INSTITUT FÜR NOTARIATSRECHT UND NOTARIELLE PRAXIS
INR 29

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, namentlich aus der notariellen Praxis

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 24./25. April 2024

Stämpfli Verlag

UNIVERSITÄT BERN

© Stämpfli Verlag AG Bern

INR 29 Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, namentlich aus der notariellen Praxis

© Stämpfli Verlag AG Bern

Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Fragen rund um die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit, namentlich aus der notariellen Praxis

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 24./25. April 2024

Beiträge von
PD Dr. med. Dr. phil. Manuel Trachsel/
Prof. Dr. med. Dr. phil. Nikola Biller-Andorno
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf/BLaw Tim Krebs
Prof. (tit.) Dr. iur. Yvo Biderbost

Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2024
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2258-0

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
E-Book ISBN 978-3-7272-2309-9

printed in
switzerland

FSC
www.fsc.org
MIX
Papier | Fördert gute Waldnutzung
FSC® C016087

© Stämpfli Verlag AG Bern

Handlungsfähigkeit und namentlich Urteilsfähigkeit sowie deren Prüfung durch den Notar

STEPHAN WOLF*/TIM KREBS**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 24
Materialienverzeichnis 29
I. Einleitung 30
II. Handlungsfähigkeit und erbrechtliche Verfügungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit 32
A. Handlungsfähigkeit und erbrechtliche Verfügungsfähigkeit im Allgemeinen 32
1. Handlungsfähigkeit 32
a) Inhalt und Allgemeines 32
b) Gliederung in Teilfähigkeiten 33
c) Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit 33
2. Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit 35
a) Allgemeines 35
b) Testierfähigkeit 35
c) Erbvertragsfähigkeit 36
aa) Allgemeines 36
bb) Insbesondere Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 ZGB) 36
cc) Nicht von Todes wegen verfügende Erbvertragsgegenpartei 38

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

** BLaw, Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Der vorliegende Beitrag beruht auf dem sich mit denselben Fragen befassenden Aufsatz STEPHAN WOLF/ANNA LEA SETZ, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, INR Bd. 13, Bern 2012, S. 23 ff. Verschiedene Passagen sind daraus übernommen worden ohne Setzung in Anführungszeichen, aber unter jeweiligem Hinweis in den Fussnoten.

Die Verfasser danken Herrn Rechtsanwalt und Notar Alex Kipfer, Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, sowie Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Yannick Minnig, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, für die kritische Durchsicht des Textes.

© Stämpfli Verlag AG Bern

B. Insbesondere Urteilsfähigkeit 39
1. Allgemeines 39
2. Die zwei Elemente der Urteilsfähigkeit 41
a) Vorbemerkung 41
b) Willensbildungsfähigkeit (intellektuelles Element) 41
aa) Im Allgemeinen 41
bb) Insbesondere bei Verfügungen von Todes wegen 42
c) Willensumsetzungsfähigkeit (voluntatives Element) 43
aa) Im Allgemeinen 43
bb) Insbesondere bei Verfügungen von Todes wegen 44
3. Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln 47
4. Relativität der Urteilsfähigkeit 49
a) Einleitende Bemerkung 49
b) Konkret in Frage stehende Handlung (sachliche Relativität) 49
aa) Komplexität sowie Tragweite und Auswirkungen des Geschäfts 49
bb) Insbesondere Verfügungen von Todes wegen 50
cc) Zwischenergebnis 52
c) Massgebender Zeitpunkt (zeitliche Relativität) 54
5. «Alles-oder-Nichts-Prinzip» vs. Konzept der abgestuften Verfügungsfähigkeit 56
6. Beweis der Urteils(un)fähigkeit 58
C. Folgen der fehlenden Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit 61
III. Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit im Beurkundungsverfahren 62
A. Einleitende Bemerkungen 62
B. Rechtsgrundlagen der Prüfungspflicht 62
1. Einleitung 62
2. Pflicht zur Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien 63
3. Pflicht zur Ablehnung der Rogation bei Mitwirkung einer offensichtlich urteilsunfähigen Person (Ausnahme von der Urkundspflicht) 64
C. Einzelheiten der Prüfungspflicht 65
1. Einleitende Bemerkungen 65
2. Inhalt der Prüfung 65
a) Gegenstand 65
b) Personeller Umfang 66
3. Kognition der Urkundsperson und Umfang der Ermittlungspflicht 67
4. Vorgehen des Notars je nach Ergebnis der Prüfung 68

 © Stämpfli Verlag AG Bern

IV. Zur Vorgehensweise des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit und zu den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln ... 70
A. Allgemeines ... 70
B. Prüfung der einzelnen Elemente ... 71
1. Volljährigkeit bzw. Zurücklegung des 18. Altersjahrs ... 71
2. Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen ... 72
a) Einholen eines Handlungsfähigkeitszeugnisses ... 72
b) Beschränkte Aussagekraft des Handlungsfähigkeitszeugnisses ... 73
3. Vorliegen der Urteilsfähigkeit ... 74
C. Insbesondere die Prüfung der Urteilsfähigkeit ... 75
1. Anzeichen einer möglicherweise vorliegenden Urteilsunfähigkeit ... 75
2. Zum Vorgehen der Urkundsperson im Allgemeinen ... 76
a) Keine allgemein feststehende Vorgehensweise ... 76
b) Situationsbezogenes, einzelfallabhängiges und verhältnismässiges Vorgehen ... 77
c) Bewusstsein des fehlenden medizinischen Fachwissens ... 77
d) Vorgehen unter partnerschaftlichem Einbezug der betroffenen Person ... 78
3. Die einzelnen Mittel zur Feststellung der Urteilsfähigkeit. 80
a) Persönliches Gespräch ... 80
aa) Allgemeines ... 80
bb) Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für Gespräch und Beurkundung ... 80
cc) Gezieltes Fragen ... 81
dd) Grundsatz der Durchführung des Gesprächs ohne Anwesenheit von Begleitpersonen ... 82
ee) Zum Inhalt des Gesprächs ... 82
ff) Dokumentation des Gesprächs ... 83
b) Informationen seitens nahestehender Personen ... 84
c) Tests (Screening-Verfahren) ... 84
d) Arztzeugnisse und Gutachten ... 87
e) Beizug geeigneter Zeugen ... 91
f) Dokumentation der getroffenen Vorkehren durch den Notar ... 94
g) Bedeutung des Zeugnisses des Notars ... 95
V. Schluss ... 96

© Stämpfli Verlag AG Bern

Literaturverzeichnis

ABT DANIEL, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2002

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung, 5. Auflage, Basel 2023 (zit. PraxKomm-AUTOR/IN)

AEBI-MÜLLER REGINA E., Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012, S. 4 ff.

ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457–640 ZGB, 4. Auflage, Zürich 2023 (zit. CHK ZGB-AUTOR/IN)

BICHSEL MARTIN, Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson, successio 2017, S. 284 ff.

BIRI ALEXANDER, Testierfähigkeit und deren Beweis – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Bd. 17, Zürich 2016

BREITSCHMID PETER, Erbrechtliche Fragen alterstypischer Familienkonstellationen – Erbrecht als Teil des Altersrechts – erbrechtliche Fragen des Alters, AJP 2009, S. 1427 ff.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000 (zit. BRÜCKNER, Personenrecht)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)

BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS/PESENTI FRANCESCA, Die erbrechtlichen Klagen, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2022

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), DIKE Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Art. 1–196 ZPO, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. DIKE-Komm-AUTOR/IN)

BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, Bern 2017 (zit. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER)

 © Stämpfli Verlag AG Bern

BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), Kommentar zum Familienrecht, Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm ESR-AUTOR/IN)

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-AUTOR/IN)

CORDING CLEMENS/FOERSTER KLAUS, Psychopathologische Kurztests durch den Notar – ein im Grundsatz verfehlter Vorschlag, 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. 329 ff.

EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar, Personenrecht, Art. 1–89 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1930 (zit. ZK ZGB-EGGER)

ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Erbrecht, Art. 457–536 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1959 (zit. ZK ZGB-ESCHER)

FENNER DAGMAR, Was ist Vernunft?, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit 2018, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, IRP Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2019, S. 105 ff.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Auflage, Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR/IN)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-AUTOR/IN)

GERBER SIMONE, Die Komplexität der Urteils(un)fähigkeit, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Vorsorgeauftrag, Le mandat pour cause d'inaptitude, Zürich/Genf 2023, S. 287 ff.

GROS SARAH, La capacité de discernement et l'activité notariale, RNRF 2022, S. 133 ff.

GUTZWILLER PETER MAX, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, AJP 2008, S. 1223 ff. (zit. GUTZWILLER, Substanz)

GUTZWILLER PETER MAX, Zur Feststellung der Urteilsunfähigkeit, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, IRP Bd. 90, St. Gallen 2014, S. 121 ff. (zit. GUTZWILLER, Feststellung)

© Stämpfli Verlag AG Bern

HÄFELI CHRISTOPH/ROSCH DANIEL, Berner Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Die behördlichen Massnahmen, Art. 388–425 ZGB, Bern 2023 (zit. BK ZGB-HÄFELI)

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2020

HOFER SIBYLLE, Grundkurs Personenrecht, 2. Auflage, Basel 2023

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, K. und L. (Beschwerdeführer) gegen B. (Beschwerdegegnerin) betreffend Testamentsungültigkeit, AJP 2010, S. 241 ff.

JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit. ZK ZGB-JUNGO)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-AUTOR/IN)

LAIMER SIMON, Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, RabelsZ 2013, S. 555 ff.

MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983

MEIER PHILIPPE, Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et système des curatelles, RNRF 2013, S. 73 ff.

MONSCH ANDREAS U., Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, INR Bd. 13, Bern 2012, S. 1 ff.

MOOSER MICHEL, La responsabilité du notaire en relation avec le nouveau droit de la protection de l'adulte, RNRF 2013, S. 161 ff. (zit. MOOSER, responsabilité)

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Auflage, Bern 2014 (zit. MOOSER, droit notarial)

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

 © Stämpfli Verlag AG Bern

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. CR CC II- AUTOR/IN)

RENZ NICO, Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung, Diss. Zürich, Zürich 2020

RINER-THOMMEN EVELYNE, Der Vorsorgeauftrag – Die Selbstbestimmung im Fokus, in: Lüthi David/Christen Remo/Hasler Patrick/von Rohr Christian Rudolf (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband Solothurnischer Notare, Solothurn 2022, S. 51 ff.

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Auflage, Basel 2015 (zit. ESRKomm-AUTOR/IN)

RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995

SACHS JOSEF/BARP MIRO, Die Urteilsfähigkeit aus medizinischer Sicht, Pflegerecht 2018, S. 109 ff.

SCHMID HERMANN, Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. SCHMID H.)

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 2006, S. 561 ff.

SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil. Basel, Zürich 2017

SOMMER SARA, Testierfähigkeit von Demenzkranken, AJP 2020, S. 491 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. (zit. STEINAUER, procédure)

STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2. Auflage, Bern 2015 (zit. STEINAUER, successions)

STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014

© Stämpfli Verlag AG Bern

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.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Auflage, Zürich 2023

TUR WITOLD/PETERMANN FRANK TH., Relativität von Entscheidungen, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit 2018, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, IRP Bd. 110, Zürich/St. Gallen 2019, S. 135 ff.

Verband bernischer Notare (Hrsg.), Musterurkunden, Langenthal 1981 ff., mit alljährlichen Nachlieferungen (zit. Musterurkunde VbN Nr.)

VON WERDT NICOLAS, Prüfung der Urteilsfähigkeit des Testators durch den Notar – insbesondere im Zusammenhang mit Alzheimer-Demenz, in: Schweizer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2013, S. 15 ff.

VOSER PETER, Testierung im Altersheim, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, Referate der Tagung vom 31. Oktober 2012 in Zürich, IRP Bd. 90, St. Gallen 2014, S. 205 ff.

WALTER HANS PETER, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 8 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-WALTER)

WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Das Erbrecht, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK ZGB-WEIMAR)

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2010

WOLF STEPHAN, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-WOLF)

WOLF STEPHAN, Der Vorsorgeauftrag – insbesondere Grundlagen und Inhalt, mit Berücksichtigung notarieller Aspekte, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Vorsorgeauftrag, Zürich/Genf 2023, S. 1 ff. (zit. WOLF, Vorsorgeauftrag)

WOLF STEPHAN, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 2010, S. 73 ff. (zit. WOLF, Erwachsenenschutz)

 © Stämpfli Verlag AG Bern

WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, INR Bd. 8, Bern 2009 (zit. KNB-AUTOR/IN)

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/BALLMER BARBARA, Erbunwürdigkeit durch Unterlassen, BGE 132 III 305 ff., recht 2007, S. 40 ff.

WOLF STEPHAN/DORJEE-GOOD ANDREA, Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, INR Bd. 27, Bern 2022, S. 1 ff.

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Erbrecht, Bd. IV/1, Basel 2012

WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. Auflage, Bern 2020

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, INR Bd. 13, Bern 2012, S. 23 ff.

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.

Materialienverzeichnis

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

© Stämpfli Verlag AG Bern

I. Einleitung

Die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Menschen durch seinen Willen setzt als unentbehrliche Grundlage seine Befähigung zur Selbstbestimmung voraus.[1] Zentrales Erfordernis für den wirksamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts bildet dementsprechend die Handlungsfähigkeit der beteiligten Personen (Art. 12 ff. ZGB) bzw. für Verfügungen von Todes wegen die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (Art. 467 f. ZGB).[2] Unter den verschiedenen einzelnen Voraussetzungen der Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit[3] steht die Urteilsfähigkeit – als die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB)[4] – im Vordergrund.[5]

Infolge der gestiegenen Lebenserwartung der Menschen und der damit einhergehenden Zunahme der Gruppe von Personen im betagten oder hochbetagten Alter hat das Thema der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit und der in diesem Zustande abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zugenommen. Diese allgemeine Erscheinung findet ihren Niederschlag besonders im Kontext von Verfügungen von Todes wegen, die regelmässig erst im höheren Alter errichtet oder abgeändert werden.[6] Seit geraumer Zeit hat sich auch das Bundesgericht nicht selten mit Fragen der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit zu befassen und dabei verschiedentlich – und auch bei öffentlich beurkundeten Verfügungen von Todes wegen[7] – auf Verfügungsunfähigkeit erkannt.[8]

Mit der soeben angesprochenen gestiegenen Lebenserwartung nimmt auch die Anzahl demenzkranker Menschen zu. Im Jahr 2023 lebten in der Schweiz schätzungsweise gegen 153'000 Menschen mit Demenz. Dabei kommen jährlich etwa 32'900 Neuerkrankungen hinzu.[9] [10] Für das Jahr 2050 wird mit mehr

---

1 LAIMER, S. 556, m. w. H.

2 So die Überschrift zum ersten Abschnitt vor Art. 467 ff. ZGB.

3 Zu diesen II.A.1.c. sowie II.A.2.b. und c.

4 Dazu II.B.

5 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 31.

6 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 10; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 187.

7 Vgl. diesbezüglich bloss den zum Leading-Case gewordenen BGE 124 III 5 ff.

8 WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 187, m. H. auf die Rechtsprechung.

9 https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-demenz.html (besucht am 9. Februar 2024).

10 Demenzerkrankungen verursachten laut einer im Auftrag von Alzheimer Schweiz erstellten Studie im Jahr 2017 in der Schweiz volkswirtschaftliche Kosten in der Höhe von 11,8 Milliarden Franken. Vgl. dazu https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-demenz.html (besucht am 9. Februar 2024); näher

 © Stämpfli Verlag AG Bern

als 315'000 demenzkranken Menschen gerechnet, denn das Alter bildet den grössten Risikofaktor.[11] Damit dürfte sich in Zukunft die Thematik der Urteilsfähigkeit noch weiter akzentuieren.[12]

Für die Notarin sind die geschilderten tatsächlichen Entwicklungen von grosser praktischer Relevanz. Denn es gehört zu ihren Berufspflichten, anlässlich der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu prüfen (Art. 43 Abs. 1 NV) und damit namentlich auch deren Urteilsfähigkeit abzuklären (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c NG). Gelangt die Notarin im Rahmen ihrer Prüfung zum Ergebnis, dass eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person bei der Beurkundung mitwirken soll, dann hat sie diese abzulehnen (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[13]

Im vorliegenden Beitrag wird nachfolgend vorerst auf die Handlungsfähigkeit und die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit und dabei insbesondere auf die Urteilsfähigkeit eingegangen.[14] Alsdann wird die Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit im Beurkundungsverfahren behandelt.[15] Einen Schwerpunkt des Aufsatzes bilden die anschliessenden Ausführungen zur Vorgehensweise des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit und zu den ihm dafür zur Verfügung stehenden Mitteln.[16] Beendet wird der Beitrag durch Betrachtungen zum Schluss.[17]

---

https://www.alzheimer-schweiz.ch/de/ueber-demenz/beitrag/alzheimer-schweiz-demenzkostenstudie-2019-gesellschaftliche-perspektive#:~:text=Die%20%C2%ABAlzheimer%20Schweiz%20Demenzkostenstudie%202019,direkten%20Kosten%20von%206.3%20Mrd (besucht am 9. Februar 2024).

11 https://www.alzheimer-schweiz.ch/de/ueber-demenz/beitrag/demenz-in-der-schweiz/ (besucht am 9. Februar 2024).

