



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis  
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

---

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis  
an der Universität Bern

## **Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson**

Weiterbildungstagung des Verbandes  
bernischer Notare und des Instituts für  
Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der  
Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012

Beiträge von

Prof. Dr. Andreas U. Monsch

Prof. Dr. Stephan Wolf / MLaw Anna Lea Setz

Prof. Dr. Stephanie Hrubesch-Millauer / MLaw David Jakob

Dr. Peter Stähli



Stämpfli Verlag



Stämpfli Verlag



---

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 vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-1632-9



# Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar

Stephan Wolf\* / Anna Lea Setz\*\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>31</b>
<b>II.</b>	<b>Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit.....</b>	<b>33</b>
1.	Begriffliches und Rechtsgrundlagen.....	33
1.1	Zivilrecht.....	33
	a) Allgemeines.....	33
	b) Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit.....	33
	c) Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit .....	34
1.2	Notariatsrecht .....	36
2.	Insbesondere Urteilsfähigkeit .....	36
2.1	Allgemeines .....	36
2.2	Elemente der Urteilsfähigkeit.....	37
	a) Einleitende Bemerkungen .....	37
	b) Willensbildungsfähigkeit (intellektuelles Element) .....	37
	c) Willensumsetzungsfähigkeit (voluntatives Element) .....	38
	d) Zwischenergebnis.....	40
2.3	Relativität der Urteilsfähigkeit.....	41
	a) Allgemeines.....	41
	b) Konkret in Frage stehende Handlung .....	41

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

\*\* MLaw, ehemalige Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

c)	Massgebender Zeitpunkt .....	43
2.4	Beweis der Urteils(un)fähigkeit .....	44
3.	Folgen fehlender Geschäfts- bzw. Verfügungsfähigkeit.....	46
<b>III.</b>	<b>Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit.....</b>	<b>47</b>
1.	Einleitung.....	47
2.	Grundsatz der Urkundspflicht.....	47
3.	Einzelheiten der Prüfungspflicht.....	49
3.1	Vorbemerkungen.....	49
3.2	Inhalt der Prüfung .....	49
a)	Gegenstand .....	49
b)	Personeller Umfang.....	50
c)	Vorgehensweise.....	51
3.3	Kognition der Urkundsperson .....	51
3.4	Weiteres Vorgehen.....	52
4.	Hinweis: Neue Meldepflicht (nArt. 397a OR).....	53
<b>IV.</b>	<b>Zum Vorgehen des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit.....</b>	<b>54</b>
1.	Zum Vorgehen allgemein .....	54
2.	Prüfung der einzelnen Elemente .....	55
2.1	Volljährigkeit bzw. Zurücklegung des 18. Altersjahrs.....	55
2.2	Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen .....	55
2.3	Urteilsfähigkeit.....	56
a)	Einleitende Bemerkungen .....	56
b)	Die einzelnen Möglichkeiten zur Feststellung der Urteilsfähigkeit.....	58
aa)	Gespräch .....	58
bb)	Tests (Screening-Verfahren).....	59

cc)	Zeugnisse und Gutachten.....	60
dd)	Beizug geeigneter Zeugen .....	62

<b>V.</b>	<b>Schluss.....</b>	<b>63</b>
-----------	---------------------	-----------

## Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, *successio* 2012, S. 4 ff.
- BREITSCHMID PETER, Höchstalter für die Ausübung des Notariats; Anforderungen an die Zeugen bei öffentlichen Verfügungen von Todes wegen (BGE 2P.82/2006, 21.8.2007) – BGE 133 I 259, *successio* 2008, S. 70 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000 (zit. BRÜCKNER, Personenrecht)
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 1. Teilband: Das Personenrecht, Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, 3. Aufl., Bern 1976 (zit. BK-BUCHER)
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976
- EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band. I: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930 (zit. ZK-EGGER)
- GUTZWILLER PETER MAX, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, *AJP* 2008, S. 1223 ff.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008
- HOFER SIBYLLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/ROBERTO VITO, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern 2011 (zit. HOFER, Personenrecht)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-AUTOR)

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK-AUTOR)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, 5A\_12/2009, Urteil vom 25. März 2009, II. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 17. November 2008, AJP 2010, S. 241 ff.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. ZGBKomm-AUTOR)
- KUMMER MAX, Art. 8 ZGB, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962 (unveränderter Nachdruck 1966) (zit. BK-KUMMER)
- LICHTENWIMMER ANDREA, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar, MittBayNot 2002, S. 240 ff.
- MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983 (zit. MARTI, Notariatsrecht)
- MARTI HANS, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989 (zit. MARTI, Notariatsprozess)
- MONSCH ANDREAS U., Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, INR 13, Bern 2012, S. 1 ff.
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005
- MÜLLER GABRIELE, Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, S. 806 ff., DNotZ 2006, S. 325 ff.
- PETERMANN FRANK TH., Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008
- RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995
- SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern, Winterthur 1959

- SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1 ff.
- SCHWAB DIETER, Selbstbestimmung im Alter, ZBJV 142 (2006), S. 561 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, La procédure d'instrumentation des testaments publics, des pactes successoraux, des contrats de mariage et des conventions sur les biens, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 91 ff.
- STEINER SIMONE, Urteilsfähigkeit bei letztwilligen Verfügungen aus Sicht der Urkundsperson, Anwaltsrevue 2009, S. 236 ff.
- STOPPE GABRIELA/LICHTENWIMMER ANDREA, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, S. 806 ff.
- VÖGELI DOROTHEE, Was ist eine gute Demenzpflege?, NZZ Nr. 156 vom 7. Juli 2012, S. 24
- WALTER HANS PETER, Art. 8 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-WALTER)
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 48, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010
- WOLF STEPHAN, Art. 9 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-WOLF)
- WOLF STEPHAN, Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinat, Ehekrise, Erwachsenenschutz, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht, INR 9, Bern 2009 (zit. WOLF, Besondere Situationen)
- WOLF STEPHAN, Prüfung von Handlungsfähigkeit, Willensmängeln und Übervorteilung im Grundbucheintragungsverfahren – BGE 124 III 341 ff., recht 1999, S. 62 ff. (zit. WOLF, Prüfung)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band IV/1, Erbrecht, erscheint demnächst (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1)

WOLF STEPHAN/ZINGG SIMON, Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken, in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 707 ff.

ZIMMERMANN THEODOR, Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit, BWNZ 2000, S. 97 ff.

## Materialien

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (zit. Botschaft Erwachsenenschutz)

## I. Einleitung

Zentrales Gültigkeitserfordernis eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes bildet die *Handlungsfähigkeit* der involvierten Personen (Art. 12 ff. ZGB). Für den Sonderfall der Verfügungen von Todes wegen wird dafür der Begriff der *Verfügungsfähigkeit* (Art. 467 f. ZGB) verwendet<sup>1</sup>. Innerhalb der einzelnen Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit bzw. der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit stellt die *Urteilsfähigkeit* – als die Fähigkeit einer Person, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB) – das im Zentrum stehende Element dar<sup>2</sup>.

Angesichts der gestiegenen Lebenserwartung der Menschen nimmt das Problem der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit und der in diesem Zustande abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu. Dies gilt allgemein, besonders aber für Verfügungen von Todes wegen, die regelmässig erst in höherem Alter errichtet oder abgeändert werden<sup>3</sup>. In der jüngeren Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht nicht selten mit der Frage der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit befassen müssen und dabei verschiedentlich auf Verfügungsunfähigkeit erkannt<sup>4</sup>, dies auch bei öffentlich beurkundeten Verfügungen von Todes wegen<sup>5</sup>. Diesem Befund entspricht auch die Einschätzung, dass wenn eine Verfügung von Todes wegen die erforderliche Form aufweist und die Pflichtteilsrechte wahrt, sie praktisch nur noch wegen fehlender Verfügungsfähigkeit erfolgreich angefochten werden kann<sup>6</sup>. Übergangene gesetzliche Erben werden deshalb nicht selten versucht sein, sich auf Verfügungsunfähigkeit des Erblassers zu berufen, um eine ihnen missliebige Verfügung von Todes wegen nach Möglichkeit ungültig erklären zu lassen.

Mit der angesprochenen erhöhten Lebenserwartung steigt auch die Anzahl demenzkranker Menschen. Inzwischen leben in der Schweiz etwa 110'000 Demenzkranke; diese Zahl soll bis in dreissig Jahren auf 300'000 ansteigen<sup>7</sup>. Damit dürfte sich in Zukunft die Problematik der Urteilsfähigkeit oder

<sup>1</sup> So die Marginalie zum Abschnitt vor Art. 467 ff. ZGB.

<sup>2</sup> Siehe dazu auch II.2.1.

<sup>3</sup> BSK-BREITSCHMID, N. 10 zu Art. 467/468 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.c.

<sup>4</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.c., m.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>5</sup> Vgl. den mittlerweile zum Leading-Case gewordenen BGE 124 III 5 ff.

<sup>6</sup> PETERMANN, Rz. 13.

<sup>7</sup> VÖGELI, S. 24.

-unfähigkeit namentlich betagter und hochbetagter Menschen weiter akzentuieren<sup>8</sup>.

Es gehört zu den *Berufspflichten* des Notars, anlässlich der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu prüfen (für Bern Art. 43 Abs. 1 NV) und insbesondere die Urteilsfähigkeit abzuklären (vgl. für Bern Art. 31 Abs. 1 lit. c NG). Gelangt der Notar im Rahmen seiner Prüfung zum Ergebnis, dass eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person bei der Beurkundung mitwirken soll, dann hat er diese abzulehnen (für Bern Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).

Im vorliegenden Beitrag wird nachfolgend vorerst auf die Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit und insbesondere die Urteilsfähigkeit eingegangen<sup>9</sup>. Danach ist die Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit zu behandeln<sup>10</sup>, und alsdann ist das Vorgehen des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit zu erörtern<sup>11</sup>. Beendet wird der Beitrag durch eine kurze Schlussbetrachtung<sup>12</sup>.

## II. Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit

### 1. Begriffliches und Rechtsgrundlagen

#### 1.1 Zivilrecht

##### a) *Allgemeines*

Die zivilrechtliche *Handlungsfähigkeit* (Art. 12 ZGB) wird in der Doktrin in Teilfähigkeiten aufgegliedert. So stellt die sog. *Geschäftsfähigkeit* – neben der Deliktsfähigkeit als der Fähigkeit, aus unerlaubten Handlungen verantwortlich zu werden – eine besondere *Kategorie der allgemeinen Handlungsfähigkeit* i.S.v. Art. 12 ZGB dar. Geschäftsfähigkeit bezeichnet die *Fähigkeit* einer Person, *sich durch rechtsgeschäftliche Handlungen zu verpflichten*<sup>13</sup>. Untergruppen der Geschäftsfähigkeit bilden für Rechtsgeschäfte unter Lebenden die Vertragsfähigkeit und die Ehefähigkeit (Art. 94 ZGB)<sup>14</sup>. Häufig wird für die Geschäftsfähigkeit auch verkürzt – aber gleichbedeutend – der Begriff der Handlungsfähigkeit verwendet.

Im Bereiche des Erbrechts wird statt von Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit von *Verfügungsfähigkeit* gesprochen. Die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit ihrerseits lässt sich unterteilen in die Testier- und die Erbvertragsfähigkeit (Art. 467 f. ZGB), je nachdem, ob der Erblasser eine letztwillige Verfügung errichtet oder einen Erbvertrag abschliesst<sup>15</sup>.

##### b) *Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit*

Gemäss nArt. 13 ZGB sind für die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit vorauszusetzen. Die *Volljährigkeit* wird gemäss nArt. 14 ZGB mit abgeschlossenem 18. Lebensjahr erreicht. *Urteilsfähigkeit* kommt jeder Person zu, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (nArt. 16 ZGB). Entgegen dem insofern verkürzten Wortlaut des nArt. 13 ZGB genügt allerdings für die Handlungsfähigkeit in der Gestalt der Geschäftsfähigkeit

<sup>8</sup> Siehe auch schon BRÜCKNER, Personenrecht, Rz. 196.

<sup>9</sup> II. sogleich.

<sup>10</sup> III. hienach.

<sup>11</sup> IV. hienach.

<sup>12</sup> V. hienach.

<sup>13</sup> ZGBKomm-SCHWANDER, N. 2 zu Art. 12 ZGB; vgl. auch HOFER, Personenrecht, Rz. 10.14.

<sup>14</sup> HOFER, Personenrecht, Rz. 10.09; vgl. auch BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 30 f. zu Art. 12 ZGB.

<sup>15</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 I; vgl. dazu näher II.1.1.c).



blosse Volljährigkeit – neben der Urteilsfähigkeit – nicht. Vielmehr darf zusätzlich auch *keine umfassende Beistandschaft* über die handelnde Person vorliegen, denn eine solche führt ebenfalls zu deren Handlungs- und Geschäftsunfähigkeit (nArt. 17 ZGB). Unter Berücksichtigung auch von nArt. 17 ZGB lässt sich somit – über den Wortlaut von nArt. 13 ZGB hinaus – festhalten, dass handlungsfähig ist, wer urteilsfähig und volljährig ist und nicht unter umfassender Beistandschaft steht<sup>16</sup>.

