechung

Stephan Wolf*/Barbara Ballmer**

Erbunwürdigkeit durch Unterlassen

BGE 132 III 305 ff.¹

A. Einleitung

BGE 132 III 305 ff. bildet einen von insgesamt sechs Entscheiden des obersten nationalen Gerichts² in einem mehrjährigen erbrechtlichen Rechtsstreit. Das Bundesgericht hatte sich im zu besprechenden Entscheid vom 6. Februar 2006 mit den Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit im Zusammenhang mit der Einsetzung eines von der Erblasserin beauftragten Anwalts zum Alleinerben und Willensvollstrecker auseinanderzusetzen.

Nachfolgend sind vorab der Sachverhalt (lit. B) sowie das Urteil des Bundesgerichts (lit. C) darzustellen. Anschliessend wird im Rahmen der Bemerkungen (lit. D) auf die Ausführungen des Bundesgerichts zur Erbschleicherei (D.II.) und zur Erbunwürdigkeit gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (D.III.) eingegangen; weiter werden Hinweise auf den Ungültigkeitsgrund von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB (D.IV.) und auf die aktuelle Diskussion (D.V.) angebracht.

B. Sachverhalt

In tatsächlicher Hinsicht kann dem Urteil Folgendes entnommen werden:

Die am 7. Februar 1907 geborene E. (Erblasserin) war mit einem Industriellen aus Dresden verheiratet. Aus der Ehe gingen keine Kinder hervor. Wenige Jahre nach dem Tod ihres Ehemannes zog E. nach Basel in eine eigene Wohnung, wo sie selbstständig lebte. Nach einem schweren Sturz in der Woh-

nung am 8. oder 9. Dezember 1993 wurde E. notfallmässig in das Bürgerspital eingeliefert. Am 10. Dezember 1993 wurde sie in ein privates Alters- und Pflegeheim in Basel verlegt, wo sie am 9. Juli 1995 starb.

Im Testament vom 31. August 1987 setzte die Erblasserin K. (den nunmehrigen Kläger), welcher einer Familie aus dem Freundes- oder Bekanntenkreis entstammte, zum Alleinerben ein. Die Erbeinsetzung des K. wurde von der Erblasserin in einem Nachtrag vom 10. März 1991 bestätigt.

Ab dem Jahr 1991 beauftragte die Erblasserin B. (Beklagter im hier interessierenden Verfahren) als Rechtsanwalt. Die Erblasserin errichtete am 16. November 1992 oder 1993 ein eigenhändiges Testament und setzte B. als Alleinerben und Willensvollstrecker ein. Das Testament enthielt im Weiteren ein Vermächtnis zugunsten des K. Die Einsetzung des B. als Alleinerben und Willensvollstrecker wurde im Testament vom 2. Dezember 1993 bestätigt, dies im Gegensatz zum Vermächtnis zugunsten des K. In einem Schreiben vom 25. Februar 1995 an B. widerrief die Erblasserin alle früheren Vollmachten und Verfügungen unter Vorbehalt derjenigen zugunsten des B. selbst.

Der Kläger erhob gegen die Einsetzung des Beklagten als Alleinerben und Willensvollstrecker Klage. In den Begehren verlangte der Kläger, die auf den 2. Dezember 1993 datierte letztwillige Verfügung sei ungültig zu erklären; eventualiter sei festzustellen, dass der Beklagte erbunwürdig sei und demnach auch nicht fähig sei, als Willensvollstrecker tätig zu sein.

In Gutheissung des Hauptklagebegehrens erklärte das Zivilgericht Basel-Stadt die letztwillige Verfügung vom 2. Dezember 1993 für ungültig. Beide Parteien fochten das Urteil an. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verneinte die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung vom 2. Dezember 1993 und hiess das Eventualklagebegehren gut. Es wurde festgestellt, dass der Beklagte gegenüber der Erblasserin erbunwürdig und nicht fähig sei, als Willensvollstrecker zu handeln.

Gegen das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt hat der Beklagte eidgenössische Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Er beantragt zur Hauptsache, das Eventualklagebegehren sei abzuweisen und es sei festzustellen, dass er gegenüber der Erblasserin erbwürdig sowie fähig sei, das Amt des Willensvollstreckers auszuüben.

C. Das Urteil des Bundesgerichts

I. Übersicht

Das Bundesgericht weist die Berufung des Beklagten ab, soweit es darauf eintritt. Unter Verweis auf eine in der Lehre vertretene Ansicht zeigt es auf, welche Vorgehensweisen bei der Rechtsanwendung in ganz schweren Fällen der vom ZGB nicht explizit geregelten Erbschleicherei helfen könnten³. Ausgehend vom Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt, welches das Vorliegen der Erbunwürdigkeit im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in der Variante des Verhinderns durch Unterlassen bejaht hat, werden die Voraussetzungen dieses Erbunwürdigkeitsgrundes allgemein erläutert⁴. Der nach Abweisung der Willkürbeschwerde⁵ verbindlich festgestellte Sachverhalt⁶ bildet die faktische Grundlage für die kon-

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

** Lic. iur., Fürsprecherin, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

¹ Urteil 5C.121/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006. Das Urteil ist vollständig abrufbar auf der Homepage des schweizerischen Bundesgerichts <www.bger.ch> unter «weitere Urteile ab 2000».

² Neben dem hier besprochenen BGE 132 III 305 ff. handelt es sich dabei um 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Feststellung der Erbunwürdigkeit); BGE 132 III 315 ff., II. Zivilabteilung, vom 1. März 2006 (5C.120/2005, Berufung des Klägers gegen die Abweisung der Ungültigkeitsklage); 5P.160/2005, II. Zivilabteilung, vom 1. März 2006 (Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Abweisung der Ungültigkeitsklage); 5C.102/2006, II. Zivilabteilung, vom 12. Juli 2006 (abgewiesenes Revisionsgesuch gegen Urteil 5C.121/2005); 5P.157/2006, II. Zivilabteilung, vom 12. Juli 2006 (abgewiesenes Revisionsgesuch gegen Urteil 5P.161/2005). Alle erwähnten Urteile sind abrufbar auf der Homepage des schweizerischen Bundesgerichts <www.bger.ch> unter «weitere Urteile ab 2000».

³ Dazu sogleich C.II.1.

⁴ Dazu C.II.2. hienach.

⁵ Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2).

⁶ Dazu C.II.3. hienach.

krete Überprüfung des Vorliegens der Erbnwürdigkeit. Die Frage, inwiefern die unterlassene Aufklärung über eine Interessenkollision oder die fehlende Beratung durch einen Dritten adäquat kausal waren, wird offengelassen⁷. Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen einer Aufklärungspflicht des Beklagten über sein tatsächliches Verhältnis zur Erblasserin sowie der Arglist, des Vorsatzes und der hypothetischen Kausalität. Im Ergebnis erachtet es die vorinstanzliche Feststellung, der Beklagte sei erbnwürdig, nicht als Verletzung von Bundesrecht⁸.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Erbschleicherei als Hintergrund der kantonalen Entscheide