12 Siehe auch schon WOLF/SETZ, S. 31 f., m. w. H.

13 Zu alledem auch bereits WOLF/SETZ, S. 32.

14 II.

15 III.

16 IV.

17 V.

II. Handlungsfähigkeit und erbrechtliche Verfügungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit

A. Handlungsfähigkeit und erbrechtliche Verfügungsfähigkeit im Allgemeinen

1. Handlungsfähigkeit

a) Inhalt und Allgemeines

Wer handlungsfähig ist, hat die *Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen* (Art. 12 ZGB). Gemäss dieser knappen gesetzlichen Umschreibung bezeichnet die Handlungsfähigkeit die rechtliche Fähigkeit einer Person, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen, zu erwerben, auszuüben, durchzusetzen, zu verändern, aufzuheben oder untergehen zu lassen sowie für die daraus sich ergebenden Rechtsfolgen einzustehen.[18] Es geht somit bei der Handlungsfähigkeit um die Gestaltung der eigenen Rechtslage oder – anders ausgedrückt – um die rechtliche Zurechnung ihres eigenen Verhaltens zu einer Person.[19]

Auch wenn dies dem Gesetzestext nicht in der wünschbaren Deutlichkeit entnommen werden kann, lässt sich das Vorliegen oder das Fehlen der Handlungsfähigkeit nicht abstrakt, sondern stets nur in Bezug auf eine bestimmte, konkrete Handlung beurteilen. Die Handlungsfähigkeit ist mithin *relativ*.[20] [21] Sie ist demzufolge nicht ein für alle Mal gegeben, sondern kann vielmehr etwa für den Fall des Abschlusses eines Mietvertrages vorliegen, für dessen Kündigung aber fehlen.[22]

---

18 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 12 N. 5; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 12 N. 1.

19 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 138. Siehe auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 12 N. 2.

20 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 12 N. 3; vgl. weiter BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 12 N. 8.

21 Vgl. insbesondere zur Relativität der Urteilsfähigkeit näher II.B.4. hienach.

22 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 12 N. 8, m. H. auf SJZ 1994, S. 290.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

b) Gliederung in Teilfähigkeiten

Die *Handlungsfähigkeit* (Art. 12 ZGB) lässt sich *als Oberbegriff* verstehen.[23] Sie wird demgemäss in der Doktrin – je nach der konkret gegebenen Konstellation – in verschiedene *Teilfähigkeiten* aufgegliedert.[24] Im Vordergrund steht dabei die Zweiteilung in die Geschäfts- und die Deliktsfähigkeit.[25] Die *Geschäftsfähigkeit* bezeichnet die Fähigkeit einer Person, sich durch rechtsgeschäftliche Handlungen zu verpflichten.[26] Für die Geschäftsfähigkeit wird häufig verkürzt – aber gleichbedeutend – auch der Begriff der Handlungsfähigkeit verwendet.[27] Die Deliktsfähigkeit stellt die Fähigkeit einer Person dar, sich aus einer unerlaubten Handlung verantwortlich zu machen.[28] Für die Notarin und ihre Tätigkeit ist dabei selbstverständlich in erster Linie die Geschäftsfähigkeit von Bedeutung.

Innerhalb der Geschäftsfähigkeit lassen sich für die Rechtsgeschäfte unter Lebenden als Untergruppen die Vertragsfähigkeit und die Ehefähigkeit (Art. 94 ZGB) bilden.[29] Hinzu kommt auch etwa die Ehevertragsfähigkeit (Art. 183 ZGB).

Für die Verfügungen von Todes wegen enthält das Erbrecht unter der Bezeichnung Verfügungsfähigkeit (vgl. die Abschnittsüberschrift vor Art. 467 ff. ZGB) eine eigene Regelung der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit.[30]

c) Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

Für die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit sind gemäss Art. 13 ZGB Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit vorauszusetzen. Volljährigkeit stellt die «objektive», Urteilsfähigkeit die «subjektive» Voraussetzung der Handlungsfähigkeit dar.[31] Die *Volljährigkeit* wird mit zurückgelegtem 18. Lebensjahr erreicht (Art. 14

---

23 Vgl. HOFER, N. 18.
24 WOLF/SETZ, S. 33.
25 Vgl. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 12 N. 3; HOFER, N. 15 ff.
26 WOLF/SETZ, S. 33; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 12 N. 2; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 145; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 12 N. 3.
27 WOLF/SETZ, S. 33.
28 OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 12 N. 2; WOLF/SETZ, S. 33. Weiter BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 12 N. 3; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 12 N. 4; BRÜCKNER, Personenrecht, N. 171.
29 WOLF/SETZ, S. 33.Vgl. auch etwa BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 12 N. 30 f.
30 Dazu II.A.2. hienach.
31 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 13 N. 2; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 13 N. 1.

ZGB). Die *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 (Art. 16 ZGB).[32]

Der Gesetzeswortlaut des Art. 13 ZGB erweist sich indessen als verkürzt.[33] Für die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit genügt – neben der Urteilsfähigkeit – blosse Volljährigkeit nämlich nicht. Vielmehr darf über die handelnde Person zusätzlich auch *keine umfassende Beistandschaft* i.S.v. Art. 398 ZGB vorliegen, denn eine solche führt ebenfalls zu deren Handlungs- und damit Geschäftsunfähigkeit (Art. 17 ZGB).[34] Demzufolge ist nach Art. 13 und 17 ZGB handlungsfähig, wer urteilsfähig und volljährig ist und nicht unter umfassender Beistandschaft steht.[35]

Die Handlungsfähigkeit kann allerdings – wiederum in Abweichung von der diesbezüglich nicht präzisen Fassung des Art. 13 ZGB – auch durch *andere Vorkehren des Erwachsenenschutzrechts* eingeschränkt sein (vgl. auch Art. 19d ZGB)[36] oder gar entfallen. Im Sinne eines kurzen Überblicks lässt sich dazu Folgendes festhalten:[37]

Das Wirksamwerden des Vorsorgeauftrages setzt in erster Linie die Urteilsunfähigkeit der Vorsorgeauftraggeberin voraus (Art. 360 Abs. 1, Art. 363 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Wird die auftraggebende Person wieder urteilsfähig, so verliert der Vorsorgeauftrag seine Wirksamkeit von Gesetzes wegen (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Es besteht somit ein Gleichlauf von Inkraftstehen des Vorsorgeauftrages und Urteilsunfähigkeit und damit Handlungsunfähigkeit der Vorsorgeauftraggeberin. Eine entsprechende Situation ergibt sich auch bei der Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 1, Art. 372 Abs. 1 ZGB). Innerhalb der nicht umfassenden Beistandschaften wird die Handlungsfähigkeit bei der Begleitbeistandschaft nicht eingeschränkt (Art. 393 Abs. 1 ZGB), sie kann bei der Vertretungsbeistandschaft eingeschränkt werden (Art. 394 Abs. 2 ZGB) und sie ist es bei der Mitwirkungsbeistandschaft entsprechend von Gesetzes wegen (Art. 396 Abs. 2 ZGB). Bei der kombinierten Beistandschaft (Art. 397 ZGB) sind Bestehen und Umfang der Handlungsfähigkeit im konkreten Einzelfall zu

32 Vgl. zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 33.

33 Siehe auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 13 N. 3.

34 Vgl. HOFER, N. 27, für die Volljährigkeit und das Nichtbestehen einer umfassenden Beistandschaft den Oberbegriff der «Mündigkeit» verwendet; sodann BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 13 N. 3.

35 Ebenso bereits WOLF/SETZ, S. 34; weiter auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 17 N. 1.

36 Vgl. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 13 N. 3.

37 Zum Folgenden insgesamt schon WOLF/SETZ, S. 34.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

prüfen. Bei der umfassenden Beistandschaft entfällt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen (Art. 398 Abs. 3 ZGB).

2. Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit

a) Allgemeines

Im Erbrecht wird die Geschäftsfähigkeit – mithin die Fähigkeit zur Errichtung von Verfügungen von Todes wegen – als *Verfügungsfähigkeit* bezeichnet. Dafür besteht eine besondere Regelung in Art. 467 f. ZGB. Entsprechend den beiden Rechtsgeschäften von Todes wegen – d. h. der letztwilligen Verfügung und dem Erbvertrag – ist zwischen der Testierfähigkeit (Art. 467 ZGB) und der Erbvertragsfähigkeit (Art. 468 ZGB) zu unterscheiden.[38] Die Testierfähigkeit bezieht sich somit auf einseitige und die Erbvertragsfähigkeit auf zweiseitige Verfügungen von Todes wegen.[39]

b) Testierfähigkeit

Die Testierfähigkeit bezeichnet die Fähigkeit einer Person, eine letztwillige Verfügung zu errichten, abzuändern oder aufzuheben.[40] Gemäss Art. 467 ZGB werden dafür einerseits die *Urteilsfähigkeit* (Art. 16 ZGB) und anderseits das *zurückgelegte 18. Altersjahr* – somit die Volljährigkeit (Art. 14 ZGB) – vorausgesetzt.[41] Volle Handlungsfähigkeit ist mithin nicht erforderlich.[42]

Dass eine Person nach Erwachsenenschutzrecht unter einer Beistandschaft – oder einer sonstigen Vorkehr – steht, beeinträchtigt die Testierfähigkeit grundsätzlich nicht. Selbst eine unter umfassender Beistandschaft (Art. 398 ZGB) stehende Person kann eine letztwillige Verfügung errichten, sofern sie nur urteilsfähig ist.[43]

---

38 Siehe auch WOLF/SETZ, S. 34; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 181.

39 Vgl. BK ZGB-WEIMAR, Vorbemerkungen vor Art. 467 N. 2.

40 PETERMANN, N. 132.

41 Vgl. auch WOLF/SETZ, S. 34; SEILER, N. 433. Von den beiden Voraussetzungen ist in der Gerichtspraxis nur die Urteilsfähigkeit von Bedeutung; siehe so zutreffend AEBI-MÜLLER, S. 6.