Ergänzend lässt sich an dieser Stelle kurz Folgendes zu den aus *erwachsenenschutzrechtlichen Instituten* zu ziehenden Schlüssen auf die Handlungsfähigkeit festhalten: Weil das Wirksamwerden des Vorsorgeauftrages (nArt. 360 ff. ZGB) namentlich den Eintritt der Urteilsunfähigkeit voraussetzt (vgl. nArt. 363 Abs. 1 ZGB), besteht während seiner Dauer Handlungsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers. Entsprechendes (vgl. nArt. 370 Abs. 1 ZGB) gilt auch für die Patientenverfügung (nArt. 370 ff. ZGB). Innerhalb der nicht umfassenden Beistandschaften bleibt die Handlungsfähigkeit bei der Begleitbeistandschaft unberührt (nArt. 393 Abs. 2 ZGB), sie kann bei der Vertretungsbeistandschaft eingeschränkt werden (nArt. 394 Abs. 2 ZGB) und sie ist es bei der Mitwirkungsbeistandschaft (nArt. 396 Abs. 2 ZGB). Bei der kombinierten Beistandschaft (nArt. 397 ZGB) sind das Bestehen und der Umfang der Handlungsfähigkeit im Einzelfall zu prüfen, bei der umfassenden Beistandschaft entfällt sie (nArt. 398 Abs. 3 ZGB).

### c) *Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit*

Die *Verfügungsfähigkeit* als die Geschäftsfähigkeit im Bereiche des Erbrechts – mithin die Fähigkeit zur Errichtung von Verfügungen von Todes wegen – erfährt in Art. 467 f. ZGB eine besondere Regelung. Im Einzelnen ist zu unterscheiden zwischen der Testierfähigkeit und der Erbvertragsfähigkeit.

Für die *Testierfähigkeit* – d.h. die Fähigkeit zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung – ist gemäss Art. 467 ZGB einerseits die *Urteilsfähigkeit* und andererseits das *zurückgelegte 18. Altersjahr* vorauszusetzen. Dass eine Person unter einer erwachsenenschutzrechtlichen Beistandschaft – oder sonstigen Vorkehr – steht, beeinträchtigt die Testierfähigkeit grundsätzlich nicht; selbst eine unter umfassender Beistandschaft i.S.v. nArt. 398 ZGB

befindliche Person kann ein Testament errichten, sofern sie nur urteilsfähig ist<sup>17</sup>.

*Erbvertragsfähigkeit* verlangt nach geltendem Recht Mündigkeit des Erblassers (Art. 468 ZGB). Gemäss der mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht in Kraft tretenden Fassung von nArt. 468 Abs. 1 ZGB<sup>18</sup> ist neben der *Urteilsfähigkeit* einzig das zurückgelegte 18. Altersjahr – mithin die *Volljährigkeit* (vgl. nArt. 14 ZGB) – Voraussetzung der Erbvertragsfähigkeit. Auch Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, können deshalb erbvertraglich verfügen, bedürfen allerdings dafür der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (nArt. 468 Abs. 1 ZGB). Nicht erforderlich ist demgegenüber die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde<sup>19</sup>. Als Beistandschaften, die den Abschluss des Erbvertrages umfassen, kommen die Mitwirkungsbeistandschaft (nArt. 396 ZGB)<sup>20</sup> sowie die umfassende Beistandschaft (nArt. 398 ZGB)<sup>21</sup> in Betracht<sup>22</sup>. Die aus der Erbvertragsfähigkeit sich ergebenden Erfordernisse gelten selbstverständlich nur für den Erblasser; die Anforderungen an die im Erbvertrag nicht selber von Todes wegen verfügende Gegenpartei richten sich nach den Regeln der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB)<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.1. Siehe zum bisherigen Recht auch BSK-BREITSCHMID, N. 4 zu Art. 467/468 ZGB.

<sup>18</sup> Dazu und zum Folgenden auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 III.1., m.w.H.

<sup>19</sup> Das entsprechende Zustimmungserfordernis gemäss nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gilt nur für den Fall, dass eine verbeiständete Person als Vertragsgegenpartei einen Erbvertrag eingeht. Vgl. dazu Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7057 und 7105; weiter WOLF, Besondere Situationen, S. 57.

<sup>20</sup> Nur sie wird in der Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105, erwähnt.

<sup>21</sup> Der unter umfassender Beistandschaft stehende Erblasser dürfte allerdings regelmässig urteilsunfähig sein (vgl. Art. 398 Abs. 1 ZGB, wonach eine umfassende Beistandschaft namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit angeordnet wird), so dass aus diesem Grunde seine Erbvertragsfähigkeit entfällt; vgl. ZGBKomm-MARXER, N. 3 zu Art. 468 ZGB. Sonst aber steht auch diesem Erblasser die Erbvertragsfähigkeit zu, dies entgegen BK-WEIMAR, N. 9 zu Art. 468 ZGB, wo für den Abschluss des Erbvertrages Handlungsfähigkeit verlangt wird, während Urteilsfähigkeit ausreicht. Dazu auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 III.1.

<sup>22</sup> Gemäss ZGBKomm-MARXER, N. 3 zu Art. 468 ZGB, ist die Konstellation grundsätzlich sogar für alle Arten der Beistandschaft denkbar. U.E. umfassen indessen die Begleitbeistandschaft i.S.v. nArt. 393 ZGB und die Vertretungsbeistandschaft i.S.v. nArt. 394 f. ZGB den Abschluss eines Erbvertrages nicht; im ersten Fall wird die Handlungsfähigkeit nicht berührt, im zweiten Fall bleibt eine Vertretung wegen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen (vgl. so für die Vertretungsbeistandschaft Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105).

<sup>23</sup> Siehe zum Ganzen auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 III.1.

<sup>16</sup> Vgl. auch HOFER, Personenrecht, Rz. 10.18 ff. Diese Autorin schlägt – a.a.O., Rz. 10.20 – infolge des Fehlens eines Oberbegriffs für die Kriterien der Volljährigkeit und des Fehlens einer umfassenden Beistandschaft vor, dafür den Ausdruck der „Mündigkeit“ zu verwenden.

## 1.2 Notariatsrecht

Für das hier interessierende Thema der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit erweisen sich aus dem bernischen<sup>24</sup> Notariatsrecht namentlich zwei Bestimmungen als einschlägig. Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. c NG hat der Notar die Rogation abzulehnen, wenn bei der Beurkundung eine *offensichtlich nicht urteilsfähige Person* mitwirken soll. Und nach Art. 43 Abs. 1 NV hat der Notar bei der Beurkundung von Willenserklärungen die *Handlungsfähigkeit* der Urkundsparteien zu prüfen.

## 2. Insbesondere Urteilsfähigkeit

### 2.1 Allgemeines

Die Urteilsfähigkeit ist die *subjektive Voraussetzung* der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit und stellt deren Kernpunkt dar<sup>25</sup>. Sie wird – sowohl im bisherigen als auch im neuen, am 1. Januar 2013 in Kraft tretenden Recht – stärker als die formalen Aspekte der Volljährigkeit und des Fehlens erwachsenenschutzrechtlicher Vorkehren gewertet, weil minderjährige oder unter einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme stehende Urteilsfähige gemäss nArt. 19 ff. ZGB dennoch rechtswirksam handeln können<sup>26</sup>. Der Urteilsfähigkeit kommt auch in der Praxis – und gerade bei Verfügungen von Todes wegen – grössere Bedeutung zu, weil sie weniger einfach festzustellen und demgemäss – wie es die nicht selten um sie geführten Prozesse belegen – öfters umstritten ist.

Aus Art. 16 ZGB ergibt sich, dass die Urteilsfähigkeit die *Fähigkeit zu vernunftgemässen Handeln* darstellt<sup>27</sup>. Nach der gesetzlichen Umschreibung ist urteilsfähig „jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln“ (nArt. 16 ZGB).<sup>28</sup> Bei der

<sup>24</sup> Vergleichbare Bestimmungen finden sich auch in anderen kantonalen Notariatsordnungen; um den Rahmen nicht zu sprengen, muss vorliegend grundsätzlich eine Beschränkung auf das bernische Recht erfolgen.

<sup>25</sup> BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 1 zu Art. 16; BK-BUCHER, N. 2 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.19.

<sup>26</sup> Für das bisherige Recht BK-BUCHER, N. 2 zu Art. 16 ZGB; vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.19 und 07.55 ff.

<sup>27</sup> ZK-EGGER, N. 4 zu Art. 16 ZGB; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.23; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.21.

<sup>28</sup> Die Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht sind rein terminologischer Art; vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7094, und ZGBKomm-PETERMANN, N. 2 zu Art. 16 ZGB.

Prüfung der Urteilsfähigkeit ist allgemein<sup>29</sup> in *zwei Schritten* vorzugehen: Zuerst ist das Vorliegen eines der in nArt. 16 ZGB umschriebenen *Zustände* abzuklären, und – wenn dies bejaht wird – ist anschliessend zu untersuchen, ob dieser Zustand im konkreten Fall dazu führt, dass die *Fähigkeit zu vernunftgemässen Handeln entfällt*<sup>30</sup>. Die Feststellung, ob eine Person urteilsfähig ist oder nicht, ist letztlich rein juristisch vorzunehmen; die Beurteilung steht alleine dem Zivilrichter zu, der an allfällige medizinische Gutachten nicht gebunden ist<sup>31</sup>.

Nachfolgend ist vorab auf die Elemente der Urteilsfähigkeit einzugehen<sup>32</sup>, sodann ist ihre Relativität darzustellen<sup>33</sup>, und es ist die Frage des Beweises zu thematisieren<sup>34</sup>.

### 2.2 Elemente der Urteilsfähigkeit

#### a) Einleitende Bemerkungen

In Rechtsprechung<sup>35</sup> und Lehre<sup>36</sup> wird für die Urteilsfähigkeit ein intellektuelles und ein willensmässiges Element unterschieden. Urteilsfähig ist nur, wer über beide Elemente verfügt<sup>37</sup>.

#### b) Willensbildungsfähigkeit (intellektuelles Element)

Als *intellektuelles Element* der Urteilsfähigkeit bezeichnet wird die Fähigkeit des Handelnden, den Sinn, den Nutzen und die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens zu erkennen und zu beurteilen<sup>38</sup>. Es handelt sich um die Fähigkeit

<sup>29</sup> Für Näheres zur Prüfung der Urteilsfähigkeit siehe nachfolgend IV.2.3.

<sup>30</sup> HOFER, Personenrecht, Rz. 10.24 f.; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 5 zu Art. 16.

<sup>31</sup> BGE 117 II 231, 235; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.29. Vgl. auch in Bezug auf die Geisteskrankheit BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 26 zu Art. 16, und HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.46.

<sup>32</sup> II.2.2.

<sup>33</sup> II.2.3.

<sup>34</sup> II.2.4.

<sup>35</sup> BGE 124 III 5, 7 f.; BGE 117 II 231, 232; BGE 77 II 97, 99 f.; BGer 5A\_748/2008 vom 16. März 2009 E. 3.1. Siehe neuestens auch BGer 5A\_647/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2.

<sup>36</sup> BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 3 zu Art. 16; ZGBKomm-PETERMANN, N. 5 ff. zu Art. 16 ZGB; ZK-EGGER, N. 4 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.24; ausführlich und mit weitergehender Unterteilung BK-BUCHER, N. 42 ff. zu Art. 16 ZGB.

<sup>37</sup> BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 3 zu Art. 16.

<sup>38</sup> Aus der Rechtsprechung namentlich BGE 124 III 5, 7 f.; aus dem Schrifttum: ZGBKomm-PETERMANN, N. 5 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 7 zu Art. 16; ausführlich BK-BUCHER, N. 44 ff. zu Art. 16 ZGB; besonders für das Erbrecht WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.a.

zur Willensbildung (*Willensbildungsfähigkeit*), wozu ein Minimum an Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit, die realitätsbezogene Einschätzung der Folgen eines Geschäfts sowie die Fähigkeit zur Bildung nachvollziehbarer Motive des Willensentschlusses gehören<sup>39</sup>. Die Willensbildungsfähigkeit fehlt dann, wenn vernunftgemässes Abwägen und Denken gehindert oder gestört sind bzw. wenn kein vernünftiges Urteil hinsichtlich der rechtlichen Folgen des eigenen Verhaltens gebildet werden kann<sup>40</sup>.

Bezogen auf *Verfügungen von Todes wegen* bedeutet das Erfordernis der Willensbildungsfähigkeit, dass der Erblasser jedenfalls in groben Zügen über die Höhe und die Zusammensetzung seines Vermögens im Bild ist; ebenso muss er den Kreis der möglichen erbberechtigten Personen – d.h. gesetzliche Erben, weitere nahe Angehörige, Freunde – überblicken und deren Beziehung zu ihm kennen, denn nur so kann er entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Weise er vom gesetzlichen Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB) abweichen möchte. Weiter ist für die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit die Einsicht in den Zweck und die Wirkungen der Verfügung von Todes wegen vorauszusetzen<sup>41</sup>. Ganz allgemein muss dem Erblasser dasjenige Mass an Lebenserfahrung zukommen, „welches ihn befähigt, von den gegenwärtigen und – weil Verfügungen von Todes wegen erst dann wirksam werden – von den bei seinem Tode bestehenden Verhältnissen Vorstellungen zu entwickeln, die mit der allgemeinen Lebenserfahrung vereinbar sind, ihr nicht widersprechen“<sup>42</sup>. Vorauszusetzen ist mithin, dass der Verfügende seine Anordnungen von Todes wegen in den Kontext seiner Lebensumstände sowie seiner familiären und anderen Beziehungen zu setzen vermag<sup>43</sup>. Eigentliche Fach- bzw. Rechtskenntnisse sind demgegenüber nicht erforderlich, wohl aber die Einsicht, dass gegebenenfalls fachkundiger Rat einzuholen ist<sup>44</sup>.