Das Bundesgericht hält vorab fest, die kantonalen Urteile stünden vor dem Hintergrund der Erbschleicherei. Als «Erbschleicher» werde gemeinhin bezeichnet, wer auf unredliche oder unmoralische Weise zu einer Erbschaft zu gelangen versuche (*Metzger*, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Basel 2005, 178). Die «Erbschleicherei» werde vom Gesetz weder als eigener Ungültigkeitsgrund im Sinne von Art. 519 ZGB noch als expliziter Erbnwürdigkeitstatbestand gemäss Art. 540 ZGB statuiert. Nach einer vertretenen Lehrmeinung könne freilich in ganz schweren Fällen der Erbschleicherei etwa eine strenge Beurteilung der Testierfähigkeit, die Annahme eines Willensmangels, die Erbnwürdigkeit im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB oder die Unsittlichkeit helfen (so *Spiro*, *Certum debet esse consilium testantis?*, Festschrift Druey, Zürich/Basel/Genf 2002, 259 ff., 261). Nach dem vorliegend in Frage stehenden Art. 540 Abs. 1 ZGB ist unwürdig, Erbe zu sein oder aus einer Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben, wer vorsätzlich und rechtswidrig den Tod des Erblassers herbeigeführt oder herbeizuführen versucht hat (Ziff. 1), wer den Erblasser vorsätzlich und rechtswidrig in einen Zustand bleibender Verfügungsunfähigkeit gebracht hat (Ziff. 2), wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen (Ziff. 3) oder wer eine Verfügung von Todes wegen vorsätzlich und rechtswidrig unter Umständen, die dem Erblasser deren Erneuerung nicht mehr ermöglichten, beseitigt oder ungültig gemacht hat (Ziff. 4). Die Erbnwürdigkeit wird gemäss Art. 540 Abs. 2 ZGB durch Verzeihung des Erblassers aufgehoben (BGE 132 III 305 ff., E. 2., S. 307 f.).

2. Voraussetzungen der Erbnwürdigkeit im Allgemeinen

Das Appellationsgericht warf dem Beklagten vor, die ihn unter den gegebenen Umständen treffende Aufklärungspflicht nicht erfüllt zu haben; er habe die Erblasserin etwas tun lassen, das er hätte verhindern können und müssen. Konkret habe der Beklagte die Erblasserin arglistig daran gehindert, eine neue, anders lautende Verfügung von Todes wegen zu errichten bzw. diejenige vom 2. Dezember 1993 zu widerrufen. Damit liege der Erbnwürdigkeitsgrund gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB in der Variante des Verhinderns vor (BGE 132 III 305 ff., E. 3., S. 308).

Das Bundesgericht verneint vorerst einen inneren Widerspruch zwischen der erfolgten Abweisung der Ungültigkeitsklage und der Bejahung des erwähnten Erbnwürdigkeitsgrundes. Die vom Appellationsgericht als nicht gegeben erachteten Ungültigkeitsgründe betreffen das Stadium der Errichtung bzw. des Zustandekommens des Testaments vom 2. Dezember 1993. Indem verhindert worden sei, dass die Erblasserin das entsprechende Testament widerrufe oder eine neue und andere Verfügung von Todes wegen errichte, schliesse der Erbnwürdigkeitstatbestand in zeitlicher Hinsicht an die Phase der Errichtung bzw. des Zustandekommens der Verfügung an. Insofern stelle die Erbnwürdigkeit im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eine Ergänzung der Ungültigkeitsgründe dar (BGE 132 III 305 ff., E. 3.1., S. 308).

«3.2 Erbnwürdig macht das Verhindern am Errichten oder Widerrufen einer Verfügung von Todes wegen. Die Verhinderung muss dauernd sein. Sie setzt nicht die tatsächliche Unmöglichkeit, letztwillig zu verfügen, voraus. Es genügt, dass der Erblasser subjektiv eine andere Verfügungsmöglichkeit nicht kannte, obwohl sie objektiv vielleicht bestand (vgl. *Tuor/Picenoni*, Berner Kommentar, 1964, N. 24 zu Art. 540/541 ZGB). Die Verhinderung ist durch physische Gewalt möglich, kann aber auch – im Falle der Arglist wohl stets – durch geistige Beeinflussung stattfinden, die dann freilich bis zum Tod des Erblassers aufrechterhalten bleiben muss (vgl. *Escher*, Zürcher Kommentar, 1960, N. 11 zu Art. 540 ZGB). Entgegen der Darstellung des Beklagten muss die Verhinderung nicht in einem «aktiven Hinwirken» bestehen. Das Verhindern kann, wie es das Appellationsgericht angenommen hat, in einem Unterlassen bestehen, z.B. im Ausnützen einer beim Erblasser vorhandenen Fehlvorstellung, die der Erbnwürdige korrigieren könnte und müsste (vgl. *Schwander*, Basler Kommentar, 2003, N. 15 zu Art. 540 ZGB). Dass «verhindert» (Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), wer untätig bleibt, obwohl er handeln könnte und müsste, ist Hauptanwendungsfall der vorstellbaren Beispiele von Erbnwürdigkeit (vgl. etwa *Escher*, a.a.O., N. 11 a.E., und in der ersten Auflage von 1912, N. 6c/bb, je zu Art. 540 ZGB).»

«3.3 Erbnwürdigkeit setzt «Arglist» voraus. Der Begriff der Arglist stimmt mit dem Begriff «arglistiger Täuschung» in Art. 469 ZGB überein (*Tuor/Picenoni*, a.a.O., N. 26 zu Art. 540/541 ZGB; *Escher*, a.a.O., N. 12, und *Schwander*, a.a.O., N. 14, je zu Art. 540 ZGB; zuletzt: *Steinauer*, *Le droit des successions*, Bern 2006, N. 938 S. 456). Arglist kann in der Erregung oder der Benutzung einer schon vorhandenen falschen Vorstellung beim Erblasser bestehen (*Escher*, Zürcher Kommentar, 1959,

⁷ Dazu C.II.4. hienach.

⁸ Dazu C.II.5. hienach.

N. 10, und *Tuor*, Berner Kommentar, 1952, N. 24, je zu Art. 469 ZGB; *Steinauer*, a.a.O., N. 342 S. 195). Seine gegenteilige Auffassung stützt der Beklagte auf die Lehrmeinung von *Piotet*. Danach soll die Erbnwürdigkeit in den Fällen nicht zugelassen werden, wo die Enterbung gemäss Art. 477 ZGB unmöglich ist (in: SJK 774/1983, Ziff. III/C S. 4), und der Begriff der Arglist derart einschränkend ausgelegt werden, dass Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nur dann Anwendung findet, wenn die Arglist entweder einem Verbrechen oder einer Verletzung familienrechtlicher Pflichten im Sinne von Art. 477 ZGB entspricht (in: *Erbrecht*, Schweizerisches Privatrecht IV/2, Basel 1981, § 73/II/D S. 566 f.).

Die Erbnwürdigkeit ist unter dem Titel «Die Eröffnung des Erbganges» eingeordnet (Art. 537 ff. ZGB). Sie betrifft somit weder die Verfügungsfähigkeit (Art. 467–469 ZGB) noch die Verfügungsfreiheit (Art. 470–480 ZGB) des Erblassers, sondern die Voraussetzungen auf Seiten des Erben, Erbe zu sein und aus Verfügungen von Todes wegen zu erwerben (Art. 539 ff. ZGB). Die Erbnwürdigkeit hat in den Fällen der Ziff. 1 und 2 zwar Gemeinsamkeiten mit der Enterbung gemäss Art. 477 ZGB («schwere Straftat»). Im Fall der Ziff. 3 aber, dem – anders als im Entwurf von 1895 (Art. 432) – kein Enterbungsgrund entspricht, stimmt sie praktisch wörtlich mit dem Ungültigkeitsgrund gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 ZGB («Willensmangel») überein. Die Erbnwürdigkeit bezweckt deshalb sowohl, dort den erbrechtlichen Erwerb zu verhindern, wo der Erblasser nicht imstande ist, eine Enterbung anzuordnen (vgl. *Escher*, a.a.O., 1960, N. 6 zu Art. 540 ZGB), als auch den erblasserischen Willen und Willensausdruck gegen jeden Angriff von aussen zu sichern (vgl. *Tuor/Picenoni*, a.a.O., N. 10 zu Art. 540/541 ZGB). Von ihrem Zweck her darf nicht verallgemeinert gefolgert werden, Erbnwürdigkeit setze begriffsnotwendig die Erfüllung eines Straftatbestands im Sinne der Enterbung voraus.