42 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N. 287; STEINAUER, successions, N. 315.

43 WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 181; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 4; WOLF/SETZ, S. 34 f.

c) Erbvertragsfähigkeit

aa) Allgemeines

Die Erbvertragsfähigkeit ist die Fähigkeit, als Erblasser einen Erbvertrag abschliessen zu können. Voraussetzungen dafür bilden gemäss Art. 468 Abs. 1 ZGB die *Urteilsfähigkeit* (Art. 16 ZGB) sowie das *zurückgelegte 18. Altersjahr*, mithin die Volljährigkeit (Art. 14 ZGB).[44] Volle Handlungsfähigkeit ist somit nicht erforderlich.[45] Insoweit entsprechen die Voraussetzungen der Erbvertragsfähigkeit denjenigen der Testierfähigkeit (Art. 467 ZGB).[46] Auch Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, können folglich als Erblasser erbvertraglich verfügen, bedürfen dafür allerdings der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 ZGB).[47] [48]

bb) Insbesondere Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 ZGB)

Das Zustimmungserfordernis des Art. 468 Abs. 2 ZGB stellt hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit die einzige Ungleichbehandlung zwischen letztwilliger Verfügung und Erbvertrag dar.[49] [50] Als den Abschluss eines Erbvertrages umfassende Beistandschaften kommen dabei alleine die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) und die umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB) sowie gegebenenfalls die kombinierte Beistandschaft in Betracht.[51] Infolge der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen können dagegen weder

---

44 Siehe schon WOLF/SETZ, S. 35.

45 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N. 287.

46 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5; OFK ZGB-KIPFER, Art. 468 N. 2; STEINAUER, successions, N. 317; SEILER, N. 435.

47 Vgl. ebenso schon WOLF/SETZ, S. 35.

48 Zum Zustimmungserfordernis gemäss Art. 468 Abs. 2 ZGB II.A.2.c.bb. sogleich.

49 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5.

50 Nach FamKomm ESR-EITEL/ZEITER, Art. 468 N. 3, ist das Zustimmungserfordernis insofern systemwidrig, als der Erblasser, der in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft urteilsfähig ist, keines Schutzes bedarf, im Ergebnis freilich dennoch gerechtfertigt, weil der Erblasser an einen Erbvertrag grundsätzlich gebunden bleibt, dies im Gegensatz zur jederzeit frei widerruflichen letztwilligen Verfügung. Siehe dazu auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5.

51 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 362. Vgl. weiter BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5; OFK ZGB-KIPFER, Art. 468 N. 2; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 188; WOLF/SETZ, S. 35; STEINAUER, successions, N. 318a; SEILER, N. 436; BSK ZGB I-VOGEL, Art. 416 N. 19.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) noch die Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 f. ZGB) den Abschluss eines Erbvertrags umfassen.[52]

Nicht erforderlich ist nach der Botschaft[53] und der h. L.[54] die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Demnach gilt das in Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vorgesehene Zustimmungserfordernis nur für die Konstellation, in der ein Beistand in Vertretung der betroffenen Person einen Erbvertrag vornimmt, mithin einzig dann, wenn eine verbeiständete Person nicht als Erblasserin, sondern als Vertragsgegenpartei einen Erbvertrag eingeht.[55] Einen Erbvertrag als Erblasserin abschliessen kann gestützt auf die absolute Höchstpersönlichkeit nur die entsprechende urteilsfähige Person selbst,[56] womit ein Erbvertrag nie «in Vertretung» des Erblassers abgeschlossen werden kann.[57] Nach einer Minderheitsansicht ist dagegen die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde auch dann einzuholen, wenn der Verbeiständete im Erbvertrag als Erblasser verfügt, denn dieser treffe mindestens ebenso gewichtige Anordnungen wie die Gegenpartei; insofern wäre es sonderbar, die Gegenpartei besser zu schützen als den Erblasser.[58]

Der Beistand hat gemäss Art. 468 Abs. 2 ZGB zum Erbvertrag einzig seine Zustimmung zu erteilen. Er ist keinesfalls der Vertreter des verbeiständeten Erblassers und handelt auch nicht an dessen Stelle.[59] Vielmehr muss der verbeiständete, urteilsfähige und volljährige Erblasser aufgrund des Höchstpersönlichkeitsprinzips seinen erbrechtlichen Willen selber bilden und formgerecht ausdrücken, mithin den Erbvertrag selbst abschliessen.[60] Der Beistand hat einzig zu prüfen, ob der Erbvertrag wirklich im Sinne der verbeiständeten Person

---

52 BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N. 5, m. w. H.; Steinauer, successions, N. 318a; Wolf/Hrubesch-Millauer, N. 363; Meier, S. 73 ff., 111, 121, 128; OFK ZGB-Kipfer, Art. 468 N. 2; BK ZGB-Häfeli, Art. 416/417 N. 80.

53 Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7057 und 7105.

54 OFK ZGB-Fassbind, Art. 416 N. 2; PraxKomm-Zeiter, Art. 468 N. 13; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N. 5; Wolf/Genna, SPR IV/1, S. 188; Wolf/Hrubesch-Millauer, N. 360; Schmid H., Art. 416 N. 15; BSK ZGB I-Vogel, Art. 416/417 N. 19; ESRKomm-Langenegger, Art. 416 N. 6; FamKomm ESR-Biderbost, Art. 416 N. 26; BK ZGB-Häfeli, Art. 416/417 N. 79; BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 19-19c N. 288.

55 Vgl. dazu Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7057 und 7105; Wolf/Setz, S. 35, mit Fn. 19; weiter die in Fn. 54 soeben angegebenen Autoren.

56 OFK ZGB-Fassbind, Art. 416 N. 2.

57 OFK ZGB-Kipfer, Art. 468 N. 3.

58 Steinauer/Fountoulakis, N. 1227a f.; Steinauer, successions, N. 318b, Fn. 22; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo/Hürlimann-Kaup, § 56 N. 20 und § 68 N. 6.

59 FamKomm ESR-Eitel/Zeiter, Art. 468 N. 27.

60 Vgl. auch Wolf/Hrubesch-Millauer, N. 365.

liegt.[61] Dabei muss er sich vor allem auch bewusst sein, dass der verbeiständete Erblasser mit dem Erbvertrag bindende Verfügungen von Todes wegen eingeht, die sich einseitig grundsätzlich nicht mehr aufheben lassen. Der den Erbvertrag beurkundende Notar seinerseits hat gestützt auf seine materielle Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG)[62] den verbeiständeten Erblasser und auch dessen Beistand – so dieser Urkundspartei ist[63] – auf diese im Grundsatz bindende Wirkung der erbvertraglichen Verfügung hinzuweisen.[64]

Die Zustimmung des Beistandes kann vor, gleichzeitig mit oder nach dem Abschluss des Erbvertrages – mithin als Ermächtigung, Mitwirkung oder Genehmigung – erteilt werden (vgl. Art. 19a–19c ZGB), muss aber noch zu Lebzeiten des Erblassers abgegeben werden.[65] Die Zustimmung ist an sich an keine besondere Form gebunden und kann auch stillschweigend oder konkludent erfolgen.[66] In der Praxis erweist sich freilich aus Beweisgründen die Schriftform als notwendig.[67] Für die Urkundsperson empfiehlt es sich sodann, dafür besorgt zu sein, dass die Zustimmung vorgängig eingeholt oder jedenfalls gleichzeitig mit dem Abschluss des Erbvertrages abgegeben wird, sodass der sonst bis zum Vorliegen einer nachträglichen Genehmigung eintretende Schwebezustand in Bezug auf den Vertrag vermieden werden kann.

cc) Nicht von Todes wegen verfügende Erbvertragsgegenpartei

Die sich aus Art. 468 ZGB ergebenden Voraussetzungen der Erbvertragsfähigkeit gelten selbstverständlich nur für den Erblasser, d. h. für diejenige Erbvertragspartei, die selber Anordnungen mortis causa trifft. Die Anforderungen an die im Erbvertrag nicht selber von Todes wegen verfügende Gegenpartei richten sich demgegenüber nach den Regeln von Art. 12 ff. ZGB über die Handlungs-

---

61 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 365.

62 Die materielle Rechtsbelehrungspflicht bezieht sich auf Inhalt und rechtliche Wirkungen der Urkunde; siehe dazu allgemein KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N. 13 ff.

63 Adressaten der Rechtsbelehrung sind die Urkundsparteien (Art. 35 NG); vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 35 NG N. 38.