### c) Willensumsetzungsfähigkeit (*voluntatives Element*)

Mit dem willensmässigen oder voluntativen Element der Urteilsfähigkeit – auch als Willens- bzw. Charakterelement bezeichnet – gemeint ist die *Willensumsetzungsfähigkeit*, d.h. die Fähigkeit, entsprechend der gewonnenen Erkenntnis vernunftgemäss und nach freiem, unbeeinflusstem Willen zu

handeln<sup>45</sup>. Ein Handeln nach unbeeinflusstem Willen fehlt dann, wenn eine Willensschwäche oder Beeinflussbarkeit das normale Mass überschreitet, die handelnde Person also nicht mehr fähig ist, Einflüsse Dritter abzuwehren und den eigenen Willensentschluss umzusetzen<sup>46</sup>.

Für *Verfügungen von Todes wegen* dürfte die Frage der Willensumsetzungsfähigkeit jedenfalls in der Tendenz von grösserer praktischer Bedeutung sein als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Denn die von Todes wegen verfügende Person – oft ein älterer Mensch – wird sich nicht selten mehr oder weniger direkt zum Ausdruck gebrachter Erwartungen von Erbanwärtern gegenüber gestellt sehen. Dass der Erblasser sich in Abhängigkeitsverhältnissen sieht oder gar Druckversuchen ausgesetzt wird, ist freilich keine neue Erscheinung, sondern hat sich auch früher schon zugetragen<sup>47</sup>. Nicht wenige ältere Menschen befinden sich in einem – im Einzelnen unterschiedlich ausgeprägten – Abhängigkeitsverhältnis, sei das zu Angehörigen oder sei das zu Pflegepersonal, Ärzten oder Rechtsberatern<sup>48</sup>. Grundsätzlich ist dazu allerdings festzuhalten, dass der Mensch in seinem Vermögen zum freien Handeln immer eingeschränkt ist, dies infolge sowohl äusserer Faktoren als auch innerer Schranken<sup>49</sup>. Das Bundesgericht hat denn in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass ein Abhängigkeitsverhältnis allein noch nicht eine Einschränkung der Urteilsfähigkeit bedeuten müsse<sup>50</sup>;

<sup>39</sup> Ausführlich HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.25 ff.; ZGBKomm-PETERMANN, N. 6 zu Art. 16 ZGB.

<sup>40</sup> ZK-EGGER, N. 5 zu Art. 16; ZGBKomm-PETERMANN, N. 6 zu Art. 16 ZGB. Vgl. auch BK-BUCHER, N. 44 zu Art. 16 ZGB; aus der Rechtsprechung BGE 77 II 97, 100.

<sup>41</sup> Zum Ganzen, bezogen auf die Testierfähigkeit, AEBI-MÜLLER, S. 7.

<sup>42</sup> BK-WEIMAR, N. 5 zu Art. 467 ZGB.

<sup>43</sup> AEBI-MÜLLER, S. 8, welche auch von einem erforderlichen „Blick fürs Ganze“ spricht.

<sup>44</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.26; AEBI-MÜLLER, S. 7 f.

<sup>45</sup> Aus der Rechtsprechung: BGE 117 II 231, 232; BGE 124 III 5, 7 f.; aus der Literatur: ZGBKomm-PETERMANN, N. 7 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 10 zu Art. 16; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.33; vgl. ausführlich BK-BUCHER, N. 62 ff. zu Art. 16 ZGB; für das Erbrecht namentlich WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3. a.

<sup>46</sup> BGE 124 III 5, 7 f.; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 12 zu Art. 16; ZGBKomm-PETERMANN, N. 7 zu Art. 16 ZGB; ZK-EGGER, N. 5 zu Art. 16; vgl. auch WIDMER BLUM, S. 40.

<sup>47</sup> Siehe dazu den auch heute noch instruktiven, zum früheren kantonalen Recht ergangenen BGE 39 II 190 ff., wo der Erblasser, ein Melker aus dem luzernischen Grosswangen, dem Bedachten, seinem Hausherrn, der mit ihm „giftig“ war, vorerst einen Betrag von CHF 600.– zuwenden wollte, worauf sich der bei der öffentlichen Testamenterrichtung anwesende Bedachte „unbefriedigt“ äusserte, so dass ihm der Erblasser CHF 4'000.– zusprach. Bei der Testamenterrichtung musste dem Erblasser bei der Anfertigung des seine Unterschrift ersetzenden Kreuzes geholfen werden, und in der Folge glaubte der Testator, zugunsten seines Hausherrn bloss CHF 600.– vermacht zu haben. Das Bundesgericht verneinte in der Folge „die Frage, ob ... [der Erblasser] handlungsfähig war, weil der Rechtsbegriff der Handlungsfähigkeit eine normale Widerstandsfähigkeit gegenüber Willensbeeinflussungen voraussetzt“ (BGE 39 II 200; Sperrschrift im Original, Bemerkung in eckigen Klammern hinzugefügt).

<sup>48</sup> Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 10, m.H. in Fn. 54 auf SCHWAB, S. 564. Siehe dazu auch den viel diskutierten BGE 132 III 305 ff.

<sup>49</sup> SCHWAB, S. 564.

<sup>50</sup> Zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER, S. 10.

es führt im Falle eines im Alter von 80 Jahren Witwer gewordenen Mannes, der auf eine Kontaktanzeige hin mit einer 41 Jahre jüngeren Frau eine „Partnerschaft im Sinne einer Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft, die bis zum Tod ... dauerte“<sup>51</sup>, einging, Folgendes aus: „Es bedeutet keine übermässige Abhängigkeit, wenn ältere Menschen in einer mehrjährigen Beziehung ausharren müssen, weil sie befürchten, in ihrem fortgeschrittenen Alter keinen oder nur mehr schwer einen neuen Partner zu finden, und ihre Widerstandsfähigkeit ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil es auch im Alter Lebenssituationen geben kann, in denen kein oder nur mehr ein beschränkter Handlungsspielraum besteht und man folglich für das, was man bekommen will, bezahlen muss, was gefordert wird.“<sup>52, 53</sup> Die von einer gesetzlichen Erbin erhobene Ungültigkeitsklage gegen die vom Erblasser vorgenommene testamentarische Bezeichnung der Partnerin zur Haupterin wies das Bundesgericht ab.

#### d) Zwischenergebnis

Urteilsfähig bezüglich eines Rechtsgeschäfts ist jemand, der seinen Willen vernünftig bilden und alsdann auch umsetzen kann, oder m.a.W., wer eine Situation vernünftig einschätzen und gemäss dieser Erkenntnis ohne Fremdbeeinflussung handeln kann<sup>54</sup>. Hinsichtlich des Kriteriums der Vernünftigkeit ist allerdings zu präzisieren: Für die Urteilsfähigkeit vorauszusetzen ist die Fähigkeit, seinen Willen vernünftig zu bilden, nicht aber zusätzlich, dass auch das konkret abgeschlossene Rechtsgeschäft „vernünftig“ wäre<sup>55</sup>. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit darf sich keinesfalls zu einer Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäfts entwickeln<sup>56</sup>. Denn auch eine urteilsfähige Person kann einmal einen „unvernünftigen“ Entscheid treffen, wie umgekehrt nicht jeder „vernünftige“ Akt Ausdruck des Vorliegens von Urteilsfähigkeit darstellt<sup>57</sup>. Die „Vernünftigkeit“ eines Rechtsgeschäftes kann deshalb nur als blosses Indiz für die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit dienen, und auch das nur dann, wenn im konkreten Fall Zweifel an der Urteilsfähigkeit angebracht sind<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> BGer 5A\_748/2008 vom 16. März 2009 A.

<sup>52</sup> BGer 5A\_748/2008 vom 16. März 2009 E. 4.5.

<sup>53</sup> Zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER, S. 10.

<sup>54</sup> Vgl. BSK-BREITSCHMID, N. 9 zu Art. 467/468.

<sup>55</sup> Siehe in diesem Sinne auch HOFER, Personenrecht, Rz. 10.32.

<sup>56</sup> BK-BUCHER, N. 83 zu Art. 16 ZGB; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.32; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 38 zu Art. 16; BSK-BREITSCHMID, N. 9 zu Art. 467/468 ZGB.

<sup>57</sup> Vgl. BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 38 zu Art. 16, m.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>58</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 17; BGE 117 II 231, 233; BK-BUCHER, N. 85 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 38 zu Art. 16.

## 2.3 Relativität der Urteilsfähigkeit

### a) Allgemeines

Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Urteilsfähigkeit relativ zu verstehen (sog. Relativität der Urteilsfähigkeit)<sup>59</sup>. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit einer Person hat in Bezug auf die konkrete *Handlung* einerseits<sup>60</sup> und den *Zeitpunkt* deren Vornahme andererseits<sup>61</sup> zu erfolgen<sup>62</sup>.

### b) Konkret in Frage stehende Handlung

Die Urteilsfähigkeit ist je nach Schwierigkeit und Tragweite der konkret in Frage stehenden Handlung zu beurteilen<sup>63</sup>. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die *Komplexität* des Rechtsgeschäfts und dessen *Auswirkungen*<sup>64</sup>, weiter auch Ausbildung und Berufsstand der betreffenden Person<sup>65</sup>. Für einfache Alltagsgeschäfte – wie gewöhnliche Einkäufe von Lebensmitteln oder das Bezahlen einer unbestrittenen Schuld für das Zeitungsabonnement – bestehen geringere Anforderungen, während für kompliziertere, folgenreichere Rechtsgeschäfte – wie etwa die Eingehung einer Bürgschaft, die Gründung einer Gesellschaft oder auch einen Grundstückskaufvertrag – höhere Voraussetzungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden<sup>66</sup>.

Innerhalb der *Verfügungen von Todes wegen* wird die Errichtung eines Testaments vom Bundesgericht allgemein „zu den eher anspruchsvolleren Geschäften“ gezählt, jedenfalls dann, „wenn komplizierte Anordnungen getroffen werden“<sup>67</sup>. Im Schrifttum wird auch der Ehe- und Erbvertrag als komplexere Handlung erachtet<sup>68</sup>. Im Einzelnen ist allerdings innerhalb der Verfügungen von Todes wegen wiederum zu differenzieren: So kann ein einfaches Testament auch von einer Person errichtet werden, die bezüglich

<sup>59</sup> BK-BUCHER, N. 87 ff. zu Art. 16 ZGB.

<sup>60</sup> Dazu II.2.3.b) sogleich.

<sup>61</sup> Dazu II.2.3.c) hienach.

<sup>62</sup> So die Rechtsprechung: BGE 124 III 5, 8; BGE 118 Ia 236, 238; BGE 117 II 231, 232. Vgl. ebenso aus der Literatur: ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 34 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.51. Siehe neuerdings auch AEBI-MÜLLER, S. 12 ff.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 8.

<sup>64</sup> HOFER, Personenrecht, Rz. 10.31. Vgl. auch BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 36 zu Art. 16.

<sup>65</sup> ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB.

<sup>66</sup> BK-BUCHER, N. 90-92 zu Art. 16 ZGB; ZK-ESCHER, N. 6 zu Art. 467 ZGB; ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 36 zu Art. 16; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.51 f.

<sup>67</sup> BGE 124 III 5, 8. Vgl. auch BGer 5C.282/2006 vom 2. Juli 2007 E. 2.1. Weiter WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.a.; ZK-ESCHER, N. 6 zu Art. 467 ZGB.

<sup>68</sup> BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 36 zu Art. 16.

komplexeren Anordnungen nicht urteilsfähig wäre<sup>69</sup>. Die entsprechende Differenzierung wird denn auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts anerkannt<sup>70</sup>; eine komplizierte Verfügung liegt dabei namentlich dann vor, „wenn sie auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruht und schwierig zu beurteilende Auswirkungen hat“<sup>71</sup>. Im zu beurteilenden Fall hat das Bundesgericht eine testamentarisch angeordnete Pflichtteilssetzung als einfache Anordnung bezeichnet<sup>72</sup>. In der Literatur ist weiter etwa die Einsetzung eines Willensvollstreckers oder die Anordnung bzw. Streichung eines Vermächnisses als weniger komplexe Regelung erachtet worden<sup>73</sup>. Demgegenüber dürften eine Vor- und Nacherbeneinsetzung oder die Anordnung einer Nutznießung zu den eher schwierigeren Inhalten einer Verfügung von Todes wegen zählen<sup>74</sup>. Bei entsprechend komplexen Verfügungen darf freilich vom Erblasser nicht verlangt werden, dass er alle von der Urkundsperson zur Realisierung seines Willens angewendeten Instrumente detailliert versteht; vorauszusetzen ist aber immerhin, dass er sich des konkreten Inhalts der Verfügung von Todes wegen bewusst ist<sup>75</sup>.

Nach dem Gesagten kann ein und dieselbe Person also zugleich urteilsfähig bezüglich einfacher, alltäglicher Geschäfte und urteilsunfähig bezüglich anspruchsvollerer Geschäfte sein<sup>76</sup>. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit ist deshalb stets *einzelfallbezogen*, mit Blick auf die handelnde Person und das konkret in Frage stehende Rechtsgeschäft, vorzunehmen<sup>77</sup>. Die Prüfung der

<sup>69</sup> Zutreffend BSK-BREITSCHMID, N. 13 zu Art. 467/468.

<sup>70</sup> BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.1: „Wohl ist ein Testament hinsichtlich seiner Tragweite im Vergleich zu einem sogenannten Alltagsgeschäft regelmässig anspruchsvoll, und der Erblasser wird es sich nicht leicht machen, zum Beispiel einen Erben auf den Pflichtteil zu setzen. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Erblasser seine Ziele durch eine komplexe oder einfache Verfügung anzustreben sucht.“

<sup>71</sup> BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.1, m.H. auf BK-BUCHER, N. 90 zu Art. 16 ZGB.