Wesentlich sind indessen nicht die Gemeinsamkeiten. Entscheidend ist vielmehr der Hauptunterschied zwischen den Rechtsinstituten. Er liegt vorab darin, dass Erbnwürdigkeit – im Gegensatz zur Enterbung auf Anordnung des Erblassers (Art. 477 ZGB) und zur Ungültigerklärung auf Klage (Art. 519 Abs. 1 ZGB) – von Gesetzes wegen eintritt und durch Behörden und Gerichte von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. *Schwander*, a.a.O., N. 22 Abs. 4 und N. 24 zu Art. 540 ZGB). An der Erbnwürdigkeit besteht insoweit ein allgemeines Interesse. Es ist deshalb nicht der Begriff der Arglist im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB eng auszulegen. Arglist kann auch hier im Bewirken oder Ausnützen einer schon vorhandenen falschen Vorstellung beim Erblasser bestehen. Zusätzlich muss dieses Bewirken oder Ausnützen auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls eine schwere Verfehlung gegen den Erblasser bedeuten, die nach dem Empfinden der Allgemeinheit als unerträglich erscheint und zu missbilligen ist. Dass das Verhalten des Erben einen Straftatbestand erfüllt, mag einen Anhaltspunkt für die Schwere der Einflussnahme auf den erblasserischen Willen abgeben, ist aber nicht notwendig.»

«3.4 Im Gegensatz zu den anderen Erbnwürdigkeitsgründen gemäss Art. 540 Abs. 1 ZGB wird in Ziff. 3 Vorsatz und Rechtswidrigkeit des Handelns bzw. Unterlassens nicht ausdrücklich erwähnt. Die beiden Voraussetzungen sind indessen regelmässig erfüllt, wenn durch Arglist, Zwang oder Drohung die Errichtung oder der Widerruf einer Verfügung von Todes wegen bewirkt oder verhindert wird (vgl. *Escher*, a.a.O., 1960, N. 7 zu Art. 540 ZGB). Einer gesonderten Prüfung namentlich des Vorsatzes bedarf es diesfalls – entgegen der Darstellung des Beklagten – nicht.»

«3.5 Die Verhinderung im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB muss kausal dafür sein, dass der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen nicht errichtet oder nicht widerrufen hat (*Escher*, a.a.O., 1960, N. 11 zu Art. 540 ZGB; *Tuor/Picenoni*, a.a.O., N. 26 zu Art. 540/541 ZGB). Besteht das Verhindern in einer Unterlassung, bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen

errichtet oder widerrufen hätte, wenn die unterlassene Handlung vorgenommen worden wäre. Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss. Wird die hypothetische Kausalität ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung ermittelt und nicht gestützt auf Beweismittel, unterliegt sie der Überprüfung im Berufungsverfahren (allgemein: BGE 115 II 440 E. 5b S. 448 f.; für einen Fall unterlassener Aufklärung: BGE 124 III 155 E. 3d S. 165 f.).»

3. Verbindlich festgestellter Sachverhalt

Die vom Beklagten gegen die Beweiswürdigung des Appellationsgerichts Basel-Stadt erhobene Willkürbeschwerde wurde vom Bundesgericht zu vor abgewiesen⁹. Das Bundesgericht ging damit vom folgenden, verbindlich festgestellten Sachverhalt aus (BGE 132 III 305 ff., E. 4., S. 311):

Der Beklagte sei ab dem Jahr 1991 der Anwalt der Erblasserin gewesen und habe mit dieser auch erbrechtliche Fragen besprochen. Zu ihren Nachlasswünschen befragt, soll die Erblasserin geantwortet haben: «Das sind Sie.» Der Beklagte habe im April 1994 vom Testament und von seiner Einsetzung als Alleinerbe Kenntnis erhalten und das Testament vom 2. Dezember 1993 mitgenommen (BGE 132 III 305 ff., E. 4.1., S. 311).

Dem Beklagten sei als mandatiertem Anwalt eine Vertrauensstellung zugekommen. Darüber hinaus habe er grossen Einfluss auf die Erblasserin gehabt und ausgeübt. Die Erblasserin sei zum Beklagten in einem eigentlichen Abhängigkeitsverhältnis und nicht bloss in einem Vertrauensverhältnis gestanden. Durch ständige Geschenke habe die Erblasserin die Freundschaft und Zuneigung des Beklagten erwerben und erhalten wollen. Der Beklagte habe sich als beinahe einzige Bezugsperson der Erblasserin bemüht, seine Einflussmöglichkeiten und die Bindung der Erblasserin zu sichern und von Dritten nicht stören zu lassen (BGE 132 III 305 ff., E. 4.2., S. 311).

Die Einsetzung des Beklagten als Alleinerbe stehe im Zusammenhang mit der Annahme der Erblasserin, die Zuwendung des Beklagten entspringe echter Freundschaft und Zuneigung. Der Beklagte habe sich aber bereichern wollen, wobei seine wahren Absichten der Erblasserin verborgen geblieben seien (BGE 132 III 305 ff., E. 4.3., S. 311).

4. Aufklärung über den Interessenkonflikt und Hinweis auf die Möglichkeit einer Beratung durch einen Dritten

Durch gezielte Ausnutzung des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, durch Unterlassen jeglicher Aufklärung sowie unter Mitnahme des Testa-

⁹ Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2).

ments habe der Beklagte nach Auffassung des Appellationsgerichts die Erblasserin daran gehindert, eine neue, anders lautende Verfügung von Todes wegen zu errichten bzw. das Testament vom 2. Dezember 1993 zu widerrufen. Aus vielen einzelnen Elementen habe sich in der Beurteilung der Vorinstanz ein Gesamtbild über das Verhalten des Beklagten und dessen Verhältnis zur Erblasserin ergeben. Das Verhindern im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sei hauptsächlich darin gesehen worden, dass der Beklagte seine Pflicht zur Aufklärung unterlassen habe und die Erblasserin etwas habe tun lassen, das er hätte verhindern können und müssen. Der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die Erblasserin von der Unzulässigkeit und Unzweckmässigkeit der von ihr getroffenen Nachlassregelung zu überzeugen und ihr andere Lösungen aufzuzeigen. Zumindest hätte er einen Hinweis auf seinen Interessenkonflikt anbringen und die Erblasserin zu einem anderen, unabhängigen Berater schicken müssen (BGE 132 III 305 ff., E. 5., S. 312).