64 Zum Ganzen WOLF, Erwachsenenschutz, S. 104.

65 STEINAUER, successions, N. 318b; PraxKomm-ZEITER, Art. 468 N. 12; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 364. Teilweise a. M. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5, wonach die Zustimmung kein Gültigkeitserfordernis darstellt und auch erst nach dem Tod des Erblassers abgegeben werden kann.

66 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 5; PraxKomm-ZEITER, Art. 468 N. 12.

67 PraxKomm-ZEITER, Art. 468 N. 12.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

bzw. Geschäftsfähigkeit.[68] Erlangt die Gegenpartei gestützt auf den Erbvertrag ausschliesslich unentgeltliche Vorteile, genügt für sie die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) und einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf es nicht (Art. 19 Abs. 2 ZGB).[69]

B. Insbesondere Urteilsfähigkeit

1. Allgemeines

Die Urteilsfähigkeit bildet die subjektive Voraussetzung der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit und der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit; sie stellt deren *Kernpunkt* dar,[70] «das eigentliche Herzstück der Handlungsfähigkeit»[71], «la condition essentielle de la capacité civile active»[72]. Die Urteilsfähigkeit wird stärker gewertet als die formalen Aspekte der Volljährigkeit und des Fehlens erwachsenenschutzrechtlicher Vorkehren, denn der minderjährige oder unter einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme stehende Urteilsfähige kann unter den Voraussetzungen von Art. 19 ff. ZGB dennoch wirksam handeln, während bei fehlender Urteilsfähigkeit grundsätzlich keine Rechtswirkungen eintreten.[73] Die Urteilsfähigkeit erweist sich denn auch in der Praxis – namentlich bei Vorsorgeaufträgen und Verfügungen von Todes wegen – als das bedeutendere, ja regelmässig entscheidende Element der Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit, denn sie ist nicht einfach festzustellen und demzufolge auch – wie es die oftmals um sie geführten Prozesse belegen – häufig umstritten.[74]

Gemäss der *gesetzlichen Umschreibung* in Art. 16 ZGB ist jede Person urteilsfähig, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Daraus lässt sich abstrakt ableiten, dass die Urteilsfähigkeit

---

68 WOLF/SETZ, S. 35; BK ZGB-WEIMAR, Art. 468 N. 2; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 468 N. 4; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 188 und 190; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 368.

69 WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 190; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 369; OFK ZGB-KIPFER, Art. 468 N. 1.

70 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 2; WOLF/SETZ, S. 36.

71 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 1.

72 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N. 76 (im Original teilweise in Kursivschrift).

73 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 151; WOLF/SETZ, S. 36; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N. 76.

74 Vgl. auch schon WOLF/SETZ, S. 36.

die *Fähigkeit zu vernunftgemässem Verhalten* in einer bestimmten Situation bildet.[75]

Art. 16 ZGB enthält eine Negativumschreibung der Urteilsfähigkeit.[76] Umgekehrt – also positiv formuliert – definiert die Gesetzesbestimmung inhaltlich die Urteilsunfähigkeit mit einem objektiven und einem subjektiven Element, nämlich einerseits dem Vorliegen einer objektivierbaren biologischen oder psychischen Ursache in Gestalt einer der in Art. 16 ZGB erwähnten Zustände und andererseits dem subjektiven Moment der fehlenden Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln.[77] Die beiden Elemente müssen kumulativ gegeben sein, damit Urteilsunfähigkeit vorliegt. Fehlendes vernunftgemässes Handeln, das sich nicht auf einen objektiven Zustand i.S.v. Art. 16 ZGB zurückführen lässt, begründet noch keine Urteilsunfähigkeit.[78] Umgekehrt weist ein nachgewiesener objektiver Zustand i.S.v. Art. 16 ZGB erst dann einen relevanten Einfluss auf die Urteilsfähigkeit auf, wenn er im konkret zu prüfenden Einzelfall tatsächlich die Fähigkeit zu vernünftigem Handeln massgeblich beeinträchtigt.[79]

Nach dem Gesagten ist bei der *Prüfung der Urteilsfähigkeit* allgemein[80] *in zwei Schritten* vorzugehen: Erstens ist abzuklären, ob einer der in Art. 16 ZGB umschriebenen *Zustände* vorliegt; wenn dies bejaht wird, ist zweitens zu untersuchen, ob dieser Zustand im konkreten Fall die *Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln beeinträchtigt*.[81]

Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit stellen *Rechtsbegriffe* dar.[82] Dementsprechend ist die Beurteilung, ob eine Person urteilsfähig ist oder nicht, letztlich rein juristisch vorzunehmen.[83] Der entsprechende Entscheid steht einzig dem Zivilrichter zu, der an allfällige medizinische Gutachten nicht gebunden ist.[84] Mithin entscheidet der Richter, welche rechtlichen Schlüsse aus dem Ergebnis der medizinischen Begutachtung zu ziehen sind.[85] Die Feststellung der

---

75 SEILER, N. 444; vgl. auch HOFER, N. 31; WOLF/SETZ, S. 36.
76 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 3; GERBER, S. 292; SOMMER, S. 492 und 493.
77 GERBER, S. 292 f. Vgl. auch WIDMER BLUM, S. 39, wonach die Urteilsfähigkeit mittels einer gemischten Methode definiert wird, indem dafür sowohl auf biologische als auch auf psychologische Momente abgestellt wird.
78 GERBER, S. 293; vgl. auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 5.
79 GERBER, S. 293; WIDMER BLUM, S. 46.
80 Näher zur Prüfung der Urteilsfähigkeit III.-IV., insbesondere IV.C. hienach.
81 HOFER, N. 43; WOLF/SETZ, S. 36 f.
82 GERBER, S. 293
83 WOLF/SETZ, S. 37.
84 BGE 117 II 231, 234 f. Vgl. auch für die geistige Behinderung BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 26.
85 BGE 118 Ia 236, 238.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit stellt dabei im Ergebnis eine aufgrund von Art. 16 ZGB als gesetzlicher Generalklausel[86] *einzelfallbezogen zu treffende Wertentscheidung* dar; ihr zugrunde zu liegen hat die Überlegung, «ob alle Besonderheiten und Umstände des konkreten Falls es rechtfertigen, einer Person ein bestimmtes Verhalten selbstverantwortlich zuzurechnen oder nicht»[87]. Anders ausgedrückt geht es um einen Ermessensentscheid einer richterlichen Behörde.[88]

Dass die Beurteilung der Urteilsfähigkeit wertend und im Einzelfall erfolgt, steht in einem gewissen Kontrast zum «Alles-oder-Nichts-Prinzip» als Konsequenz der Bejahung oder Verneinung der Urteilsfähigkeit.[89]

2. Die zwei Elemente der Urteilsfähigkeit

a) Vorbemerkung

Nach ständiger Rechtsprechung[90] und Lehre[91] wird die Urteilsfähigkeit – als Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln – in ein intellektuelles Element (Willensbildungsfähigkeit) und ein voluntatives Element (Willensumsetzungsfähigkeit) unterteilt. Nur wer über beide Elemente verfügt, ist urteilsfähig.[92] Auf die zwei Komponenten der Urteilsfähigkeit ist nachfolgend sogleich allgemein einzugehen; die beiden Elemente sind sodann jeweils besonders für Verfügungen von Todes wegen zu behandeln.

b) Willensbildungsfähigkeit (intellektuelles Element)

aa) Im Allgemeinen

Als intellektuelles Element der Urteilsfähigkeit bezeichnet wird die *Fähigkeit des Handelnden, den Sinn und den Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten*

---

86 Dazu BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 N. 16.
87 BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 N. 14.
88 Widmer Blum, S. 43; Gerber, S. 293.
89 Dazu II.B.5.
90 BGE 144 III 264, 271; 132 III 222, 224; 132 V 412; 124 III 5, 7 f.; 117 II 231, 232; 90 II 11; 77 II 97, 99 f.
91 BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 N. 45; ZK ZGB-Egger, Art. 16 N. 4; BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 16 N. 3; OFK ZGB-Fankhauser/Bleichenbacher, Art. 16 N. 5; Wolf/Setz, S. 37.
92 BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 16 N. 3 und 6, m. w. H.; Wolf/Setz, S. 37.

Verhaltens zu erkennen und zu beurteilen.[93] [94] Dabei handelt es sich um die Fähigkeit 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.[95] Urteilsfähigkeit verlangt mithin ein gewisses Mass an Fähigkeit zur intellektuellen Einsicht und rationalen Beurteilung, zu Denkvermögen und Bildung eines Urteils.[96] Die Willensbildungsfähigkeit – in der Praxis auch als die Fähigkeit zur richtigen Beurteilung der konkret gegebenen Lage bezeichnet[97] – 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[98].

bb) Insbesondere bei Verfügungen von Todes wegen

Bei Verfügungen von Todes wegen verlangt das Erfordernis der Willensbildungsfähigkeit, dass der Erblasser fähig ist, jedenfalls in groben Zügen die Höhe und die Zusammensetzung seines Vermögens zu kennen.[99] Weiter muss der Erblasser in der Lage sein, den Kreis der möglichen erbberechtigten Personen – d. h. gesetzliche Erben, weitere nahe Angehörige, Freunde – zu überblicken

---

93 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 3; SEILER, N. 446; vgl. so auch schon WOLF/SETZ, S. 37; ausführlich BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 44 ff.; besonders für das Erbrecht WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 182.