<sup>72</sup> BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.2: „Im Testament vom 8. September 1997 verfügte der Erblasser, dass sein Sohn (der Kläger) auf den Pflichtteil gesetzt werde und in bar abzufinden sei. Inhaltlich handelt es sich um eine einfache Anordnung, die nicht auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruht. Ihre Auswirkungen sind nicht schwierig zu beurteilen, wird doch im Testament ferner ausdrücklich festgehalten, dass der Sohn 3/8 und die Tochter (die Beklagte) 5/8 des Nachlasses erhalten sollen.“

<sup>73</sup> GUTZWILLER, S. 1227. Siehe zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER, S. 13.

<sup>74</sup> Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 13.

<sup>75</sup> PETERMANN, Rz. 145. Zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER, S. 13.

<sup>76</sup> ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.31; vgl. auch ZK-EGGER, N. 7 zu Art. 16 ZGB. Siehe ebenso für Testamente BSK-BREITSCHMID, N. 13 zu Art. 467/468 ZGB.

<sup>77</sup> ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.29; vgl. auch BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 35 zu Art. 16.

Urteilsfähigkeit hat somit immer auf das spezifisch vorliegende Thema fokussiert zu werden, gerade auch bei Verfügungen von Todes wegen<sup>78</sup>. Im Weiteren sollte beim Sonderfall der Ausübung höchstpersönlicher Rechte – unter Berücksichtigung der konkreten Schutzbedürfnisse – ein milderer Prüfmasstab angelegt werden, weil bei Urteilsunfähigkeit aufgrund der Unzulässigkeit der Vertretung kein Handeln mehr möglich wäre<sup>79</sup>.

### c) *Massgebender Zeitpunkt*

In zeitlicher Hinsicht ist entscheidend, dass die Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der *Vornahme des entsprechenden Rechtsgeschäfts* vorliegt; ob sie vorher oder nachher besteht, ist nicht von Bedeutung<sup>80</sup>. Weil es nur auf die Urteilsfähigkeit im Moment der Vornahme der Rechtshandlung ankommt, ist diese auch dann gültig, wenn sie eine grundsätzlich urteilsunfähige Person in einem luziden Augenblick vorgenommen hat<sup>81</sup>. Erfolgen *Willensbildung und -umsetzung* hinsichtlich eines Rechtsgeschäftes nicht unmittelbar miteinander, sondern *zeitlich gestaffelt* nacheinander – was regelmässig bei öffentlich beurkundeten Testamenten und Erbverträgen bzw. bei öffentlich beurkundeten Rechtsgeschäften überhaupt der Fall ist, aber auch bei eigenhändigen Testamenten vorkommen wird –, so ist Urteilsfähigkeit in *beiden Zeitpunkten* erforderlich. Das Bundesgericht verlangt für die öffentliche letztwillige Verfügung, dass Urteilsfähigkeit sowohl bei der Mitteilung des Willens des Testators an die Urkundsperson, im Rahmen der Beratung und der Belehrung – mithin im Vorverfahren der öffentlichen Beurkundung –, als auch in der Realisationsphase – d.h. während der Errichtung der öffentlichen Urkunde im Hauptverfahren, welches im Wesentlichen das Lesen (Rekognition) und die Genehmigung des Urkundeninhalts sowie die Zeugenbestätigung umfasst – notwendig sind<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> So zutreffend mit Bezug auf die gestützt auf Art. 467 i.V.m. Art. 501 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 468 i.V.m. Art. 512 ZGB vorzunehmende Prüfung durch Notar und Zeugen beim öffentlichen Testament und beim Erbvertrag GUTZWILLER, S. 1226. Wenn man diese Überlegung zu Ende denkt, bedeutete dies u.E., dass die Zeugen vom Inhalt der Verfügung von Todes wegen Kenntnis zu erhalten haben, denn nur so können sie eine wirklich auf den konkreten Inhalt des Rechtsgeschäfts bezogene Bestätigung über die Verfügungsfähigkeit abgeben. Bedenken dagegen bestehen insofern keine, als richtigerweise auch die Zeugen der notariatsrechtlichen Geheimhaltungspflicht (Art. 36 NG) unterstehen; vgl. KNB-PFAMMATTER, N. 19 zu Art. 36 NG, m.w.H.

<sup>79</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.52a.

<sup>80</sup> BGE 117 II 231, 232 f.; weiter BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.1; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 34 und 39 zu Art. 16; ZGBKomm-PETERMANN, N. 12 zu Art. 16 ZGB.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 124 III 5, 8 f.

<sup>82</sup> BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.2. Siehe so im Schrifttum auch BSK-BREITSCHMID, N. 12 zu Art. 467/468.

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist dabei in der Willensbildungsphase ein höheres Mass an Urteilsfähigkeit erforderlich als bei der Errichtung der Urkunde, wo die Urkundspartei gewissermassen nur noch die vom Notar nach ihrem Willen aufgesetzte Urkunde überprüfen müsse<sup>83</sup>. U.E. trifft diese pauschale bundesgerichtliche Auffassung nicht zu<sup>84</sup>. Vielmehr ist Urteilsfähigkeit in gleicher Weise auch für das Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung zu verlangen, denn erst dann – und nicht bereits im Vorverfahren, wo nicht selten noch gewisse Fragen offen bleiben und gegebenenfalls sogar mehrere alternative Varianten der Rechtsgeschäftsgestaltung erwogen werden, mithin der Inhalt des Rechtsgeschäfts häufig noch nicht definitiv feststeht – bringt der Erblasser seinen *animus testandi* zum Ausdruck. Im Weiteren stellt aus notariatsrechtlicher Sicht das Hauptverfahren das eigentliche Kernstück des gesamten Beurkundungsverfahrens dar<sup>85</sup>, in welchem namentlich die – gerade auch für Verfügungen von Todes wegen – ganz zentralen Elemente der Rekognition und der Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Urkundspartei stattfinden<sup>86</sup>.

## 2.4 Beweis der Urteils(un)fähigkeit

Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bildet die *Urteilsfähigkeit* die Regel und ist deshalb *zu vermuten*<sup>87</sup>. Folglich hat, wer Urteilsunfähigkeit geltend macht, diese für den fraglichen Zeitpunkt zu beweisen (Beweis des Gegenteils)<sup>88</sup>. Es gilt das Beweismass der sehr grossen Wahrscheinlichkeit,

dies namentlich bei einer verstorbenen Person, für welche ein absoluter Beweis naturgemäss unmöglich ist<sup>89</sup>.

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit und damit auch die Beweislast wird dann *umgekehrt*, wenn die allgemeine Lebenserfahrung – wie zum Beispiel bei Kindern, geistig behinderten oder entsprechend altersschwachen Personen – dazu führt, „dass die handelnde Person im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss“<sup>90</sup>. In solchen Ausnahmesituationen gilt alsdann die Vermutung der Urteilsunfähigkeit<sup>91</sup>. Für eine entsprechende Umkehr der Beweislast reichen allerdings bloss zeitweise Verwirrung, hohes Alter oder gesundheitliche Angeschlagenheit noch nicht. Es bedarf hierfür eines dauernden alters- oder krankheitsbedingten Abbaus der geistigen Fähigkeiten, wie er z.B. bei Alzheimer eintritt<sup>92</sup>. Ist auf solche Weise die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen, so muss die Gegenpartei – soll das Rechtsgeschäft gültig sein – den Beweis des Gegenteils<sup>93</sup> erbringen, „dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat“<sup>94</sup>. Möglich bleibt auch der Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis der grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit; dieser dürfte praktisch sogar im Vordergrund stehen<sup>95</sup>.

<sup>83</sup> BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.2: „Erfahrungsgemäss sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Rahmen der Beratung und damit der eigentlichen Willensbildungsphase ... höher als beim Beurkundungsvorgang, wo der Erblasser an sich nur mehr kontrolliert, was hier wenige Stunden zuvor abgemacht wurde, d.h. den vorbereiteten Entwurf selbst liest oder sich vorlesen lässt, darin seinen eigenen Willen wiedererkennt und ihn genehmigt ...“.

<sup>84</sup> Siehe auch schon die kritischen Anmerkungen zum Entscheid von HRUBESCH-MILLAUER, S. 245 f.

<sup>85</sup> KNB-WOLF, N. 3 zu Art. 46 NV, m.w.H.

<sup>86</sup> Dazu ausführlich KNB-WOLF, N. 11 ff. zu Art. 46 NV.

<sup>87</sup> BGE 124 III 5, 8; BK-KUMMER, N. 220 zu Art. 8 ZGB; ZGBKomm-PETERMANN, N. 14 zu Art. 16 ZGB; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 47 zu Art. 16; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.37; besonders für Verfügungen von Todes wegen WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.b.aa.

<sup>88</sup> BGE 124 III 5, 8. Aus dem Schrifttum: BK-KUMMER, N. 220 ff. zu Art. 8 ZGB; BK-UCHER, N. 125 zu Art. 16 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.54; BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 48 zu Art. 16; für das Erbrecht WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.b.bb.

<sup>89</sup> BGE 124 III 5, 8; vgl. auch BGer 5A\_748/2008 vom 16. März 2009 E. 5.2 und jüngstens BGer 5A\_647/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.3. Weiter aus der Literatur: WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.b.bb.; ZGBKomm-PETERMANN, N. 14 zu Art. 16 ZGB; zum Ganzen neuerdings BK-WALTER, N. 493 f. zu Art. 8 ZGB. Zum Beweismass vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325 f.; siehe dazu auch schon ZK-EGGER, N. 16 zu Art. 16 ZGB.

<sup>90</sup> BGE 124 III 5, 8 f.; ZGBKomm-PETERMANN, N. 14 zu Art. 16 ZGB; vgl. auch BK-UCHER, N. 130 zu Art. 16 ZGB.

<sup>91</sup> BK-WALTER, N. 495 zu Art. 8 ZGB.

<sup>92</sup> Vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.b.bb., m.H. auf die Rechtsprechung; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 06.54 f.

Dazu aus der Judikatur namentlich BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 2.2: „Die Beweislast wird nach der Rechtsprechung deshalb nur umgekehrt, wenn der Erblasser über einen längeren Zeitraum hinweg und nicht bloss in der Stunde der Testamenterrichtung als urteilsunfähig anzusehen war. Die Vermutung der Urteilsunfähigkeit betrifft Fälle, wo sich der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befand, wie er bei altersdementen Menschen notorisch ist ...“; jüngstens bestätigt in BGer 5A\_18/2012 vom 11. April 2012 E. 4.2.

<sup>93</sup> In BGE 124 III 5, 9, ist vom „Gegenbeweis“ die Rede; zutreffend u.E. aber BK-WALTER, N. 495 zu Art. 8 ZGB, wonach es um den „Beweis des Gegenteils, der Urteilsfähigkeit“, geht.

<sup>94</sup> BGE 124 III 5, 8 f. Vgl. auch BK-UCHER, N. 131 zu Art. 16 ZGB; ZK-EGGER, N. 16 zu Art. 16 ZGB.

<sup>95</sup> Vgl. so nun BK-WALTER, N. 495 zu Art. 8 ZGB.



Hinsichtlich der Beweiswürdigung hält das Bundesgericht in einem neusten Entscheid richtigerweise fest, entscheidend dafür sei eine *Gesamtbetrachtung des ganzen erhobenen Beweismaterials*<sup>96</sup>.

### 3. Folgen fehlender Geschäfts- bzw. Verfügungsfähigkeit

Gemäss nArt. 17 ZGB sind urteilsunfähige Personen, Minderjährige sowie Personen unter umfassender Beistandschaft handlungsunfähig. Für die konkreten Folgen der Handlungsunfähigkeit ist allerdings im Einzelnen danach zu differenzieren, welche ihrer Voraussetzungen nicht gegeben ist<sup>97</sup>. Fehlt die Urteilsfähigkeit, so kann die betroffene Person unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen<sup>98</sup> durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeiführen (Art. 18 ZGB): Vom *Urteilsunfähigen* vorgenommene *Rechtsgeschäfte unter Lebenden* sind regelmässig *nichtig*, und die Nichtigkeit ist jederzeit von Amtes wegen zu beachten<sup>99</sup>. Für *urteilsfähige*, aber nicht mündige bzw. *nicht volljährige* oder unter Vormundschaft bzw. *umfassender Beistandschaft* stehende Personen besteht eine sog. *beschränkte Handlungsunfähigkeit*<sup>100</sup>. Solche Personen vermögen durch ihr Handeln unter den Voraussetzungen von Art. 19 ZGB bzw. nArt. 19 ff. ZGB Rechtswirkungen herbeizuführen.<sup>101</sup>

Anders präsentieren sich die Rechtsfolgen einer von einem verfügungsunfähigen Erblasser errichteten *Verfügung von Todes wegen*. Fehlte es dem Erblasser bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrages an der Verfügungsfähigkeit (vgl. Art. 467 f. ZGB), so ist das entsprechende Rechtsgeschäft von Todes wegen mit der *Ungültigkeitsklage* anfechtbar (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)<sup>102</sup>. Dies gilt auch

<sup>96</sup> BGer 5A\_647/2011 vom 31. Mai 2012 E. 4.4.7.

<sup>97</sup> Vgl. auch HOFER, Personenrecht, Rz. 10.42.

<sup>98</sup> Zu solchen Ausnahmen, vgl. ZGBKomm-PETERMANN, N. 3 zu Art. 18 ZGB, und ZK-EGGER, N. 7 ff. zu Art. 18 ZGB.