Es bestehe ein Zusammenhang zwischen der Annahme der Erblasserin, «die Zuwendung des Beklagten ihr gegenüber entspringe echter Freundschaft und Zuneigung» (BGE 132 III 305 ff., E. 4.3., S. 311) und der Erbeinsetzung. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erscheine es unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als eher fraglich, ob die dem Beklagten vorgeworfene Unterlassung der Aufklärung über eine Interessenkollision oder die fehlende Beratung durch eine Drittperson adäquat kausal dafür gewesen seien, dass die Erblasserin das Testament vom 2. Dezember 1993 nicht widerrufen bzw. danach nicht anders verfügt hat. Unter Verweis auf die nachfolgende Erwägung 6 lässt das Bundesgericht diese Frage aber offen. Die Fehlvorstellung der Erblasserin über ihr Verhältnis zum Beklagten und dessen Verhalten ab April 1994 bildeten den Ausgangspunkt und seien entscheidend (BGE 132 III 305 ff., E. 5., S. 312 f.).

5. *Erbuwürdigkeit durch unterlassene Aufklärung und dadurch bewirkte Aufrechterhaltung einer Fehlvorstellung*

Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Beklagte die Erblasserin als seine Klientin in der Fehlvorstellung belassen hat, seine Bemühungen beruhten auf «echter Freundschaft und Zuneigung». Er habe ihr nicht klargelegt, dass es sich dabei um seine Gegenleistung für das von ihm in Rechnung gestellte Anwaltshonorar handle (BGE 132 III 305 ff., E. 6., S. 313 ff.).

«6.1 Nach dem Gesagten ist ein Verhindern im Sinne des Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auch durch blosses Unterlassen möglich, namentlich durch unterlassene Aufklärung, wo hätte aufgeklärt werden können und müssen (E. 3.2 hiervor). Eine Pflicht zur Aufklärung hat das Appellationsgericht aus Auftrags- und

Berufsrecht abgeleitet und im Hinblick auf die Rolle des Beklagten als Anwalt der Erblasserin bejaht. Selbstständige Mitteilungspflichten können sich aus dem Gebot ergeben, nach Treu und Glauben zu handeln (*Merz*, Berner Kommentar, 1962/66, N. 262 f. zu Art. 2 ZGB). Wann dies zutrifft, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Massgebende Kriterien sind unter anderem das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder eines Dauerschuldverhältnisses, der Grad der Erkennbarkeit und die Schwere des Mangels (*Hausheer/Jaun*, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N. 61 zu Art. 2 ZGB, bei Anm. 95; vgl. *Honsell*, Basler Kommentar, 2002, N. 16 zu Art. 2 ZGB).

Eine Pflicht des Beklagten zur Aufklärung muss auf Grund der verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts bejaht werden. Danach hat zwischen dem Beklagten und der Erblasserin ein Vertrauensverhältnis von rund vier Jahren – ab 1991 bis zum Tod der Erblasserin am 9. Juli 1995 – Dauer bestanden. Der Beklagte war in dieser Zeit beinahe die einzige Bezugsperson der Erblasserin. Aus der Sicht der Erblasserin ist es dabei nicht bloss um eine Arbeitsbeziehung zwischen ihr als Klientin und ihm als Anwalt gegangen. Sie hat dem Verhältnis eine weitergehende Bedeutung beigemessen und ihr Verständnis durch grosszügige Schenkungen an den Beklagten offenbart. Er selber hat ebenfalls Freundschaft behauptet, sich gemäss den verbindlichen Feststellungen des Appellationsgerichts aber bereichern wollen.

Unter diesen Umständen wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, die Erblasserin über sein tatsächliches Verhältnis zu ihr aufzuklären. Er hat seine Pflicht verletzt, und zwar dauernd, zumal die Fehlvorstellung der Erblasserin über ihr Verhältnis zum Beklagten bis zum Tod bestanden hat. Dass sie die theoretische Möglichkeit gehabt hätte, auch anders zu verfügen, ist rechtlich belanglos. Entscheidend ist, dass durch unterlassene Aufklärung ihre falsche Vorstellung über das Verhalten des Beklagten ihr gegenüber bis zum Schluss aufrechterhalten geblieben ist, wie das im Übrigen durch ihr Schreiben vom 25. Februar 1995 belegt wird, in dem sie alle früheren Vollmachten und Verfügungen mit Ausnahme jener zu Gunsten des Beklagten widerrufen hat.»

«6.2 Arglist gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann im Ausnutzen einer schon vorhandenen falschen Vorstellung beim Erblasser bestehen, soweit dieses Ausnutzen auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls eine schwere Verfehlung gegen den Erblasser bedeutet (E. 3.3 hiervor). Gemäss den Feststellungen des Appellationsgerichts ist der Beklagte seiner Aufklärungspflicht auch dann nicht nachgekommen, als er im April 1994 von seiner testamentarischen Einsetzung als Alleinerbe Kenntnis erhalten hat. In Anbetracht des mehrjährigen Vertrauensverhältnisses, der Schenkungen – neben der Bezahlung des Anwaltshonorars – an den Beklagten von Seiten der Erblasserin und deren festgestellten Abhängigkeit von ihm erscheint die unterlassene Aufklärung verbunden mit Bereicherungsabsicht als schwere Verfehlung des Beklagten, welche als unerträglich erscheint und zu missbilligen ist.»

«6.3 Die Voraussetzung des Vorsatzes (E. 3.4 hiervor) ist erfüllt, zumal der Beklagte als Grundlage seiner Beziehung zur Erblasserin – übereinstimmend mit ihr – «Freundschaft» behauptet hat, sich in Wirklichkeit aber hat bereichern wollen. Es genügt das Bewusstsein, dass die Erblasserin ihr Testament vom 2. Dezember 1993 nicht widerrufen oder anders und neu verfügen würde, solange ihre Vorstellung über ihr Verhältnis zum Beklagten erhalten bleibt.»

«6.4 Vor dem Hintergrund des Verhältnisses zwischen dem Beklagten und der Erblasserin ist nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen, die unterlassene Aufklärung sei kausal dafür gewesen, dass die Erblasserin ihr Testament vom 2. Dezember 1993 nicht widerrufen und nicht neu und anders verfügt hat (vgl. E. 3.5 hiervor).»

«6.5 Aus den dargelegten Gründen verletzt es kein Bundesrecht, dass das Appellationsgericht festgestellt hat, der Beklagte sei erbuwürdig. Bei diesem Ergebnis ist nicht bestritten, dass der Beklagte das Amt des Willensvollstreckers

nicht ausüben kann, und auf weitere Vorbringen des Beklagten ist nicht mehr einzugehen. Die Berufung muss insgesamt abgewiesen werden, soweit darauf eingetreten werden kann. Entgegen der Annahme des Beklagten steht die Bejahung der Erbnwürdigkeit im vorliegenden Fall nicht ausserhalb jeglicher Rechtsordnung. Die Beispiele, die sich in Lehre und Praxis zum schweizerischen Recht finden lassen, mögen zwar spärlich sein. Auch in ausländischen Rechtsordnungen wird jedoch die rechtswidrige Beeinträchtigung des freien erblasserischen Willens als Erbnwürdigkeitsgrund erfasst (z.B. in § 2339 des deutschen BGB, in § 542 des österreichischen ABGB und in Art. 463 des italienischen CC, nicht hingegen in den Art. 727 ff. des französischen CC). In der Lehre wird der mit dem vorliegenden ähnliche Fall erörtert, wo gerichtlich auf Erbnwürdigkeit erkannt wurde, weil eine Ehefrau ihr fortdauerndes ehewidriges Verhältnis in Kenntnis der Tatsache verschwiegen, dass ihr Ehemann im Vertrauen auf ihre eheliche Treue eine Verfügung von Todes wegen zu ihren Gunsten errichtet hat (vgl. *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl., München 1995, S. 145 Anm. 32, mit Hinweisen, zuletzt: *Helms*, Münchener Kommentar, 2004, N. 25 zu § 2339 BGB; ähnlich für Österreich: *Kralik*, Das Erbrecht, Wien 1983, S. 38 f.; für Italien: *Palazzo*, Le successioni, I, Milano 1996, S. 217, und *Cian/Trabucchi*, Commentario breve al Codice civile, Padova 2005, N. V/1 zu Art. 463 CC, je mit Hinweisen auch zum Fall der Erbschleicherei).»