94 Etwas kürzer umschreibt das Bundesgericht das intellektuelle Element der Urteilsfähigkeit als «die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen»; so BGE 144 III 264, 271, und ebenso auch BGE 124 III 5, 7 f.

95 WOLF/SETZ, S. 37 f.; ausführlich HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 156 ff.; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 49 ff.; weiter OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 6; vgl. auch GERBER, S. 294.

96 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 49; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 7; OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 6.

97 Siehe BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 7.

98 Ebenso schon WOLF/SETZ, S. 38. Weiter ZK ZGB-EGGER, Art. 16 N. 5; vgl. auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 7, m. w. H. Aus der Rechtsprechung BGE 77 II 97, 100.

99 BGE 77 II 97, 99: «Die Urteilsfähigkeit setzt nicht das Vorhandensein der positiven Kenntnisse voraus, die nötig sind, um in einer bestimmten Angelegenheit vernünftig handeln zu können, sondern es kommt in dieser Hinsicht nur darauf an, ob die betreffende Person imstande ist, sich die nötigen Kenntnisse anzueignen …»; so auch SEILER, N. 451. Weitergehend AEBI-MÜLLER, S. 7, und auch noch WOLF/SETZ, S. 38, wonach in diesem Zusammenhang nicht nur die Fähigkeit zur Kenntnisnahme, sondern Kenntnis erforderlich ist.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

und deren Verhältnis und deren Beziehung zu ihm zu erkennen, damit er namentlich entscheiden kann, ob und gegebenenfalls in welcher Weise er vom gesetzlichen Erbrecht (Art. 457 ff. ZGB) abweichen will.[100] Auch diesbezüglich genügt die Fähigkeit zur Kenntnis; ob der Erblasser wirklich Kenntnis von den entsprechenden Personen hat, ist demgegenüber nicht entscheidend für die Fähigkeit zur Willensbildung.[101] Weiter ist für die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit die Einsicht in den Zweck und die Wirkungen der Verfügung von Todes wegen vorauszusetzen.[102] 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».[103] Vorauszusetzen ist folglich, dass der Verfügende seine Anordnungen von Todes wegen in den Kontext seiner Lebensumstände sowie seiner familiären und anderen Beziehungen zu setzen in der Lage ist.[104]

c) Willensumsetzungsfähigkeit (voluntatives Element)

aa) Im Allgemeinen

Das voluntative Element der Urteilsfähigkeit – auch als Willens- bzw. Charakterelement bezeichnet – meint die Willensumsetzungsfähigkeit, d. h. die *Fähigkeit, gemäss der gewonnen vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten*.[105] Die Möglichkeit, fremder Willensbeeinflussung zu

---

100 Siehe dazu auch bereits WOLF/SETZ, S. 38.

101 SEILER, N. 451. Weitergehend wiederum AEBI-MÜLLER, S. 7, und noch WOLF/SETZ, S. 38, wonach auch in dieser Hinsicht Kenntnis und nicht nur die Fähigkeit zur Kenntnis zu verlangen sei. Diesbezüglich hält SEILER, a. a. O., zu Recht fest, dies «hätte jedoch zur Konsequenz, dass etwa die Verfügungen eines Erblassers, der von der Existenz eines gesetzlichen Erben nichts weiss, stets ungültig sind. Sachgerechter erscheint es, in solchen Fällen eine Ungültigkeit zufolge Willensmangels zu prüfen, womit für die Ungültigkeit Kausalität zwischen Irrtum und getroffener Verfügung vorausgesetzt ist …».

102 So schon WOLF/SETZ, S. 38; weiter AEBI-MÜLLER, S. 7.

103 BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N. 5.

104 AEBI-MÜLLER, S. 7; WOLF/SETZ, S. 38.

105 BGE 124 III 5, 7 f.; weiter BGE 117 II 231, 232; BGE 144 III 264, 271, spricht kürzer von der «Fähigkeit, gemäss dieser vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln». Aus dem Schrifttum: BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 45; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 10; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 168; WOLF/SETZ, S. 38 f.; GERBER, S. 294; für das Erbrecht namentlich WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 182.

widerstehen, ist im Einzelnen in zwei verschiedenen Konstellationen nicht gegeben: Erstens bei einer Willensschwäche, d. h. wenn jemand gar keinen eigenen Willen zu bilden vermag, sondern kritiklos einen fremden Willen als seinen eigenen übernimmt, und zweitens in der Situation, in welcher jemand zwar zur Bildung eines eigenen Willens fähig ist, diesen jedoch unter der Fremdbeeinflussung nicht verbindlich zu äussern vermag.[106] In beiden Fällen kann der geäusserte Wille nicht zugerechnet werden, wenn er nicht ein eigener, sondern ein fremder ist.[107] Die Willensumsetzungsfähigkeit fehlt also dann, wenn eine Willensschwäche oder Beeinflussbarkeit das übliche Mass überschreitet, die betroffene Person mithin nicht mehr in der Lage ist, Einflüsse von Dritten abzuwehren oder den eigenen Willensentschluss umzusetzen.[108] Das Willenselement wird in der Praxis in der Tendenz zu wenig beachtet, namentlich weil die medizinischen Abklärungen darüber oftmals wenig Aufschluss geben.[109] [110]

bb) Insbesondere bei Verfügungen von Todes wegen

Das Erfordernis der Willensumsetzungsfähigkeit dürfte für Verfügungen von Todes wegen jedenfalls in der Tendenz von grösserer praktischer Bedeutung sein als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Denn die mortis causa verfügende Person wird sich unter Umständen mehr oder weniger direkt zum Ausdruck gebrachten *Erwartungen von potentiellen Erbanwärtern* gegenübergestellt sehen.[111] Entsprechende Konstellationen können allerdings durchaus auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden auftreten, namentlich im Kontext von seitens der Empfänger erwarteten Schenkungen und anderen unentgeltlichen Zuwendungen. Mit entsprechenden Erwartungen konfrontiert sehen sich nicht selten ältere und alleinstehende Menschen. Der Entscheid, Verfügungen von Todes wegen zu errichten, seinerseits nimmt denn tendenziell in einem Zeitpunkt zu, in welchem die Fähigkeit abnimmt, einen Sachverhalt – namentlich einen solchen komplizierterer Natur – richtig zu erfassen und insbesondere fremder

106 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 73.
107 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 74.
108 WOLF/SETZ, S. 39; OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 7; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 10 und näher 12 f.; GERBER, S. 294; WIDMER BLUM, S. 40. Siehe aus der Rechtsprechung BGE 124 III 5, 7 f.
109 GERBER, S. 294.
110 Zu dieser Problematik im Zusammenhang mit Tests bzw. Screening-Verfahren auch IV.C.3.c. hienach.
111 Vgl. zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 39.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Beeinflussung zu widerstehen.[112] Hochbetagte und gebrechliche Menschen sind jedenfalls tendenziell eher beeinflussbar.[113] Allerdings darf hohes Alter nicht bereits per se zur Annahme führen, dass die Urteilsfähigkeit beeinträchtigt ist.[114] Vielmehr sind auch betagte und hochbetagte Menschen vermutungsweise urteilsfähig.[115] Dennoch kann die Gefahr verminderter Geisteskräfte und einer erhöhten Beeinflussbarkeit durch Dritte bei betagten Menschen erhöht sein.[116] [117]

Unter dem Aspekt der Willensumsetzungsfähigkeit und der Beeinflussbarkeit unter Umständen als problematisch erweisen können sich Beziehungen zu Vertrauenspersonen.[118] Daraus kann sich namentlich für ältere Menschen ein – im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltetes – *Abhängigkeitsverhältnis* ergeben, sei das zu Angehörigen oder sei das zu Pflegepersonal, Ärzten oder Anwälten[119] und Notarinnen.[120] Die Abhängigkeit ist in der Regel dann ausgeprägter, wenn Pflegebedürftigkeit besteht oder wenn Familienangehörige und ein tragfähiges soziales Umfeld fehlen.[121] Sind demgegenüber pflichtteilsgeschützte Erben des Zuwendenden vorhanden, so ergibt sich daraus bereits ein Schutz gegen übermässige Beeinflussung.[122] Grundsätzlich ist diesbezüglich allerdings vorauszuschicken, dass der Mensch in seinem Vermögen zum freien Handeln immer eingeschränkt ist, dies infolge von sowohl äusseren Faktoren

---

112 BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N. 10.

113 BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 N. 96.

114 Aebi-Müller, S. 23; BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 16 N. 22 f., mit Kasuistik.

115 BK ZGB-Bucher/Aebi-Müller, Art. 16 N. 96.

116 Aebi-Müller, S. 23; vgl. auch BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 16 N. 22 f.

117 Siehe instruktiv dazu auch heute noch den 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 600.00 zuwenden wollte, worauf sich der bei der öffentlichen Testamentserrichtung anwesende Bedachte «unbefriedigt» äusserte, so dass ihm der Erblasser CHF 4'000.00 zusprach. Bei der Testamentserrichtung 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 600.00 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, Ergänzung in eckigen Klammern hinzugefügt). Dazu ebenfalls schon Wolf/Setz, S. 39, Fn. 47.