<sup>99</sup> BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 38 zu Art. 12 ZGB und N. 44 zu Art. 16 ZGB; ZK-EGGER, N. 2 zu Art. 18 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.40; ZGBKomm-PETERMANN, N. 13 zu Art. 16 ZGB und N. 2 zu Art. 18 ZGB; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.43 f. Kritisch zum Nichtigkeitsdogma BK-BUCHER, N. 46 der Vorbemerkungen vor Art. 12-19 ZGB.

<sup>100</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.55; HOFER, Personenrecht, Rz. 10.42; ZGBKomm-PETERMANN, N. 1 zu Art. 19 ZGB.

<sup>101</sup> Vgl. ausführlicher zur Rechtsstellung des beschränkt Handlungsunfähigen im bisherigen Recht HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 07.55 ff., und für das neue Recht Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7095 f.; weiter HOFER, Personenrecht, Rz. 10.50 ff.

<sup>102</sup> Vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 IV.1. für die letztwillige Verfügung und § 11 IV.2.a. für den Erbvertrag.

dann, wenn die fehlende Verfügungsfähigkeit ihren Grund in der Urteilsunfähigkeit des Erblassers hat<sup>103</sup>. Von einem urteilsunfähigen Erblasser errichtete Verfügungen von Todes wegen sind mithin nicht nichtig, sondern – entsprechend einem allgemeinen erbrechtlichen Prinzip – nur innert gesetzlich vorgesehener Fristen anfechtbar (vgl. Art. 521 ZGB); vorbehalten bleibt allenfalls die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung der Ungültigkeit (Art. 521 Abs. 3 ZGB). Diese – von der für Rechtsgeschäfte unter Lebenden bestehenden Ordnung<sup>104</sup> abweichende – Regelung des Erbrechts hat ihren Grund in der Wahrung des Andenkens des Erblassers; dessen Anordnungen sollen deshalb wirksam sein, wenn sie nicht angefochten werden<sup>105</sup>.

## III. Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit

### 1. Einleitung

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit durch den Notar ist vorab auf den Grundsatz der Urkundspflicht hinzuweisen<sup>106</sup>. Alsdann wird auf Einzelheiten der Prüfungspflicht eingegangen<sup>107</sup>. Das konkrete Vorgehen des Notars ist anschliessend separat zu behandeln<sup>108</sup>.

### 2. Grundsatz der Urkundspflicht

Gemäss dem Grundsatz der *Urkundspflicht* (Art. 30 NG) ist der Notar verpflichtet, der Rogation zur Vornahme einer in seine Zuständigkeit fallenden Berufsfunktion Folge zu leisten<sup>109</sup>. Die Urkundspflicht stellt das Gegenstück dar zum Beurkundungsmonopol der Notare<sup>110</sup>. Mit ihrer

<sup>103</sup> Siehe auch HOFER, Personenrecht, Rz. 10.45, m.w.H. auf die entsprechende Regelung für die Eheungültigkeit (Art. 105 Ziff. 2 und Art. 107 Ziff. 1 i.V.m. Art. 109 Abs. 1 ZGB).

<sup>104</sup> Zu dieser soeben II.3. i.i.

<sup>105</sup> Vgl. dazu und allgemein zum erbrechtlichen Grundsatz der blossen Anfechtbarkeit mangelhafter Rechtsgeschäfte WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 16 I.1., m.w.H.

<sup>106</sup> III.2. sogleich.

<sup>107</sup> III.3. hienach.

<sup>108</sup> IV.

<sup>109</sup> Siehe dazu auch schon SANTSCHI, S. 6; MARTI, Notariatsprozess, S. 57 f.; WOLF/ZINGG, S. 729.

<sup>110</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 4 zu Art. 30 NG; weiter MARTI, Notariatsrecht, N. 1 zu Art. 25 aNG; RUF, Rz. 618.

Verankerung soll für Geschäfte, die der Gesetzgeber zwingend der öffentlichen Beurkundung unterstellt oder die nach dem Willen der Parteien in die Form der öffentlichen Urkunde zu kleiden sind (vgl. Art. 16 OR)<sup>111</sup>, der Zugang zur Erfüllung dieser Form gewährleistet werden<sup>112</sup>.

Die Urkundspflicht des Notars besteht – unabhängig von ihrer kantonalrechtlichen Verankerung in Art. 30 NG – bereits von *Bundesrechts wegen*. Sie ergibt sich schon verfassungsrechtlich aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) im Allgemeinen und aus dem Verbot der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV) im Besonderen.<sup>113</sup>

*Voraussetzungen* für das Entstehen der Urkundspflicht sind eine gültige Rogation (Art. 32 NV), die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Notars (Art. 20-22 NG) sowie das Fehlen von zwingenden oder fakultativen Ablehnungsgründen (Art. 31 ff. NG)<sup>114</sup>. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, darf der Notar die Beurkundung nicht ablehnen. Die Urkundspflicht bildet eine zwingende Verpflichtung des Notars, deren Verletzung nicht nur gegen die Berufspflicht verstösst, sondern – wie erwähnt – auch eine formelle Rechtsverweigerung bzw. eine Rechtsverzögerung darstellt<sup>115</sup>. Die Urkundspflicht gilt allerdings nur für die hauptberuflichen Aufgaben des Notars und nicht für seine nichthoheitlichen Tätigkeiten<sup>116</sup>.

Zu den das Entstehen der Urkundspflicht verhindernden Ausnahmen gehört der Umstand, dass bei der Beurkundung eine *offensichtlich nicht urteilsfähige Person* mitwirken soll (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG). Auf diesen hier interessierenden Tatbestand ist nun im Zusammenhang mit der Pflicht zur Prüfung der Handlungsfähigkeit<sup>117</sup> näher einzugehen.

### 3. Einzelheiten der Prüfungspflicht

#### 3.1 Vorbemerkungen

Die Pflicht zur Überprüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit gehört allgemein zu den Sorgfaltspflichten eines Notars<sup>118</sup>. Sie wird denn auch regelmässig in den kantonalen Beurkundungsrechten ausdrücklich als *notarielle Berufspflicht* statuiert<sup>119</sup>.

Für den Kanton Bern ergeben sich die entsprechenden Prüfungspflichten einerseits aus der bereits erwähnten Bestimmung des Art. 31 Abs. 1 lit. c NG<sup>120</sup>, wonach der Notar die Beurkundung abzulehnen hat, wenn daran eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll. Andererseits schreibt Art. 43 Abs. 1 NV für die Beurkundung von Willenserklärungen vor, dass der Notar die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu prüfen hat. Die entsprechende Prüfung gehört zu den sog. rechtspolizeilichen Pflichten des Notars<sup>121</sup>. Andere Kantone haben vergleichbare Bestimmungen<sup>122</sup>.

#### 3.2 Inhalt der Prüfung

##### a) Gegenstand

Der Notar hat bei der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Parteien zu prüfen (Art. 43 Abs. 1 NV). Gegenständlich bezieht sich die Prüfung somit auf *alle Elemente der Handlungsfähigkeit*<sup>123</sup>, d.h. auf die Urteilsfähigkeit, die Volljährigkeit und das Fehlen einer umfassenden Beistandschaft (vgl. Art. 17 ZGB, e contrario)<sup>124</sup>. Entsprechendes gilt für die Prüfpflicht bei Verfügungen von Todes

<sup>111</sup> Vgl. dazu KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 7 zu Art. 30 NG, m.w.H.

<sup>112</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 4 und 7 zu Art. 30 NG. Vgl. auch schon SANTSCHI, S. 7 und 8 f.; RUF, Rz. 615; WOLF/ZINGG, S. 729.

<sup>113</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 5 zu Art. 30 NG, m.w.H.

<sup>114</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 9 ff. zu Art. 30 NG; vgl. dazu auch RUF, Rz. 640 ff., und MOOSER, Rz. 145 ff.

<sup>115</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 14 f. zu Art. 30 NG; RUF, Rz. 619 ff.; MARTI, Notariatsrecht, N. 1 und 5 zu Art. 25a NG; WOLF/ZINGG, S. 729.

<sup>116</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 6 f. zu Art. 30 NG; RUF, Rz. 625; MARTI, Notariatsrecht, N. 4 zu Art. 25 aNG.

<sup>117</sup> III.3. sogleich.

<sup>118</sup> Siehe auch SCHMID, S. 28; weiter STEINER, S. 237.

<sup>119</sup> Vgl. dazu mit Hinweisen BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 989, mit Fn. 231-233, MOOSER, Rz. 187, STEINER, S. 237, mit Fn. 12; weiter auch schon WOLF, Prüfung, S. 69.

<sup>120</sup> III.2. soeben.

<sup>121</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 20 zu Art. 31 NG; KNB-WOLF, N. 11 zu Art. 43 NV; je m.w.H.

<sup>122</sup> Vgl. etwa den Art. 31 Abs. 1 lit. c NG entsprechenden Art. 62 Ziff. 1 NG TI: „Il notaio deve rifiutare il suo ministero quando: ... le circostanze gli facciano sorgere un dubbio fondato sulla capacità civile delle persone fisiche o rappresentanti di quelle giuridiche che a lui si presentano per contrarre“; sodann die Art. 43 Abs. 1 NV entsprechenden Bestimmungen: § 32 Abs. 1 Notariatsordnung AG; § 30 Abs. 1 Notariatsgesetz BS; Art. 24 Abs. 1 Gesetz über das Notariat FR; § 14 Abs. 1 Notariatsverordnung ZH. Siehe auch die weiteren Hinweise auf kantonalrechtliche Regelungen bei den in Fn. 119 erwähnten Autoren.

<sup>123</sup> Zu diesen II. hievor.

<sup>124</sup> Für Besonderheiten bei Vertretungsverhältnissen III.3.2.b) sogleich.



wegen; sie erfasst *alle Voraussetzungen der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit*<sup>125</sup>, d.h. Urteilsfähigkeit, zurückgelegtes 18. Altersjahr sowie – jedenfalls für den Erbvertrag und dem Grundsatz nach – das Fehlen einer umfassenden Beistandschaft (Art. 467 f. ZGB).

#### b) Personeller Umfang

Zu prüfen ist die Handlungsfähigkeit der *Urkundsparteien* (Art. 43 Abs. 1 NV) bzw. der *mitwirkenden Personen* (Art. 503 Abs. 1 ZGB für Verfügungen von Todes wegen). Auch der Ablehnungstatbestand des Art. 31 Abs. 1 lit. c NG erfasst einzig die Urkundsparteien<sup>126</sup>. Urkundsparteien sind diejenigen Personen, die in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lassen (Art. 31 Abs. 1 NV).

Bei *Verfügungen von Todes wegen* ist infolge des Grundsatzes der formellen Höchstpersönlichkeit jede *Vertretung des Erblassers ausgeschlossen*, so dass diesbezüglich immer nur die Verfügungsfähigkeit der von Todes wegen verfügenden Person in Frage steht und zu prüfen ist<sup>127</sup>. Für *Rechtsgeschäfte unter Lebenden* ist dagegen zu differenzieren: Nimmt die Vertragspartei selber an der öffentlichen Beurkundung teil, ist deren Handlungsfähigkeit – soweit diese vom Privatrecht verlangt wird – zu prüfen. Lässt sich dagegen die Vertragspartei bei der Beurkundung vertreten, hat der Notar – wiederum entsprechend den privatrechtlichen Grundsätzen – vorab eine Prüfung jedenfalls der Urteilsfähigkeit des *Vertreters* vorzunehmen<sup>128</sup>. Weiter hat der Notar im Rahmen der Prüfung der Vertretungsbefugnis – aufgrund seiner Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG i.V.m Art. 43 Abs. 1 NV) und entsprechend den sich aus der zivilrechtlichen Ausgangslage ergebenden Erfordernissen – auch die Handlungsfähigkeit des *Vertretenen* abzuklären; tut er dies nicht selber, hat er grundsätzlich immer – und auf jeden Fall dann, wenn Zweifel an der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers bestehen<sup>129</sup> – eine Vollmacht mit Unterschriftsbeglaubigung und Bescheinigung der Handlungsfähigkeit des Vertretenen zu verlangen<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Siehe dazu namentlich II.1.c) hievori.

<sup>126</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 18 zu Art. 31 NG.

<sup>127</sup> Daneben selbstverständlich auch zu prüfen ist die Handlungsfähigkeit der weiteren mitwirkenden Personen i.S.v. Art. 503 Abs. 1 ZGB.

<sup>128</sup> Vgl. zum Ganzen KNB-WOLF, N. 12 zu Art. 43 NV.

<sup>129</sup> In diesem Sinne BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 987.

<sup>130</sup> So zutreffend RUF, Rz. 698 und 1403; vgl. zum Ganzen KNB-WOLF, N. 14 zu Art. 43 NV. Kritisch zu dieser bernischen Regelung indessen MOOSER, Rz. 197.

#### c) Vorgehensweise

Darauf, wie der Notar bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit im Einzelnen vorzugehen hat, ist nachfolgend separat noch näher einzugehen<sup>131</sup>.