D. Bemerkungen

I. Übersicht

Im zu beurteilenden Fall war zwischen den Parteien streitig, ob der Beklagte erbnwürdig im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sei. Das Bundesgericht hat dies – in Übereinstimmung mit dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, aber im Gegensatz zum Zivilgericht Basel-Stadt – bejaht. Das Urteil des Bundesgerichts muss insgesamt kritisch beurteilt werden. Von vornherein als problematisch erscheint die Verwendung des im ZGB nicht erwähnten Begriffs der «Erbschleicherei»¹⁰. Fragen wirft sodann insbesondere die Begründung der Aufklärungspflicht und die damit verbundene Bejahung der Erbnwürdigkeit auf¹¹. Die Bemerkungen werden abgeschlossen mit Hinweisen auf den Ungültigkeitsgrund von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB¹² und auf die aktuelle Diskussion¹³.

II. Zur Verwendung des Begriffs der Erbschleicherei

Das Zivilgericht Basel-Stadt ist davon ausgegangen, dass ein Testament, welches durch «offensichtliche Erbschleicherei» zustande gekommen sei, im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ungültig erklärt

werden könne¹⁴. Das Bundesgericht seinerseits greift im zu besprechenden Entscheid den Begriff der Erbschleicherei auf, indem es festhält, die kantonalen Urteile stünden vor deren Hintergrund¹⁵. Für die im ZGB nicht erwähnte Erbschleicherei existieren allerdings unterschiedliche Definitionen. Das Bundesgericht stützt sich diesbezüglich auf das Schweizerische juristische Wörterbuch von *Metzger* und geht davon aus, dass gemeinhin als «Erbschleicher» bezeichnet werde, wer «auf unredliche oder unmoralische Weise zu einer Erbschaft zu gelangen» versuche¹⁶. Nach einer anderen, von *Abt* stammenden Umschreibung dient «*Erbschleicherei*» der Kennzeichnung eines bestimmten Verhaltens einer Vertrauensperson¹⁷; indem die Vertrauensperson¹⁸ das Vertrauensverhältnis ausnutze, werde der Erblasser in seiner Willensfreiheit derart «beeinträchtigt und beeinflusst», dass er eine Begünstigung in Gestalt einer erbrechtlichen Zuwendung vornehme¹⁹. Gemäss *Breitschmid* beginnt Erbschleicherei im rechtlich relevanten Sinne erst dann, «wenn ein Dritter in planmässiger Strategie ein bestehendes (familiäres oder betruenerisches) Umfeld mobbt, nicht aber schon dann, wenn er sich bloss kümmert»²⁰.

Die vom Bundesgericht verwendete Definition erfasst ein breites und letztlich nicht klar umrissenes Spektrum an Verhaltensweisen. Unklar bleibt dabei bereits, ob sich der Passus «zu einer Erbschaft zu gelangen versucht» nur auf Personen bezieht, welche nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören. Die in ganz schweren Fällen vom Gericht als möglich erachtete Subsumtion der Erbschleicherei unter die Erbnwürdigkeit²¹ führt jedenfalls zum Ergebnis, dass die in Frage stehende Person weder gesetzlicher noch eingesetzter Erbe und auch nicht Vermächtnisnehmer sein kann²². Aus der bundesgerichtlichen Argumentation ist deshalb wohl zu

¹⁴ Auszugsweise Wiedergabe des Urteils in: plädoyer 4 (2004) 65 ff.

¹⁵ BGE 132 III 305 ff., E. 2., S. 307.

¹⁶ *Peter Metzger*, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Basel 2005, 178, zitiert in: BGE 132 III 305 ff., E. 2., S. 307.

¹⁷ *Daniel Abt*, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002, 125.

¹⁸ Es handelt sich dabei nach *Abt* um natürliche Personen, welche bei ihrer beruflichen Tätigkeit für andere natürliche Personen deren Interessen wahren. Dies erfolge im Kontext eines speziellen Vertrauensverhältnisses, welches für die Ausübung der Tätigkeit unentbehrlich sei. Grundlage für das Vertrauensverhältnis bildeten private und öffentliche Interessen sowie Eigeninteressen der Berufsträger. Vgl. *Abt*, Ungültigkeitsklage (Fn. 17), 26.

¹⁹ *Abt*, Ungültigkeitsklage (Fn. 17), 125 und Fn. 616, m. w. H.

²⁰ *Peter Breitschmid*, BGE 132 III 305/132 III 315, in: *successio* 1 (2007) 59, <<http://www.successio.ch/content/documents/BGE.pdf>>, besucht am 25. September 2006.

²¹ Vgl. BGE 132 III 305 ff., E. 2., S. 307; dazu C.II.1. hievor.

²² *Ivo Schwander*, Kommentierung von Art. 537–550, 560–561, 566–579, 713–729 ZGB, 8b SchIT, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 22 zu Art. 540 ZGB.

¹⁰ Siehe D.II. hienach.

¹¹ Siehe D.III. hienach.

¹² Siehe D.IV. hienach.

¹³ Siehe D.V. hienach.

schliessen, dass die Erbschleicherei auch gesetzliche Erben erfassen kann, wenn diese auf unredliche oder unmoralische Weise versuchen, ihren gesetzlichen Erbanteil zu vergrössern. Demgegenüber nimmt *Breitschmid* eine Eingrenzung vor insofern, als das als verwerflich qualifizierte Verhalten von einem Dritten auszugehen hat und sich gegen ein vorhandenes familiäres oder betreueriesches Umfeld richten muss. In dieser Optik ist der «Dritte» mithin eine aussenstehende, gerade nicht dem familiären oder betreuerieschen Umfeld des Erblassers angehörende Person. Diesbezüglich einen noch engeren Radius zieht *Abt*, der von der Verhaltensweise einer natürlichen Person, die in einem Vertrauensverhältnis beruflich für andere Personen tätig wird, spricht. Die eben erwähnten, je höchst unterschiedlichen Auffassungen bezüglich der Erbschleicherei zu unterwerfenden Subjekte führen im Einzelnen zu erheblichen Widersprüchen. Zum gemobbten betreuerieschen Umfeld können auch Mitarbeiter von Spitex-Diensten und Haushaltshilfen in der Heimpflege gehören. Gerade diese Pflegepersonen werden von *Abt* als erbrechtlich relevante Vertrauenspersonen eingestuft, welche den Erblasser in unerwünschter Weise beeinflussen können²³. Berufsträger im Pflegewesen können somit je nach der in der Lehre vertretenen Definition der Erbschleicherei sowohl Opfer als auch Urheber des unerwünschten Verhaltens sein. Nach *Abt* erfasst die Erbschleicherei nur entsprechende, von Berufes wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehende Personen, wogegen gemäss der Umschreibung durch das Bundesgericht und durch *Breitschmid* das entsprechende Verhalten auch ohne Bezug zu einem beruflichen Verhältnis denkbar bleibt.