118 Vgl. für eine Begriffsumschreibung der Vertrauensperson Abt, S. 26.

119 Siehe dazu den viel beachteten BGE 132 III 305 ff.

120 Vgl. auch schon Wolf/Setz, S. 39; Aebi-Müller, S. 10.

121 Vgl. Aebi-Müller, S. 9.

122 Dazu auch am Ende dieses Abschnitts bb.

als auch inneren Schranken.[123] Das Bundesgericht hat denn auch festgehalten, dass ein Abhängigkeitsverhältnis für sich alleine noch nicht eine Einschränkung der Urteilsfähigkeit bedeuten müsse.[124] Und es wäre u. E. denn auch nicht einzusehen, warum ein urteilsfähiger Mensch nicht auch Personen seines Vertrauens unter Lebenden oder von Todes wegen bedenken können sollte.[125]

Wird in einem bestehenden Abhängigkeitsverhältnis eine erbrechtliche – oder lebzeitige – Zuwendung angeordnet, so kann die Beziehung seitens der Vertrauensperson aber auch ausgenutzt worden sein. Damit fragt sich, ob wirklich noch eine selbstbestimmte Zuwendung vorliegt oder ob die Urteilsfähigkeit wegen fehlender Willensumsetzungsfähigkeit zu verneinen ist.[126] In solchen Fällen muss deshalb die Willensumsetzungsfähigkeit – von der Notarin oder vom Richter – besonders geprüft werden. Erst recht gilt das dann, wenn weitere «kritische» Faktoren hinzukommen, so etwa wenn die Zuwendung in einer «Last-Minute-» oder einer «Kurswechsel-»Verfügung von Todes wegen angeordnet wird, mithin einem Verfügungsinhalt, der mit den bisherigen persönlichen Wertvorstellungen des Zuwendenden als nicht vereinbar erscheint.[127] An der erforderlichen Willensumsetzungsfähigkeit fehlt es dann, wenn infolge der fremden Willensbeeinflussung das Verhalten nicht mehr den eigenen Überlegungen und Überzeugungen entspricht und das Verhalten deshalb nicht mehr persönlichkeitsadäquat erscheint.[128] Für die Bejahung einer zur Verneinung der Urteilsfähigkeit führenden Beeinflussung ist dabei nicht verlangt, dass unzulässige Mittel eingesetzt worden sind, um die angestrebte Zuwendung vom

---

123 SCHWAB, S. 564; WOLF/SETZ, S. 39.

124 BGer 5A_748/2008 vom 16. März 2009. Das höchste Gericht erwog 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» (BGer, a. a. O., A.), einging, Folgendes: «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» (BGer, a. a. O., E. 4.5.). Das Bundesgericht wies in der Folge die von einer gesetzlichen Erbin erhobene Ungültigkeitsklage gegen die vom Erblasser vorgenommene testamentarische Einsetzung der Partnerin als Haupterbin ab. Zum Ganzen auch AEBI-MÜLLER, S. 10; WOLF/SETZ, S. 39 f.

125 WOLF/BALLMER, S. 48.

126 SEILER, N. 470. Vgl. auch PraxKomm-ZEITER, Art. 467 N. 18.

127 Zu alledem SEILER, N. 470. Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 14 und 16.

128 AEBI-MÜLLER, S. 9.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Verfügenden zu erwirken;[129] eine Drohungs- oder Täuschungshandlung ist nicht vorausgesetzt.[130]

Die tatsächliche Klärung, ob übermässige Beeinflussung vorliegt oder die Zuwendung auch an eine Vertrauensperson auf frei gebildetem Willen beruht, ist allerdings überaus schwierig,[131] ja allenfalls kaum möglich. Anders als das intellektuelle Element der Willensbildungsfähigkeit lässt sich das voluntative Element der Willensumsetzungsfähigkeit namentlich auch nicht durch Tests klären.

Hat der Erblasser pflichtteilsberechtigte Erben (vgl. Art. 470 ZGB), so bietet – wie eben schon kurz angesprochen – auch das *Pflichtteilsrecht* einen selbständigen – d. h. neben der Ungültigkeit infolge Verfügungsunfähigkeit oder Willensmangels (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB) stehenden – Schutz vor unbedachter oder gar unter Beeinflussung erfolgender Begünstigung von sich selber präsentierenden Erbanwärtern. Im Umfang der pflichtteilsgeschützten, sog. gebundenen Quote (Art. 471 ZGB) sind entsprechende Zuwendungen bei gegebenen Voraussetzungen mittels Klage herabsetzbar (Art. 522 ff. ZGB). Rein isoliert auf das Noterbrecht betrachtet bilden die Frage der Urteilsfähigkeit und damit der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit kein (Prozess-)Thema, es bedarf diesfalls einzig einer Überprüfung, ob der Pflichtteil verletzt ist.[132]

3. Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln

Nach Art. 16 ZGB verlangt Urteilsfähigkeit die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Nicht vorausgesetzt ist demgegenüber, dass das konkret abgeschlossene Rechtsgeschäft seinerseits «vernünftig» wäre.[133] «Entscheidend ist, ob eine Person im Besitz der Fähigkeit zum vernünftigen Entscheiden und Handeln ist, und nicht, ob sie davon Gebrauch macht»[134]. Ausschlaggebend ist also «die blosse *Fähigkeit* zu vernunftgemässem Handeln, nicht die aktuelle Vernünftigkeit des Handelns»[135]. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit darf aus diesem

---

129 BGE 77 II 97, 100.

130 Zum Ganzen SEILER, N. 472; vgl. auch AEBI-MÜLLER, S. 9.

131 Vgl. ebenso SEILER, N. 469.

132 Insofern dürfte die mit der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Erbrechtsrevision erfolgte Herabsetzung der Pflichtteilsquoten und die damit geschaffene erhöhte Verfügungsfreiheit zu mehr Konfliktpotential führen; vgl. dazu WOLF/DORJEE-GOOD, S. 28 f.

133 WOLF/SETZ, S. 40.

134 SACHS/BARP, S. 109. Dazu auch GERBER, S. 295.

135 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 79 (Kursivschrift im Original).

Grunde nicht zu einer Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäftes werden.[136] Auch eine urteilsfähige Person kann einmal einen «unvernünftigen» Entscheid treffen[137] wie umgekehrt nicht jeder «vernünftige» Akt Ausdruck von bestehender Urteilsfähigkeit ist.[138] Die Unvernünftigkeit, ja gar Unsinnigkeit eines Rechtsgeschäftes darf folglich allein für sich noch nicht zur Annahme der Urteilsunfähigkeit führen.[139] Umgekehrt lässt sich aus der Vernünftigkeit eines Geschäftes auch nicht per se auf Urteilsfähigkeit schliessen.[140] Vielmehr vermag auch ein vollständig vernünftiger Inhalt des Rechtsgeschäfts die nachgewiesene Urteilsunfähigkeit nicht zu beheben.[141]

Die «Vernünftigkeit» oder «Unvernünftigkeit» eines Rechtsgeschäftes kann folglich nur, aber immerhin, ein Indiz für die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit darstellen,[142] und auch das nicht generell, sondern nur dann, wenn im konkreten Einzelfall Zweifel an der Urteilsfähigkeit angebracht sind.[143] Liegt ein solcher Fall vor, so kann der Inhalt des Rechtsgeschäftes als – ein weiterer – Hinweis dafür gelten, dass sich der Handelnde seines Verhaltens bzw. dessen Folgen nicht mehr bewusst war. Liegen jedoch keinerlei Zweifel an der Urteilsfähigkeit vor, so stellt sich die Frage nach der «Vernünftigkeit» oder «Unvernünftigkeit» des Rechtsgeschäftes nicht.[144]

---

136 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 78; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 38; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 9; WOLF/SETZ, S. 40; GERBER, S. 295.

137 Siehe so auch FENNER, S. 109, wonach «ein Mensch mit der Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln gleichwohl unvernünftig handeln kann». Weiter GERBER, S. 296.

138 WOLF/SETZ, S. 40; vgl. auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 38, m. H. auf die Rechtsprechung.

139 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 78. Vgl. auch GROS, S. 137; SOMMER, S. 499; BIRI, N. 142. Vgl. auch GROS, S. 137 sowie BIRI, N. 142. Siehe aus der Rechtsprechung BGE 124 III 5, 17: Danach «kann nicht generell vom Inhalt oder von den Folgen eines Rechtsgeschäftes auf das Vorliegen oder Fehlen der Urteilsfähigkeit der betreffenden Person geschlossen werden.»