### 3.3 Kognition der Urkundsperson

Die Prüfung der Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit durch den Notar stellt eine im Rahmen des zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörenden Verfahrens der öffentlichen Beurkundung stattfindende *vorläufige Abklärung* dar, welche zwar zu seinen Berufspflichten gehört, der aber kein abschliessender Charakter zukommt<sup>132</sup>. Ist in Bezug auf eine Urkundspartei die Handlungsfähigkeit umstritten, so ist zu deren Beurteilung ausschliesslich der *Zivilrichter* zuständig<sup>133</sup>. Dieser kann – im Gegensatz zur Urkundsperson – im Rahmen des Zivilprozesses ein Beweisverfahren durchführen, dabei die zur umfassenden Klärung des Sachverhaltes erforderlichen Beweismittel erheben, und er allein ist befugt, anschliessend – unter Berücksichtigung der Beweislast (Art. 8 ZGB) – autoritativ über die Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit zu entscheiden<sup>134</sup>. Dieser *Aufgabentrennung* zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit bzw. der im Justizsystem vorgenommenen Rollenverteilung zwischen Zivilrichter und Urkundsperson entspricht die *Beschränkung der Kognition des Notars auf die Offensichtlichkeit* der Urteilsunfähigkeit: Nur wenn eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll, darf der Notar die Beurkundung verweigern (Art. 31 Abs. 1 lit.c NG)<sup>135</sup>. Die Prüfungspflicht des Notars hinsichtlich der Urteils- und der Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit insgesamt besteht somit bloss in einer *beschränkten Ermittlungspflicht*<sup>136</sup>. In der Regel darf der Notar vom Bestehen der Handlungsfähigkeit der Parteien ausgehen; nur bei Zweifeln hat er weitere Abklärungen vorzunehmen, wobei dafür allerdings schon der geringste Zweifel genügt<sup>137</sup>. Im Einzelfall ist der

<sup>131</sup> IV. hienach.

<sup>132</sup> Siehe STEINER, S. 237.

<sup>133</sup> WOLF, Prüfung, S. 70. Vgl. auch BK-UCHER, N. 139 zu Art. 16 ZGB; STEINER, S. 237.

<sup>134</sup> Vgl. WOLF, Prüfung, S. 70.

<sup>135</sup> Siehe entsprechend für den in Art. 31 Abs. 1 lit. b NG geregelten Fall der Rechts- oder Sittenwidrigkeit WOLF/ZINGG, S. 736 f.

<sup>136</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 986; WOLF, Prüfung, S. 69; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 21 zu Art. 31 NG.

<sup>137</sup> Urteil der Notariatskammer des Kantons Bern vom 6. November 1990, S. 249 ff., 254 f. Siehe auch WOLF, Prüfung, S. 69.

Umfang der Prüfung der Handlungsfähigkeit nach dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* festzulegen<sup>138</sup>.

### 3.4 Weiteres Vorgehen

Ergibt die dargestellte<sup>139</sup>, beschränkte Prüfung des Notars, dass die Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei offensichtlich nicht vorliegt, so ist die Beurkundung abzulehnen (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c NG)<sup>140</sup>.

Bei fehlender Volljährigkeit oder Vorliegen einer die Handlungsfähigkeit beschränkenden oder entziehenden erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme ist die Beurkundung nicht automatisch abzulehnen, sondern es ist mit Blick auf nArt. 19 ff. ZGB die Urteilsfähigkeit (nArt. 16 ZGB) zu prüfen. Ergibt sich dabei, dass die *Partei offensichtlich urteilsunfähig* ist, so ist die *Beurkundung zu verweigern* (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG). In *allen anderen Fällen* ist die *Beurkundung vorzunehmen*, denn das Zivilrecht sieht für urteilsfähige, handlungsunfähige Personen die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter vor (nArt. 19 ff. ZGB, insbesondere nArt. 19a Abs. 1 ZGB). Der Notar hat dabei aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG) die Parteien über die Rechtslage zu orientieren, d.h. auf das Erfordernis der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter und den bis dahin bestehenden Schwebzustand dieses sog. hinkenden Rechtsgeschäfts hinzuweisen<sup>141</sup>.

Ist das Vorhandensein der Urteilsfähigkeit ungewiss<sup>142</sup>, so bestehen im Einzelnen unterschiedliche Regelungen und Ansichten darüber, ob der Notar die Beurkundung ebenfalls abzulehnen hat oder sie mit entsprechend ergänztem Beurkundungsverbal oder aber vorbehaltlos durchführen soll. § 20 Abs. 2 der Notariatsverordnung Zürich sieht diesbezüglich vor, dass in Zweifelsfällen die Beurkundung vorzunehmen ist und die Bedenken in einen Vorbehalt in der Urkunde aufzunehmen sind<sup>143</sup>. Ähnlich besteht im deutschen Notariatsrecht gemäss § 11, 17 Abs. 2 und 28 BeurkG sogar eine Pflicht des Notars, Wahrnehmungen und Zweifel über die Geschäftsfähigkeit eines

Testators in die Urkunde aufzunehmen<sup>144</sup>. U.E. ist indessen eine *Beurkundung mit entsprechendem Vorbehalt abzulehnen*, weil sie von vornherein über die auf die Offensichtlichkeit der Urteilsunfähigkeit beschränkte Kognition des Notars hinausgeht. Dieser darf nach Art. 31 Abs. 1 lit. c NG die Beurkundung – im Sinne einer Ausnahme von der Urkundspflicht<sup>145, 146</sup> – nur dann verweigern, wenn die mitwirkende Person offensichtlich nicht urteilsfähig ist. In allen anderen Fällen – mithin immer bei nicht offensichtlich gegebener Urteilsunfähigkeit – besteht keine Ausnahme von der Urkundspflicht (Art. 30 NG); der Notar hat die Beurkundung vorzunehmen, und zwar – da gesetzlich nicht vorgesehen – ohne Vorbehalt hinsichtlich der Urteilsfähigkeit. Diese Regelung entspricht auch der Stellung von bzw. der Rollenverteilung zwischen Notar und Zivilrichter im Justizsystem<sup>147</sup>. Eine Beurkundung unter Vorbehalt der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit widerspricht der dargestellten gesetzlichen Ordnung; zudem schafft ein solches Vorgehen Rechtsunsicherheit, was dem Zweck der öffentlichen Beurkundung zuwiderläuft, und es begünstigt von vornherein – allenfalls auch völlig unbegründete – Ungültigkeitsklagen<sup>148</sup>.

## 4. Hinweis: Neue Meldepflicht (nArt. 397a OR)

Im Auftragsrecht wird eine *neue Pflicht des Beauftragten* verankert, welche dem Schutz des Hilfsbedürftigen dienen soll<sup>149</sup>. Danach muss der Beauftragte, wenn der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird, die *Erwachsenenschutzbehörde* am Wohnsitz des Auftraggebers *benachrichtigen*, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint (nArt. 397a OR). Die Meldepflicht erfasst grundsätzlich – nach dem Gesetzestext – jeden Beauftragten, mithin an sich auch den Notar, wenn dieser nebenberuflich in einem entsprechenden Vertragsverhältnis tätig ist. Die einzelnen Modalitäten dieser privatrechtlichen Benachrichtigungspflicht bleiben allerdings zu klären. Auf den öffentlich-rechtlich geregelten Hauptberuf des Notars – mithin auf die öffentliche Beurkundung als solche – ist nArt. 397a OR nicht unmittelbar anwendbar.

<sup>138</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 994; RUF, Rz. 490 und 1030; WOLF, Prüfung, S. 69; MOOSER, Rz. 188.

<sup>139</sup> III.3.3. soeben.

<sup>140</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 21 zu Art. 31 NG; MOOSER, Rz. 188; RUF, Rz. 695; STEINER, S. 239; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1002.

<sup>141</sup> Zum Ganzen KNB-WOLF, N. 13 zu Art. 43 NV; vgl. weiter MARTI, Notariatsrecht, N. 8 zu Art. 13 aND; RUF, Rz. 700 und 1397.

<sup>142</sup> Ist die Urteilsunfähigkeit offensichtlich nicht gegeben, ist die Beurkundung nach dem soeben Gesagten zu verweigern (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).

<sup>143</sup> STEINER, S. 239, mit Fn. 39; CARLEN, S. 90 f.

<sup>144</sup> LICHTENWIMMER, S. 240; ZIMMERMANN, S. 100.

<sup>145</sup> So die Marginalie zu Art. 31 NG.

<sup>146</sup> Zur Urkundspflicht vgl. III.2. hievor.

<sup>147</sup> Dazu schon IV.3.3. hievor.

<sup>148</sup> Zutreffend MOOSER, Rz. 188 i.f.; wie hier ebenfalls STEINER, S. 239. Vgl. ähnlich auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 1003.

<sup>149</sup> Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7112.

## IV. Zum Vorgehen des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit

### 1. Zum Vorgehen allgemein

Der Notar darf grundsätzlich – in Einklang mit der entsprechenden zivilrechtlichen *Vermutung*<sup>150</sup> – davon ausgehen, dass die Parteien *handlungs- bzw. urteilsfähig* sind<sup>151</sup>. Hat der Notar allerdings *Zweifel*<sup>152, 153</sup>, darf er die Beurkundung nicht vornehmen, bevor er jene mittels geeigneter *Vorkehren* beseitigt hat<sup>154</sup>. Die Beurkundung ist mithin aufzuschieben, bis die im Einzelfall angezeigt erscheinenden Abklärungen getroffen worden sind<sup>155</sup>. Der Umfang der Prüfung und die dafür konkret zu verwendenden Mittel<sup>156</sup> sind wiederum im Einzelfall nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit festzulegen<sup>157</sup>. Im Rahmen der Feststellung der Handlungsfähigkeit hat der Notar deren einzelne Elemente zu prüfen, d.h. die Volljährigkeit, das Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen und die Urteilsfähigkeit<sup>158</sup>. Die Prüfung dieser einzelnen Voraussetzungen erweist sich als unterschiedlich schwierig.

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass *juristische Personen* zwar nicht urteilsfähig i.S.v. Art. 16 ZGB sind, aber Handlungsfähigkeit gemäss Art. 54 ZGB aufweisen, sobald die nach Gesetz und Statuten dafür unentbehrlichen Organe bestellt sind<sup>159</sup>. Der Notar hat die Handlungsfähigkeit juristischer Personen anhand des *Handelsregisterauszugs* zu prüfen<sup>160</sup>.

<sup>150</sup> Dazu II.2.4. hievov.

<sup>151</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 986 ff., insbesondere Rz. 992 und 995; MOOSER, Rz. 188; KNB-WOLF, N. 21 zu Art. 31 NG; STEINER, S. 237.

<sup>152</sup> Solche können sich etwa ergeben infolge jugendlichen Aussehens, verdächtigen oder ungewöhnlichen Verhaltens oder eines früheren Aufenthalts in einer psychiatrischen Klinik; vgl. SANTSCI, S. 88; RUF, Rz. 697.

<sup>153</sup> Es genügen bereits geringste Zweifel; vgl. so Urteil der Notariatskammer des Kantons Bern vom 6. November 1990, in: BN 1994 S. 249 ff., S. 254 f.

<sup>154</sup> MOOSER, Rz. 188; vgl. auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993.

<sup>155</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 999; WOLF, Prüfung, S. 69; KNB-WOLF, N. 16 zu Art. 43 NV.

<sup>156</sup> Zu den einzelnen Mitteln der Feststellung IV.2. sogleich, insbesondere IV.2.b).

<sup>157</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 994; RUF, Rz. 1030; WOLF, Prüfung, S. 69.

<sup>158</sup> Zu diesen Elementen der Handlungsfähigkeit schon II. hievov.

<sup>159</sup> Siehe ausführlich zur Handlungsfähigkeit juristischer Personen HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 17.67 ff., und HOFER, Personenrecht, Rz. 14.13 ff.

<sup>160</sup> SANTSCI, S. 89.

## 2. Prüfung der einzelnen Elemente

### 2.1 Volljährigkeit bzw. Zurücklegung des 18. Altersjahrs

Die Volljährigkeit bzw. die Zurücklegung des 18. Altersjahrs (Art. 13 f. ZGB bzw. Art. 467 f. ZGB) lässt sich mittels einfacher *Ausweiskontrolle* feststellen<sup>161</sup>. Eine solche ist bereits für die vom Notar ebenfalls vorzunehmende Feststellung der Identität der Parteien (Art. 43 Abs. 1 NV) regelmässig angezeigt<sup>162</sup>. Die Prüfung bietet keinerlei Schwierigkeiten<sup>163</sup>.

### 2.2 Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen

Das Vorliegen oder Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen (nArt. 360 ff. ZGB, insbesondere behördlicher Massnahmen gemäss nArt. 388 ff. ZGB) kann durch die Beibringung eines *Handlungsfähigkeitszeugnisses* über die betreffende Partei geklärt werden<sup>164</sup>. Der Notar kann ein solches Zeugnis nicht direkt einholen, sondern muss den Klienten dazu anhalten, der es seinerseits bei der Erwachsenenschutzbehörde verlangen kann<sup>165</sup>. Das Handlungsfähigkeitszeugnis enthält eine Bestätigung der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde, dass in Bezug auf die betroffene Person keine erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen vorliegen<sup>166</sup>. Das Zeugnis wird allerdings im Rahmen einer bloss formalen Prüfung innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgestellt<sup>167</sup>. Entsprechend ist sein Beweiswert beschränkt. Es darf aus dem Fehlen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen nicht ohne weiteres auf das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit geschlossen werden; im Zusammenhang mit dem Verfassen eines Testaments ist sogar davon auszugehen, dass nicht wenige Erblasser, die dafür als urteilsunfähig betrachtet werden müssen, nicht durch eine erwachsenenschutzrechtliche Vorkehr in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt worden sind<sup>168</sup>. Hinsichtlich der Urteilsfähigkeit in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft lässt sich deshalb aus einem Handlungsfähigkeitszeugnis allein kein definitiver Schluss ziehen.

<sup>161</sup> MARTI, Notariatsrecht, N. 4 zu Art. 13 aND; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 991.

<sup>162</sup> Vgl. KNB-WOLF, N. 6 und 8 zu Art. 43 NV, m.w.H.

<sup>163</sup> Siehe schon WOLF, Prüfung, S. 67; weiter HOFER, Personenrecht, Rz. 10.17.

<sup>164</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993. Siehe auch KNB-WOLF, N. 16 zu Art. 43 NV.