Die eben angestellten Überlegungen machen deutlich, dass eine einheitliche Definition der «Erbschleicherei» nicht existiert. Der im ZGB nicht enthaltene Begriff ist insofern von allem Anfang an problematisch, als sich damit noch keinerlei Aussage über die erbrechtliche Relevanz eines bestimmten Verhaltens machen lässt. Ob dem so ist, muss vielmehr in jedem einzelnen Fall konkret geprüft werden. Der Begriff der Erbschleicherei birgt dabei die Gefahr, dass mit seiner Verwendung bereits vor der eigentlichen Sachverhaltsprüfung im Sinne eines negativen Werturteils suggeriert wird, ein bestimmtes Verhalten sei erbrechtlich relevant. Auf den nicht juristischen Begriff der Erbschleicherei ist deshalb im Interesse einer unvoreingenommenen Prüfung der konkreten und effektiven Faktenlage zu verzichten²⁴.

²³ Vgl. *Abt*, Ungültigkeitsklage (Fn. 17), 26 und 125.

²⁴ Diesbezüglich kritisch auch *Breitschmid* (Fn. 20), 59, wonach «die Verwendung des gesetzlich und vom Sprachgebrauch her nicht klar konturierten Begriffs» für sich allein wenig besage.

III. Zur Erbunwürdigkeit gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

1. Vorbemerkungen

Erbunwürdig gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist unter anderem, wer den Erblasser daran hindert, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. Zusätzlich müssen die Elemente der Arglist, des Vorsatzes, der Rechtswidrigkeit und der Kausalität erfüllt sein (vgl. BGE 132 III 305 ff., E. 3.2.–3.5., S. 308 ff., E. 6.–6.4., S. 313 f.). Im Folgenden näher diskutiert werden sollen die Voraussetzungen des Verhinderns²⁵ und der Arglist²⁶.

2. Verhindern der Erblasserin an der Errichtung oder am Widerruf einer Verfügung von Todes wegen

Erbunwürdigkeit im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB wird unter anderem durch das mittels Arglist, Zwang oder Drohung erfolgte Verhindern des Erblassers an der Errichtung oder am Widerruf einer Verfügung von Todes wegen begründet. Der Tatbestand kann auch durch ein Unterlassen erfüllt werden²⁷, namentlich durch unterlassene Aufklärung²⁸. Die Vorinstanz hat in casu eine Aufklärungspflicht des Beklagten als Anwalt der Erblasserin aus Auftrags- und Berufsrecht abgeleitet. Das Bundesgericht bejaht ebenfalls eine Mitteilungspflicht des Beklagten, welche sich auch aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ergeben könne²⁹. Diesbezüglich massgebende Kriterien seien unter anderem das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder Dauerschuldverhältnisses, der Grad der Erkennbarkeit und die Schwere des Mangels³⁰. Konkret begründet wird die Aufklärungspflicht des Beklagten mit dem zwischen ihm und der Erblasserin während einer Dauer von rund vier Jahren bestehenden Ver-

²⁵ D.III.2. sogleich.

²⁶ D.III.3. hienach.

²⁷ BSK-Schwander (Fn. 22), N 15 zu Art. 540 ZGB; *Peter Tuor*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Art. 457–640 ZGB, Bern 1929, N 15 zu Art. 540 u. 541 ZGB; *Peter Tuor/Vito Picononi*, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, Artikel 537–640 ZGB, Bern 1964, N 15 zu Art. 540/541 ZGB; *Peter Hugger*, Die Erbunwürdigkeit im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1952, 60.

²⁸ Als Beispiel wird denn in der Literatur das arglistige Ausnützen eines Irrtums bei bestehender Aufklärungspflicht erwähnt; vgl. BSK-Schwander (Fn. 22), N 15 zu Art. 540 ZGB.

²⁹ BGE 132 III 305 ff., E. 6.1., S. 313, mit Hinweis auf *Hans Merz*, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962/1966, N. 262 f. zu Art. 2 ZGB.

³⁰ BGE 132 III 305 ff., E. 6.1., S. 313, mit Hinweis auf *Heinz Hausheer/Manuel Jaun*, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 61 zu Art. 2 ZGB und *Heinrich Honsell*, Kommentierung von Art. 1–4 ZGB, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München, 2002, N. 16 zu Art. 2 ZGB.

trauensverhältnis, welches für die Erblasserin über eine Arbeitsbeziehung hinausgegangen sei, während der Beklagte zwar ebenfalls Freundschaft behauptet, sich aber habe bereichern wollen³¹.

Den – mit Blick auf das konkret in Frage stehende Vertrauensverhältnis detaillierteren – bundesgerichtlichen Erwägungen zu der vom Beklagten in derselben Streitsache erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde ist zu entnehmen, dass die Erblasserin einem ersten Rechtsanwalt, den sie ursprünglich beauftragt hatte, im Jahre 1993 unter dem Einfluss des Beklagten das Mandat entzogen hat³². Weiter wird auf die über die vereinbarte Bezahlung des Anwaltshonorars hinausgehende «Grosszügigkeit» und «Aufmerksamkeit» der Erblasserin gegenüber dem Beschwerdeführer verwiesen³³. Entscheidend für die dem Beklagten zur Last gelegte Bereicherungsabsicht sei «sein Verhalten gewesen, Geschenke als Teil seiner Aufwandentschädigung entgegenzunehmen, dann aber doch nicht an die Entschädigung anzurechnen, und während des laufenden Auftragsverhältnisses tiefe Stundenansätze zu veranschlagen, nach dem Tod der Auftraggeberin aber hohe Stundenansätze in die Endabrechnung einzusetzen»³⁴.

Mit Blick auf diese Tatsachen vermag die daraus erfolgte Ableitung einer Aufklärungspflicht des Beklagten über sein Verhältnis zur Erblasserin insgesamt nicht zu überzeugen. Die Erblasserin hatte während rund zwei Jahren neben dem Beklagten noch einen weiteren Rechtsanwalt beauftragt. Es musste ihr deshalb ganz allgemein und auch im Verhältnis zum Beklagten klar sein, dass anwaltliche Leistungen die Gegenleistung zum Honorar darstellen und nicht aus reiner Philanthropie erfolgen. Die Erblasserin hatte dem Beklagten sodann am 20. Oktober 1992 eine Anwaltsvollmacht ausgestellt, welche sich über die anwaltliche Tätigkeit hinaus auf die Besorgung der Geschäfte und die Betreuung insgesamt erstreckte³⁵. Insbesondere mit Blick auf diese weitgehende Anwaltsvollmacht ist doch wohl auf das Wissen der Erblasserin über den Charakter der Tätigkeiten des Beklagten zu schliessen, womit aber diesbezüglich kein besonderer zusätzlicher Aufklärungsbedarf bestehen dürfte. Hinsichtlich des Vorhalts, der Beklagte habe von der Erblasserin Geschenke als Teil seiner Entschädigung entge-

genommen, dann aber doch nicht angerechnet, stellt sich die Frage nach den zwischen den beiden Beteiligten effektiv getroffenen Absprachen. Wenn sich der Beklagte gegenüber der Erblasserin dahingehend geäussert hat, er rechne deren Zuwendungen an die Aufwandentschädigung an, so liegen im Grunde genommen gar keine Schenkungen vor, weil eine Gegenleistung vorhanden ist. Und wenn der Beklagte gegenüber der Erblasserin die Verrechnungsabsicht nicht erwähnt hat, musste die Erblasserin aufgrund der vorerwähnten Umstände wissen, dass die Tätigkeit des Beklagten die Gegenleistung für das Anwaltshonorar darstellte; hat die Erblasserin dennoch Zuwendungen an den Beklagten ausgerichtet, wollte sie diesen eben tatsächlich beschenken. Was den zweiten, für die Bereicherungsabsicht des Beklagten angeführten Grund – nämlich die nach dem Ableben der Erblasserin erfolgte Erhöhung des Honorars – betrifft, bleibt unklar, ob eine Vereinbarung über den Stundenansatz vorgelegen hat³⁶; ebenso bleibt offen, wann genau der Entscheid über die Erhöhung des Ansatzes getroffen worden ist. Angesichts all der offengebliebenen Fragen und der je nach Konstellation für die Erblasserin durchaus vorhandenen Erkennbarkeit der allfälligen Motive des Beklagten muss sich das effektive Bestehen einer Aufklärungspflicht in casu als nicht hinreichend belegt erweisen.

Wird eine Aufklärungspflicht des Beklagten verneint, führt dies zum Wegfallen eines Elementes der Erbunwürdigkeit im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB³⁷. Ist eine Verpflichtung zur Aufklärung nicht gegeben, so kann dem Beklagten nicht vorgeworfen werden, er habe durch ein Unterlassen verhindert, dass die Erblasserin eine neue Verfügung von Todes wegen errichte oder eine bestehende widerrufe.

3. Arglist

Als Mittel für das Verhindern des Erblassers an der Errichtung einer neuen bzw. am Widerruf einer bestehenden Verfügung von Todes wegen erwähnt Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB Arglist, Zwang und Drohung. Bei der Auslegung des Begriffs der Arglist geht das Bundesgericht der überwiegenden Lehre folgend von einer Übereinstimmung mit dem in Art. 469 Abs. 1 ZGB verwendeten Terminus «arglistiger Täuschung» aus³⁸. Eine

³¹ BGE 132 III 305 ff., E. 6.1., S. 313.

³² Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2), E. 4.2.

³³ Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2), E. 4.3.

³⁴ Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2), E. 5.2.

³⁵ Urteil 5C.121/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 1), Sachverhalt.

³⁶ Gemäss den Darlegungen im Urteil 5P.161/2005, II. Zivilabteilung, vom 6. Februar 2006 (Fn. 2), E. 5.2., ist davon auszugehen, dass nie eine Honorarabsprache getroffen worden ist.

³⁷ Siehe ähnlich auch *Breitschmid* (Fn. 20), 56, Anm. 2, der das Vorgehen des Beklagten zwar als «zweifellos unschön und wenig professionell, ... aber weit davon entfernt, ... per se Erbunwürdigkeit zu begründen» beurteilt.

arglistige Täuschung liegt vor, wenn beim Erblasser eine falsche Vorstellung erregt oder eine vorhandene falsche Vorstellung benutzt wird³⁹. Arglist ist dabei nur dann gegeben, wenn eine Täuschung rechtswidrig ist. Durfte unter den betreffenden Umständen die Mitteilung der verschwiegenen Tatsache nach Treu und Glauben erwartet werden, so wird ein rechtswidriges Verschweigen bejaht⁴⁰. Mit anderen Worten ist das Verschweigen dann rechtswidrig, wenn nach Treu und Glauben eine Mitteilungspflicht besteht. Im zu besprechenden Entscheid wurde die Aufklärungspflicht des Beklagten durch das Bundesgericht unter anderem auch auf Treu und Glauben abgestützt⁴¹. Allerdings erscheinen in casu die Voraussetzungen für ein effektives Bestehen einer Aufklärungspflicht als nicht hinreichend dargetan⁴², sodass sich im Grunde genommen die Frage nach dem arglistigen Vorgehen nicht mehr stellen kann.

Damit Arglist im Sinne des Erbunwürdigkeitsgrundes von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gegeben ist, muss im Erregen oder Benutzen einer falschen Vorstellung beim Erblasser aufgrund sämtlicher Umstände des betreffenden Falls eine «schwere Verfehlung gegen den Erblasser» liegen⁴³. Die schwere Verfehlung gegenüber der Erblasserin wird vom Bundesgericht in casu mit dem Unterlassen der Aufklärung in Verbindung mit der Bereicherungsabsicht begründet⁴⁴. Allgemein wird die Verfehlung gegenüber dem Erblasser auch als gemeinsame Eigenschaft der Erbunwürdigkeitsgründe von Art. 540 Abs. 1 ZGB bezeichnet⁴⁵. Mit der Formulierung, wonach im Bewirken und Ausnützen einer vorhandenen falschen Vorstellung «zusätzlich» eine schwere Verfehlung gegen den Erblasser liegen müsse⁴⁶, wird zum Ausdruck gebracht, dass für die Annahme der Arglist eine bestimmte Schwelle erreicht sein muss, welche

über einer arglistigen Täuschung im Sinne von Art. 469 Abs. 1 ZGB anzusetzen ist. In der Forderung nach einer gewissen Intensität der Arglist für die Annahme des Erbunwürdigkeitsgrundes von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB stimmt das Bundesgericht überein mit der im Übrigen abgelehnten Meinung von *Piotet*, welcher die Bestimmung nur gerade dann anwenden will, wenn die Arglist einem Enterbungsgrund gemäss Art. 477 ZGB entspricht⁴⁷. Dass für die Erbunwürdigkeit eine gewissermassen «qualifizierte» Stufe der Arglist verlangt wird, ist sicher richtig. Für die zur Annahme der Erbunwürdigkeit erforderliche Arglist geradezu einen Enterbungsgrund vorauszusetzen, ginge aber zu weit. Das Institut der Enterbung bezieht sich auf einen pflichtteilsgeschützten Erben⁴⁸; für eine Enterbung verlangt werden eine schwere Verfehlung des entsprechenden Noterben (Art. 477 ZGB) und die Angabe des Enterbungsgrundes durch den Erblasser in der Verfügung von Todes wegen (Art. 479 Abs. 1 ZGB). Die Anforderungen an den Widerruf einer letztwilligen Verfügung zugunsten eines eingesetzten nicht pflichtteilsberechtigten Erben sind demgegenüber weit weniger hoch. Dafür erforderlich ist überhaupt kein Grund, sondern bloss die Einhaltung der Formalitäten für einen Widerruf gemäss Art. 509–511 ZGB. Die Folge der Erbunwürdigkeit kann nun aber nach dem Wortlaut von Art. 540 Abs. 1 ZGB sowohl gesetzliche als auch eingesetzte Erben betreffen. Somit kann ein nicht pflichtteilsgeschützter, testamentarisch eingesetzter Erbe zu Lebzeiten des Erblassers von diesem selbst gemäss Art. 509–511 ZGB leichter aus der Erbfolge ausgeschlossen werden als nach dem Tod des Erblassers auf dem Wege der Erbunwürdigkeit im Sinne von Art. 540 ZGB. Das ist richtig, weil beim Widerruf einer Erbeinsetzung eine Äusserung des Willens des Erblassers vorliegt, wohingegen die Erbunwürdigkeit von Gesetzes wegen eintritt. Mit der Abhängigmachung der Erbunwürdigkeit von einem Enterbungsgrund, d.h. einem auf die in verschiedener Hinsicht anders gelagerte Konstellation des Ausschluss eines Noterben zugeschnittenen Tatbestand, würde andererseits die Schwelle

³⁸ BGE 132 III 305 ff., E. 3.3., S. 309, mit Hinweis auf *BK-Tuor/Picenoni* (Fn. 27), N 26 zu Art. 540/541 ZGB; *Arnold Escher*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht: Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), Zürich 1960, N 12 zu Art. 540 ZGB; *BSK-Schwander* (Fn. 22), N 14 zu Art. 540 ZGB; *Paul-Henri Steinauer*, *Le droit des successions*, Berne 2006, N 938, p. 456.