<sup>165</sup> Siehe auch BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 42 zu Art. 12 ZGB.

<sup>166</sup> Siehe BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993, Fn. 237.

<sup>167</sup> Vgl. BSK-BIGLER-EGGENBERGER, N. 42 zu Art. 12 ZGB.

<sup>168</sup> AEBI-MÜLLER, S. 24.

Die Beibringung des Handlungsfähigkeitszeugnisses ist ohne grossen Aufwand möglich. Bei entsprechenden Zweifeln an der Handlungsfähigkeit wird aber der Notar in der Regel bereits vorher ein vertieftes Gespräch<sup>169</sup> mit der Partei führen<sup>170</sup>.

## 2.3 Urteilsfähigkeit

### a) Einleitende Bemerkungen

Im Vergleich mit der Prüfung der Volljährigkeit und des Fehlens erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen gestaltet sich die Ermittlung der Urteilsfähigkeit für den Notar als wesentlich schwieriger<sup>171</sup>. Die Urteilsfähigkeit lässt sich letztlich nie mit absoluter Sicherheit bejahen oder verneinen<sup>172</sup>.

Eine *allgemein feststehende Vorgehensweise* für den Notar *gibt es nicht*<sup>173</sup>, sondern es ist eine einzelfallabhängige Beurteilung vorzunehmen. Bei der Prüfung hat man sich – im Sinne allgemeiner Leitlinien – namentlich der beiden Elemente der *Willensbildungsfähigkeit* und der *Willensumsetzungsfähigkeit* bewusst zu sein<sup>174</sup>. Zu prüfen ist somit nicht nur die intellektuelle Seite, sondern auch die voluntative, d.h. die Möglichkeit der Beeinflussung der Partei durch andere Personen. Zu berücksichtigen ist auch die *Relativität der Urteilsfähigkeit*<sup>175</sup>. Die Urteilsfähigkeit muss zeitlich im Moment sowohl der Willensbildung als auch der Errichtung des Rechtsgeschäftes vorliegen<sup>176</sup>.

Für den Notar ergeben sich Schwierigkeiten allenfalls daraus, dass er in aller Regel keine medizinische Ausbildung genossen hat. Dem Nicht-Mediziner wird bei Verdacht der Urteilsunfähigkeit im Grunde nur ein vorabklärendes Tätigwerden im Sinne eines Ausschlussverfahrens möglich sein<sup>177</sup>. Nicht einfach gestaltet sich die Beurteilung der Urteilsfähigkeit auch dann, wenn der Notar die Parteien nicht kennt und sie nur kurz sieht; diesfalls wird es ihm „kaum möglich sein, zwischen einem urteilsfähigen „komischen Kauz“ und einer in ihren geistigen Fähigkeiten ernsthaft beeinträchtigten Person zu unterscheiden“<sup>178</sup>. Auch aus diesen Überlegungen erweist es sich als richtig,

dass das Notariatsrecht dem Notar keine umfassende oder gar abschliessende Prüfung der Urteilsfähigkeit der Parteien auferlegt, sondern dass er nur im Rahmen einer zumutbaren summarischen Prüfung die *offensichtliche Urteilsunfähigkeit auszuschliessen hat*<sup>179, 180</sup>.

Die Prüfung der Urteilsfähigkeit einer Partei stellt für den Notar eine heikle *Gratwanderung* dar, welche mit viel Fingerspitzengefühl vorzunehmen ist<sup>181</sup>. Der Klient wird dafür regelmässig wenig Verständnis aufbringen. Das gilt bereits für ein persönliches Gespräch mit dem Klienten und erst recht für die Veranlassung von Arztzeugnissen oder gar psychiatrischen Gutachten. Allerdings liegt es offensichtlich *auch im Interesse der Urkundspartei und namentlich eines Erblassers*, dass das zu beurkundende *Rechtsgeschäft* bzw. sein letzter Wille *unangefochten vollzogen* werden kann<sup>182</sup>. Der Notar kann und soll deshalb seinen Klienten ohne weiteres auf die Gefahr eines allenfalls wegen umstrittener Urteilsfähigkeit drohenden Anfechtungsprozesses hinweisen. Bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit ergibt sich u.E. namentlich aus der Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG) und auch aus der Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG), dass der Notar die Parteien darüber zu orientieren und anschliessend *die geeigneten Vorkehren zum Ausschluss oder jedenfalls zur Minimierung des Ungültigkeitsrisikos zu ergreifen hat*<sup>183</sup>. Mit Blick auf das eben erwähnte Interesse auch der Urkundspartei an einer möglichst reibungslosen Realisierung ihres rechtsgeschäftlichen Willens ist bei der Abklärung der Urteilsfähigkeit ein *partnerschaftliches Vorgehen* des Notars zusammen mit seinem Klienten angebracht. Der Notar hat nicht als Untersuchungsperson, sondern als Urkundsperson aufzutreten, und er hat die *Beweise der abgeklärten und bejahten Urteilsfähigkeit* rein vorsorglich mit Blick auf einen gegebenenfalls drohenden, nachträglichen Ungültigkeitsprozess – der sich gegen das Rechtsgeschäft der Klientschaft richtet – zu *sichern*. Eine solche, auf Partnerschaft beruhende Vorgehensweise ist umso mehr angezeigt, als der Notar bei der Abklärung auf die Mitwirkung seines Klienten angewiesen ist, er diesen etwa nicht zwangsweise medizinischen Tests u.ä. unterziehen kann.

<sup>169</sup> Näher zum Gespräch IV.2.3.b)aa) hienach.

<sup>170</sup> So auch die Reihenfolge bei BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 998 f., und KNB-WOLF, N. 16 zu Art. 43 NV.

<sup>171</sup> Siehe schon WOLF, Prüfung, S. 67.

<sup>172</sup> So auch PETERMANN, Rz. 163: „Eine absolute Sicherheit gibt es nie.“

<sup>173</sup> Vgl. schon WOLF, Prüfung, S. 69.

<sup>174</sup> Dazu II.2.2. hievor.

<sup>175</sup> Dazu II.2.3. hievor.

<sup>176</sup> II.2.3.c) hievor.

<sup>177</sup> PETERMANN, Rz. 379.

<sup>178</sup> AEBI-MÜLLER, S. 25.

<sup>179</sup> Siehe auch MARTI, Notariatsrecht, N. 2 zu Art. 26 aNG; weiter PETERMANN, Rz. 379.

<sup>180</sup> Zur Kognition des Notars III.3.3. hievor.

<sup>181</sup> WOLF, Prüfung, S. 69, Fn. 65. Siehe dazu auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 995.

<sup>182</sup> PETERMANN, Rz. 160 ff. Vgl. weiter AEBI-MÜLLER, S. 26.

<sup>183</sup> Gl.M. – unter Hinweis auf BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 7.3 – AEBI-MÜLLER, S. 26 f., wonach es bei objektiven Hinweisen auf eine Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit „eine klare Verletzung der Sorgfaltspflichten der Urkundsperson“ wäre, „nicht für entsprechende Klärung zu sorgen“.

Nachfolgend<sup>184</sup> sind nun die dem Notar zur Verfügung stehenden Mittel zur Prüfung der Urteilsfähigkeit zu erläutern.

b) *Die einzelnen Möglichkeiten zur Feststellung der Urteilsfähigkeit*

aa) Gespräch

Zunächst wird der Notar mit der Partei ein Gespräch führen und so versuchen, die Zweifel an der Urteilsfähigkeit auszuräumen<sup>185</sup>. Es handelt sich dabei um die am wenigsten aufwendige Methode, kann doch ein solches vertieftes, persönliches Gespräch ohne weiteres im Rahmen eines Termins vor der Beurkundung stattfinden. Dabei sind der Partei *gezielte Fragen* zu stellen, damit sich der Notar ein Bild vom Geisteszustand der Person machen kann und sich vergewissern kann, dass diese die Tragweite des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts und seine Auswirkungen versteht<sup>186</sup>. Das Gespräch hat grundsätzlich ohne weitere Personen – z.B. ohne den die Partei begleitenden Ehegatten – stattzufinden, um eine Einflussnahme zu vermeiden<sup>187</sup>.

Je nach angestrebtem Rechtsgeschäft – so namentlich bei Verfügungen von Todes wegen – soll der Notar versuchen, sich einen *Überblick* über das persönliche Umfeld der Parteien und besonders des Testators sowie gegebenenfalls über deren Weltanschauung und deren religiöse bzw. politische Ansichten zu verschaffen<sup>188</sup>. Der Klient ist somit zu seinem familiären und sozialen Umfeld, zur konkreten persönlichen Lebenssituation, zu den Überlegungen für das beabsichtigte Rechtsgeschäft und gegebenenfalls zu den ihn wirtschaftlich oder persönlich unterstützenden Personen zu befragen<sup>189</sup>. Der äusserliche Zustand der Klientschaft und der Inhalt ihrer Erklärungen sind in einer Gesamtwürdigung mitzubersichtigen<sup>190</sup>. Bei letztwilligen Verfügungen kann es weiter hilfreich sein, frühere Verfügungen beizuziehen, damit bei allfälligen erheblichen Änderungen nach dem Grund gefragt werden kann<sup>191</sup>. Will der Testator massive Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge oder von früheren Verfügungen vornehmen, ohne nachvollziehbare Gründe dafür anführen zu können, ist Zurückhaltung angezeigt, dies vor allem dann, wenn eine

Abhängigkeit gegenüber zu begünstigenden Personen zu erkennen ist<sup>192</sup>. Immer im Einverständnis mit dem Klienten kann es sich im Einzelfall auch als sinnvoll erweisen, Bezugspersonen zu befragen; besonders heikel wird solches aber dann, wenn diese Personen – etwa als gesetzliche Erben oder als Begünstigte aus einer früheren oder einer erst noch zu errichtenden Verfügung – ein eigenes erbrechtliches Interesse aufweisen<sup>193</sup>.

Über das mit der Urkundspartei geführte Gespräch und dessen Ergebnisse hat der Notar das Wesentliche erfassende Handnotizen zu erstellen und abzulegen<sup>194</sup>.

Allenfalls lässt sich das persönliche Gespräch mit einem einfach und schnell durchführbaren Screening-Test verbinden; grundsätzlich ist dafür u.E. allerdings ein Fachmann geeigneter als die Urkundsperson, dies auch dann, wenn entsprechende Testverfahren – jedenfalls im Sinne eines Ausschlussverfahrens bezüglich der Urteilsunfähigkeit – auch Nicht-Medizinern zugänglich sein sollen<sup>195</sup>.

bb) Tests (Screening-Verfahren)

Je nach Situation kann es angezeigt sein, mit der Partei einen Test durchzuführen. In Deutschland haben STOPPE und LICHTENWIMMER im Jahr 2005 aus interdisziplinärer Sicht vorgeschlagen, „in der Psychologie und der Medizin entwickelte sog. Screeningverfahren in die notarielle Praxis zu integrieren“<sup>196</sup>. *Screening-Verfahren* erlauben es „auf einfache und zuverlässige Art ..., zwischen bezüglich der Fragestellung positiven und negativen Fällen zu unterscheiden“, und ihre Verwendung „führt nachgewiesenermassen zu einer besseren Erkennung vieler Krankheiten“<sup>197</sup>. Screening-Verfahren sollen den „Notaren die Feststellung der Testierfähigkeit bei Hochaltrigen erleichtern“<sup>198</sup>. Die Durchführung entsprechender Tests – wie namentlich dem sog. Mini-Mental-Status-Test<sup>199</sup> – bedarf keiner besonderen medizinischer Fachkenntnisse und lässt sich in der Regel innert zehn Minuten vornehmen<sup>200</sup>. Ob der Notar – immer im Einverständnis mit dem Klienten – die Tests selber vornehmen oder dafür einen Experten

<sup>184</sup> IV.2.3.b) sogleich.

<sup>185</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993; MOOSER, Rz. 188 S. 82; STEINER, S. 238; WOLF, Prüfung, S. 69; KNB-WOLF, N. 16 zu Art. 43 NV.

<sup>186</sup> Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 998; STEINER, S. 238. Siehe für die konkrete Fragestellung bei einem Testament in diesem Band MONSCH, VIII.2.

<sup>187</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 998.

<sup>188</sup> STEINER, S. 238.

<sup>189</sup> AEBI-MÜLLER, S. 26.

<sup>190</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 2401.

<sup>191</sup> STEINER, S. 238. Vgl. auch AEBI-MÜLLER, S. 26.

<sup>192</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 2401.

<sup>193</sup> AEBI-MÜLLER, S. 26.

<sup>194</sup> AEBI-MÜLLER, S. 26.

<sup>195</sup> Vgl. dazu PETERMANN, Rz. 378 f. und 390; näher zu Screening-Tests sogleich IV.2.3.b)bb).

<sup>196</sup> STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806.

<sup>197</sup> STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 807. Vgl. auch PETERMANN, Rz. 388.

<sup>198</sup> STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806.

<sup>199</sup> Zu diesem STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 810 f., und PETERMANN, Rz. 392 f.

<sup>200</sup> STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806.

beziehen will, ist an sich im Einzelfall zu entscheiden; vorzuziehen ist das zweite<sup>201</sup>. Hinsichtlich des Beweiswerts hat BREITSCHMID festgehalten, dass ein im Moment der Testamenterrichtung durchgeführter Mini-Mental-Status-Test meist aussagekräftiger ist als die Zeugenerklärung bei öffentlich beurkundeten Verfügungen von Todes wegen<sup>202</sup>.