³⁹ BGE 132 III 305 ff., E. 3.3., S. 309, mit Hinweis auf *Arnold Escher*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht: Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), Zürich 1959, N 10 zu Art. 469 ZGB; *Peter Tuor*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, Bern 1952, N 24 zu Art. 469 ZGB; *Steinauer* (Fn. 38), N 342 p. 195.

⁴⁰ *Léon Alfred Bindschedler*, Die Erbunwürdigkeit, insbesondere nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich, 1915, 98; vgl. auch *Huggler* (Fn. 27), 87.

⁴¹ BGE 132 III 305 ff., E. 6.1., S. 313 f.

⁴² Vgl. dazu die Ausführungen unter D.III.2. soeben.

⁴³ Die Verfehlung muss nach dem Gefühl der Allgemeinheit als unerträglich erscheinen und zu missbilligen sein; vgl. so BGE 132 III 305 ff., E. 3.3., S. 310 sowie E. 6.2., S. 314.

⁴⁴ BGE 132 III 305 ff., E. 6.2., S. 314.

⁴⁵ *BK-Tuor/Picenoni* (Fn. 27), N 15 zu Art. 540/541 ZGB.

⁴⁶ BGE 132 III 305 ff., E. 3.3., S. 310.

⁴⁷ *Paul Piotet*, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1981, 566 f.

⁴⁸ *BK-Tuor* (Fn. 27), N 1 zu Art. 477 ZGB; *Peter Weimar*, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Art. 457–480 ZGB, Bern 2000, N 2 zu Art. 477 ZGB; *Balthasar Bessenich*, Kommentierung von Art. 477–480, 487–492 ZGB, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 2 zu Art. 477 ZGB; *ZK-Escher* (Fn. 39), N 1 f. zu Art. 477 ZGB; *Paul Piotet*, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, 1978, 414 f.

eindeutig zu hoch angesetzt. Insofern ist das Bundesgericht der entsprechenden Lehrmeinung zu Recht nicht gefolgt.

4. Ergebnis

Die in casu angenommene Erbunwürdigkeit des Beklagten ist in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend belegt und vermag deshalb nicht zu überzeugen. Insbesondere sind die ganz konkreten Gründe, aus denen sich eine Aufklärungspflicht des Beklagten gegenüber der Erblasserin über das tatsächliche Verhältnis ableiten liessen, nicht plausibel ersichtlich gemacht worden.

IV. Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung wegen Willensmangels?

Nicht als ausgeschlossen erscheint vorliegendenfalls, dass die letztwillige Verfügung an einem Willensmangel leidet, indem sich die Erblasserin falsche Vorstellungen über die Eigenschaften des eingesetzten Alleinerben oder das effektiv zwischen diesem und ihr bestehende Verhältnis gemacht hat. Die Ungültigkeit des Testaments wegen mangelhaften Willens der Erblasserin im Sinne von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB müsste freilich im Einzelnen näher geprüft werden. Ein solches Vorgehen wäre aber nahe liegender gewesen als die nun vorliegende, etwas gar zu apodiktisch ausgefallene Bejahung der Erbunwürdigkeit⁴⁹.

V. Hinweise auf die aktuelle Diskussion

Am 11. Mai 2006 wurde von Nationalrätin Silvia Schenker – unter anderem unter Hinweis auf den vorliegenden Rechtsstreit – die parlamentarische Initiative «Erbrechtliche Zuwendungen und Schenkungen an Personen mit einer besonderen beruflichen Funktion» eingereicht. Damit verlangt wird die Einführung einer neuen Bestimmung in das ZGB, «die erbrechtliche Zuwendungen respektive Schenkungen an Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Funktion in einem besonderen Vertrauensverhältnis zur verfügenden Person stehen, einschränkt»⁵⁰.

Bereits im Jahre 2002 hatte *Daniel Abt* im Sinne einer «Diskussionsgrundlage» den Erlass einer generell-abstrakten Norm gefordert, wonach Personen mit einem beruflich motivierten Ver-

trauensverhältnis zum Erblasser diesem gegenüber nicht fähig sein sollten, irgendetwas aus einer Verfügung von Todes wegen zu erhalten. Zur Umgehung vorgeschobene Personen wie Verwandte, der Ehegatte oder Partner der Vertrauensperson sollten ebenfalls zum erbrechtlichen Erwerb unfähig sein. *Abt* machte einen Vorbehalt für Zuwendungen kraft bestimmter naher Beziehungen und für Gelegenheitsgeschenke⁵¹.

Beide Vorschläge knüpfen bei einem kraft des Berufes des Bedachten entstandenen Vertrauensverhältnis zum Erblasser an. Die parlamentarische Initiative verlangt eine Einschränkung nicht nur bezüglich erbrechtlicher Zuwendungen, sondern auch für Schenkungen. *Abt* fordert die Unfähigkeit zum erbrechtlichen Erwerb nicht nur für die Vertrauenspersonen selbst, sondern auch für zu Umgehungszwecken vorgeschobene Personen.

Dem in dieser Sache erhobenen Ruf nach dem Gesetzgeber muss mit etlicher Skepsis begegnet werden. Vorab ist jedenfalls nicht einzusehen, warum ein urteilsfähiger Erblasser nicht Personen seines Vertrauens – und sei das Vertrauensverhältnis auch von Berufes wegen begründet worden – als Erben einsetzen können soll. Eine gesetzgeberische Ordnung, welche gewisse Personenkategorien generell als von Todes wegen Bedachte ausschliessen würde, tangiert – wie schon *Breitschmid* richtigerweise festgehalten hat⁵² – zum einen die erbrechtliche Verfügungsfreiheit des Erblassers und zum anderen die Rechtsfähigkeit der ausgeschlossenen Bedachten. Mit einer derart starren Ordnung würde im Ergebnis weit über das Ziel, echte Missbräuche zu bekämpfen, hinausgeschossen. Das ZGB enthält bereits heute mit der Statuierung von strengen Formvorschriften (Art. 498 ff. ZGB), den Möglichkeiten des Widerrufs von Verfügungen von Todes wegen (Art. 509 ff. ZGB), den insbesondere auch die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (Art. 467 f. ZGB) und Willensmängel (Art. 469 ZGB) erfassenden Ungültigkeitsgründen (Art. 519 ff. ZGB) sowie der – wie im besprochenen Fall gezeigt – durchaus greifenden Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB) über ein ausreichendes Instrumentarium, um den Erblasser vor unrechtmässiger Beeinflussung zu schützen. Der urteilsfähige Erblasser aber ist selbst in der Lage, seine Privatautonomie auszuüben, und es ist nicht einzusehen, warum er darin eingeschränkt werden sollte.

⁴⁹ Vgl. in diesem Sinne auch *Breitschmid* (Fn. 20), 61.

⁵⁰ 06.432 – Parlamentarische Initiative Silvia Schenker, Curia Vista Geschäftsdatenbank <http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20060432>, besucht am 1. Dezember 2006.

⁵¹ *Abt*, Ungültigkeitsklage (Fn. 17), 205 f.

⁵² *Breitschmid* (Fn. 20), 61.