Der Vorschlag von STOPPE/LICHTENWIMMER zugunsten von Screening-Verfahren ist in Deutschland indessen auch auf *Kritik* gestossen. So hat MÜLLER ausgeführt, damit würde dem Notar etwas abverlangt, was er in der Regel nicht leisten könne, und man gehe damit weit über das hinaus, was vom Notar bisher im Rahmen der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen verlangt worden sei<sup>203</sup>.

U.E. ist ein entsprechender Screening-Test<sup>204</sup> wenn immer möglich durch eine entsprechend ausgebildete, damit vertraute *Fachperson* vornehmen zu lassen<sup>205</sup>, dies auch dann, wenn der Test ebenfalls durch einen Laien – wie dem Notar – durchgeführt werden könnte<sup>206</sup>. Einem durch eine Fachperson vorgenommenen, die Urteilsfähigkeit bejahenden Test dürfte u.E. in einem allfälligen Anfechtungsprozess beweismässig durchaus Gewicht zukommen<sup>207</sup>, dies auch dann, wenn die Urteilsfähigkeit letztlich einen juristisch zu beurteilenden Aspekt darstellt und der Zivilrichter dabei nicht an medizinische Tests und Gutachten gebunden ist<sup>208</sup>.

### cc) Zeugnisse und Gutachten

Bestehen nach einem Gespräch mit der Partei und einem zusätzlich durchgeführten Screening-Testverfahren<sup>209</sup> weiterhin Zweifel an der

Urteilsfähigkeit<sup>210</sup>, so ist die Klientschaft dazu anzuhalten, ein *Arztzeugnis* oder – bei erheblichen Zweifeln – ein *psychiatrisches oder sonstiges Experten-Gutachten* beizubringen; die Beurkundung ist bis zum Vorliegen des Zeugnisses bzw. Gutachtens aufzuschieben<sup>211</sup>. Der Notar darf die Zeugnisse und Gutachten nicht selber einholen, weil er im Rahmen der öffentlichen Beurkundung als einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Beweisverfahren durchführen kann; er ist deshalb auf die Beibringung durch den Klienten angewiesen<sup>212</sup>. Das Arztzeugnis wird am ehesten beim Hausarzt eingeholt, der die Partei und deren Krankengeschichte kennt<sup>213</sup>. Das Zeugnis kann alsdann als Beilage zur öffentlichen Urkunde genommen werden<sup>214</sup>; allenfalls ist in der kantonalen Regelung sogar die Möglichkeit eines Hinweises in der öffentlichen Urkunde vorgesehen<sup>215</sup>. Auf ein psychiatrisches oder sonstiges Experten-Gutachten ist demgegenüber nur ausnahmsweise abzustellen, würde solches doch den Zugang zur öffentlichen Beurkundung erheblich erschweren und regelmässig beim betroffenen Klienten auf wenig Verständnis stossen<sup>216, 217</sup>.

Dass vom Notar die Beibringung eines Arztzeugnisses oder gar eines Expertengutachtens veranlasst und dieses zur Beilage der Urschrift gemacht wird, legt zwar offen, dass bei ihm einige Zweifel über die Urteilsfähigkeit der Partei bestanden haben; zugleich wird damit aber nachgewiesen, dass der Notar nähere Abklärungen getroffen und sich über die Urteilsfähigkeit

<sup>201</sup> Dazu näher sogleich IV.2.3.b)bb) i.f. Gemäss BRÜCKNER, Rz. 2420, obliegt es der Urkundsperson, „die erforderlichen Tests anzustellen oder anstellen zu lassen“.

<sup>202</sup> BSK-BREITSCHMID, N. 12 zu Art. 467/468 ZGB, i.f.; vgl. auch schon BREITSCHMID, S. 72, Fn. 15.

<sup>203</sup> MÜLLER, S. 325 f.

<sup>204</sup> Vgl. für die einzelnen Arten von Screening-Testverfahren namentlich PETERMANN, Rz. 388 ff., m.w.H.; sodann auch STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 807 ff., insbesondere S. 809 ff. Siehe dazu weiter in diesem Band MONSCH, IV.1.

<sup>205</sup> So im vorliegenden Band auch MONSCH, VIII.2.

<sup>206</sup> Dazu weiter schon IV.2.3.b)aa) i.f. soeben, m.H. auf PETERMANN, Rz. 378 f. und 390.

<sup>207</sup> Einzüräumen bleibt, dass entsprechende Testverfahren zwar nicht in erster Linie für die Prüfung der Urteilsfähigkeit bei Rechtsgeschäften entwickelt worden; siehe AEBI-MÜLLER, S. 19, m.w.H. Dennoch bilden sie u.E. ein Indiz für oder gegen die Urteilsfähigkeit.

<sup>208</sup> Dazu II.2.1. hievor.

<sup>209</sup> Zu diesen beiden Mitteln IV.2.3.b)aa) und bb) soeben.

<sup>210</sup> Gemäss PETERMANN, Rz. 391, erscheint eine vertiefte psychiatrische Abklärung als nicht indiziert, wenn der Test im Screening-Verfahren nichts anzeigt und auch sonst keine objektiven Anhaltspunkte bestehen, an der Urteilsfähigkeit zu zweifeln.

<sup>211</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993 und 999; WOLF, Prüfung, S. 69; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 22 zu Art. 31 NG. Vgl. auch STEINER, S. 238.

<sup>212</sup> WOLF, Prüfung, S. 69. Vgl. auch RUF, Rz. 695.

<sup>213</sup> STEINER, S. 238.

<sup>214</sup> STEINER, S. 238.

<sup>215</sup> Vgl. Art. 62 Abs. 4 NG Tessin, wonach der Notar ein Arztzeugnis veranlassen und in der öffentlichen Urkunde einen Hinweis machen kann: „...; se lo reputa necessario, il notaio può fare intervenire un medico che attesti la capacità mentale di un comparente facendone menzione nell’atto“.

Siehe zu einem solchen Vorgehen jüngstens BGer 5A\_647/2011 vom 31. Mai 2012 A., wo ein am Tage der Beurkundung des Erbvertrages ausgestelltes Arztzeugnis als Beilage zur Urkunde genommen worden ist.

<sup>216</sup> STEINER, S. 238.

<sup>217</sup> Siehe allerdings die Bedenken gegen den Hausarzt und den Experten bei AEBI-MÜLLER, S. 26, wonach sich der Hausarzt kaum mit einem „Negativ“-Zeugnis das Vertrauen seines Patienten verspielen möchte, während der diesbezüglich zwar neutralere Experte seinerseits die Testergebnisse und die Erklärungen des Patienten weniger gut in eine Gesamtperspektive einzuordnen in der Lage sein wird.

vergewissert hat<sup>218</sup>. Das Bundesgericht hat in einem neusten Entscheid zu Recht eine Würdigung der Bemühungen des Notars in diesem Sinne vorgenommen<sup>219</sup>. Mit einem entsprechenden Vorgehen lässt sich somit allenfalls eine Anfechtung verhindern oder doch wenigstens auf die Beweislastverteilung in einem Anfechtungsprozess Einfluss nehmen; namentlich dürften diesfalls erhöhte Anforderungen an eine Vermutung der Urteilsunfähigkeit gestellt werden<sup>220</sup>.

#### dd) Beizug geeigneter Zeugen

Bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen haben – neben der Urkundsperson – auch zwei Zeugen die Verfügungsfähigkeit des Erblassers zu bestätigen (Art. 501 Abs. 2 ZGB). Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit einer Partei, empfiehlt es sich, *medizinisch geschulte Personen* – wie den behandelnden Arzt oder die Krankenschwester, welche den Testator über längere Zeit betreuen und ihn kennen – als Zeugen für die Beurkundung beizuziehen<sup>221, 222</sup>. Diese Lösung bietet sich namentlich dann ohne grossen Zusatzaufwand an, wenn die Beurkundung in einem Spital oder einem Altersheim stattfindet<sup>223</sup>. Aber auch sonst erscheint es mit Blick auf die Herstellung von möglichst grosser Rechtssicherheit in Zweifelsfällen als angezeigt, Angehörige von Medizinalberufen als Zeugen beizuziehen. Mit einem solchen Vorgehen lässt sich nämlich die Beweislage hinsichtlich der Urteilsfähigkeit im Blick auf einen möglichen späteren Anfechtungsprozess

<sup>218</sup> Entsprechendes gilt an sich auch für einen Screening-Test, der als Beilage zur öffentlichen Urkunde genommen wird, aber doch in weniger weitgehendem Masse, und noch weniger gilt es für das Gespräch und dazu angefertigte Handnotizen.

<sup>219</sup> Zu Vorhalten, wonach der Notar mit der Einholung eines als Beilage zum Erbvertrag genommenen Arztzeugnisses gerade zeige, er hätte bemerkt, dass „etwas nicht stimme“, hält das höchste Gericht zutreffend fest, entsprechende Besorgnis des Notars sei ebenfalls mit der üblichen beruflichen Vorsicht einer Urkundsperson leicht erklärbar und gegenteilige Behauptungen erwiesen sich als pure Spekulationen; vgl. BGer 5A\_647/2011 vom 31. Mai 2012 E. 5.4.2: „Secondo i ricorrenti, il fatto stesso che il notaio Q. abbia sentito la necessità di far allestire un certificato medico da allegare al contratto successorio dimostra che egli abbia notato che «qualcosa non andava». Ma la preoccupazione del notaio è altrettanto facilmente spiegabile con la normale prudenza professionale del pubblico ufficiale. L'obiezione, fondata su pure speculazioni, è dunque manifestamente appellatoria e come tale inammissibile.“

<sup>220</sup> Zum Ganzen STEINER, S. 238.

<sup>221</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 993, Fn. 238, Rz. 2400 und 2420; STEINAUER, S. 105; STEINER, S. 239; WOLF/GENNA, SPR IV/1, § 11 II.3.b.bb.

<sup>222</sup> Dies wird in § 133 Abs. 2 Notariatsverordnung Zürich sogar ausdrücklich so angeordnet: „Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit des Testators ... ist anzustreben, dass ein Arzt als Beurkundungszeuge beigezogen wird.“

<sup>223</sup> STEINER, S. 239.

u.U. erheblich verbessern<sup>224</sup>. Gemäss BREITSCHMID hängt der Stellenwert der Zeugen „wesentlich davon ab, wie gut die Zeugen den Erblasser kannten und zugleich wie objektiv und versiert sie sind bzw. wie weit sie überhaupt die konkret geltend gemachten Defizite zu beurteilen vermochten“<sup>225</sup>. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist der Zivilrichter zwar weder an die Bescheinigung der Handlungsfähigkeit durch den Notar noch an die Bestätigung der Verfügungsfähigkeit durch die Zeugen gebunden<sup>226</sup>. Die entsprechenden Feststellungen bilden aber immerhin ein Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit<sup>227</sup>. Nach dem Bundesgericht „ist dieses Indiz umso gewichtiger, wenn die Wahrnehmung über den Zustand der Urteilsfähigkeit vom behandelnden Arzt oder der betreuenden Krankenschwester stammt“<sup>228</sup>.

## V. Schluss

Der Notar ist verpflichtet, bei der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Parteien zu prüfen (Art. 43 Abs. 1 NV). Dabei darf er – entsprechend der zivilrechtlichen Vermutung – *davon ausgehen, dass die Handlungs- und damit auch die Urteilsfähigkeit gegeben sind*. Wenn allerdings Zweifel bestehen, sind darüber *nähere Abklärungen* zu treffen. Eine allgemein gültige Vorgehensweise dafür gibt es nicht. Der Notar wird im Einzelfall und namentlich auch im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips prüfen müssen, welche Vorkehren er zur näheren Prüfung der Handlungsfähigkeit der Parteien ergreifen will. Im Verhältnis zu seinem Klienten stellen Massnahmen zur näheren Abklärung der Handlungsfähigkeit eine heikle Gratwanderung dar. Es empfiehlt sich, dem Klienten gegenüber zu betonen, dass die Massnahmen in seinem eigenen Interesse ergriffen werden und der *Beweissicherung* zwecks vorsorglicher Verhinderung von langwierigen und kostspieligen Anfechtungsprozessen bzw. Herbeiführung deren grösstmöglicher Erfolglosigkeit dienen. Das Erfordernis einer entsprechenden Orientierung und Beratung der Parteien lässt sich durchaus aus der Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG) und auch der Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG) der Urkundsperson ableiten. Naturgemäss wird auch jede Partei selbst daran interessiert sein, dass ihre in öffentlicher Urkunde abgegebenen Erklärungen uneingeschränkt realisiert werden können, so dass der Notar diesbezüglich auf Verständnis beim Klienten stossen dürfte. Die Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit erfolgt dabei nicht abschliessend, sondern nur prima

<sup>224</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 2400.

<sup>225</sup> BSK-BREITSCHMID, N. 12 zu Art. 467/468 ZGB.

<sup>226</sup> BGE 117 II 231 ff., 234, 238; 124 III 5, 9. Dazu auch BK-WOLF, N. 51 zu Art. 9 ZGB.

<sup>227</sup> BGE 124 III 9.

<sup>228</sup> BGer 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 7.1.

facie. Mit Blick auf den Entscheid über die Vornahme oder Nichtvornahme der Beurkundung ist die Kognition auf den Rahmen eines Offensichtlichkeitsmassstabes beschränkt. Der Notar darf demgemäss die Beurkundung nur dann ablehnen, wenn die Urteilsunfähigkeit einer mitwirkenden Person offensichtlich ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG). In allen anderen Fällen hat er als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Beurkundung vorzunehmen, und zwar ohne Vorbehalt. Ist die Handlungs- und namentlich die Urteilsfähigkeit strittig, so ist zu ihrer abschliessenden autoritativen Beurteilung ausschliesslich der Zivilrichter im Rahmen eines Zivilprozesses zuständig.