140 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 79.

141 SEILER, N. 458; AEBI-MÜLLER, S. 21.

142 Vgl. BGer 5P.39/2004 und 5P.40/2004 vom 6. Oktober 2004, E. 7.3.

143 Vgl. BGE 124 III 5, 17; BGE 117 II 231, 233; WOLF/SETZ, S. 40; siehe weiter auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 38.

144 SEILER, N. 458, hinsichtlich der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit und unter Bezugnahme auf BGE 124 III 5 ff.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

4. Relativität der Urteilsfähigkeit

a) Einleitende Bemerkung

Urteilsfähigkeit ist nie abstrakt gegeben oder nicht gegeben.[145] Nach feststehender Rechtsprechung[146] und Lehre[147] ist die Urteilsfähigkeit vielmehr *relativ* zu verstehen (sog. Relativität der Urteilsfähigkeit). Die Prüfung der Urteilsfähigkeit ist demnach in zwei Richtungen hin vorzunehmen, nämlich einerseits in Bezug auf die *konkrete Handlung* (sachliche Relativität) und andererseits hinsichtlich des *Zeitpunkts der Vornahme* dieser Handlung (zeitliche Relativität).[148]

b) Konkret in Frage stehende Handlung (sachliche Relativität)

aa) Komplexität sowie Tragweite und Auswirkungen des Geschäfts

Die Urteilsfähigkeit ist nicht abstrakt, sondern stets konkret je nach Schwierigkeit und Tragweite der im Einzelfall in Frage stehenden Handlung zu beurteilen.[149] Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die *Komplexität* des Rechtsgeschäfts sowie dessen *Tragweite und Auswirkungen*.[150] Die zwei Elemente der Komplexität und der Tragweite sind richtigerweise zu unterscheiden, wobei der Handelnde das Geschäft grundsätzlich nach beiden Seiten hin einschätzen können muss.[151] In die Beurteilung einfliessen können auch Ausbildung und Berufsstand der handelnden Person.[152]

Unter dem Kriterium der *Komplexität* sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit umso höher anzusetzen, je komplexer das in Frage stehende Geschäft

---

145 GERBER, S. 296.

146 BGE 144 III 264, 271; 134 II 235, 240; 124 III 5, 8; 117 II 231, 232; 109 II 273.

147 Ausführlich BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 112 ff.; weiter: BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 34 ff.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 12: je m. w. H.

148 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 112; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 195. Zu alledem auch WOLF/SETZ, S. 41.

149 Vgl. BGE 144 III 264, 271; BGE 124 III 5, 8; BGer 5A_926/2021 vom 19. Mai 2022, E. 3.1.1.

150 Siehe BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 115; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 35; weiter schon WOLF/SETZ, S. 41.

151 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 195; vgl. auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 116.

152 WOLF/SETZ, S. 41.

© Stämpfli Verlag AG Bern

ist.[153] Für einfache Alltagsgeschäfte – wie die Vornahme gewöhnlicher Einkäufe von Lebensmitteln oder das Bezahlen einer unbestrittenen Schuld für das Zeitungsabonnement – bestehen geringere Voraussetzungen, während für kompliziertere, folgenreichere Rechtsgeschäfte – wie etwa den Abschluss eines Grundstückkaufvertrages, die Eingehung einer Bürgschaft, die Gründung einer Gesellschaft oder auch den Entscheid über eine schwierige medizinische Behandlung[154] – höhere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden.[155] Eine Person kann auch urteilsunfähig sein zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung und urteilsfähig zum Erlass einer am gleichen Tag getroffenen Patientenverfügung.[156]

Neben der Komplexität sind auch *Tragweite und Auswirkungen des Geschäfts* in die Beurteilung miteinzubeziehen.[157] So kann ein von seiner Struktur her an sich einfaches Geschäft einschneidende oder weitreichende Folgen nach sich ziehen, so dass erhöhte Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen sind.[158] Dabei zu beachten ist auch, ob und wie weit die getroffene Entscheidung und ihre Folgen reversibel sind. Je weitreichender, dauerhafter und unumkehrbarer die Konsequenzen des Geschäfts sich erweisen, desto höhere Anforderungen sind an die Urteilsfähigkeit zu stellen.[159]

bb) Insbesondere Verfügungen von Todes wegen

Das Bundesgericht hat die Errichtung eines Testaments allgemein «zu den eher anspruchsvolleren Geschäften» gezählt, jedenfalls dann, «wenn komplizierte Anordnungen getroffen werden»[160]. In diesem Fall sind mithin höhere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen.[161] Im Schrifttum wird auch der

153 Vgl. auch GERBER, S. 296. Siehe sodann ebenfalls SOMMER, S. 496; AEBI-MÜLLER, S. 13.

154 Dazu GERBER, S. 296.

155 Ausführlich BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 115 ff.; weiter: BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 36; OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 12; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 195; ebenso schon WOLF/SETZ, S. 41. Aus der Rechtsprechung BGE 124 III 5, 8.

156 GROS, S. 139, m. H. auf BGer 5A_859/2014 vom 17. März 2014.

157 GERBER, S. 296.

158 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 116.

159 Zum Ganzen GERBER, S. 296.

160 BGE 124 III 5, 8, m. H. auf ZK ZGB-ESCHER, Art. 467 N. 6; vgl. auch BGer 5C.282/2006 vom 2. Juli 2007 E. 2.1.

161 Vgl. auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 182 f.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Ehe- und Erbvertrag als komplexere Handlung erachtet, wenn auch nicht pauschal.[162] [163]

Entsprechend der Relativitiät der Urteilsfähigkeit ist freilich auch bei den Verfügungen von Todes wegen *jeder konkrete Einzelfall zu prüfen*. So sind Verfügungen von Todes wegen nicht generell als anspruchsvolle Geschäfte einzuordnen; vielmehr kann eine Verfügung von Todes gegebenenfalls auch ein Geschäft einfacherer Natur sein. Rechtsgeschäfte mortis causa können insofern – wie Rechtsgeschäfte unter Lebenden – einen unterschiedlichen Schwierigkeitsgrad aufweisen; je nach konkretem Einzelfall sind höhere oder geringere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen. Das Bundesgericht hat dies seinerseits ausdrücklich präzisiert.[164] [165]

Im Einzelnen ist folglich innerhalb der Verfügungen von Todes wegen nach deren Inhalt zu differenzieren: So kann ein einfaches Testament auch von einer Person errichtet werden, die bezüglich komplexeren Anordnungen nicht urteilsfähig wäre.[166] Dass entsprechend zu differenzieren ist, wird auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts anerkannt;[167] eine komplizierte Verfügung liegt dabei namentlich dann vor, «wenn sie auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruht und schwierig zu beurteilende Auswirkungen hat»[168]. Im zu entscheidenden Fall hat das Bundesgericht eine testamentarisch angeordnete Pflichtteilssetzung als einfache Anordnung bezeichnet.[169] Im Schrifttum

---

162 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 36.

163 Zum Ganzen bereits WOLF/SETZ, S. 41.

164 BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.1: Es «ist der angeführten Rechtsprechung [BGE 124 III 5, 8] nicht zu entnehmen, eine letztwillige Verfügung sei generell als anspruchsvolles Geschäft zu qualifizieren. Wenn das Bundesgericht festgehalten hat, dass ein solches insbesondere dann vorliege, wenn komplizierte Verfügungen getroffen würden, gibt es vielmehr zu erkennen, dass ein Testament unter gewissen Umständen ein Geschäft einfacherer Natur sein kann. Anordnungen von Todes wegen sind keine typisierten Rechtsgeschäfte, und innerhalb der Kategorie der letztwilligen Verfügungen gibt es solche von unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad. Bei einem einfachen Testament sind die Anforderungen an die Verfügungsfähigkeit weniger hoch als bei einer komplizierten Anordnung» (Einfügung in eckigen Klammern durch die Verfasser).

165 Zum Ganzen auch SEILER, N. 452.

166 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 13; so auch bereits WOLF/SETZ, S. 41 f.

167 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.»

168 BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.3.1. Dazu auch SEILER, N. 452.

169 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

sind weiter etwa die Einsetzung eines Willensvollstreckers und die Anordnung oder Streichung eines Vermächtnisses als weniger komplexe Regelungen erachtet worden.[170] Demgegenüber dürften eine Vor- und Nacherbeneinsetzung oder die Anordnung einer Nutzniessung in der Tendenz zu den eher schwierigeren Inhalten einer Verfügung von Todes wegen zählen. Bei entsprechend komplexen Verfügungen darf freilich vom Erblasser nicht verlangt werden, dass er sämtliche von der Notarin 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.[171] Offen gelassen hat das Bundesgericht, ob die Enterbung ein besonders schwieriges Rechtsgeschäft darstelle.[172]

Die Komplexität der Verfügung von Todes wegen ist von der Komplexität des Nachlassvermögens zu unterscheiden. Deshalb darf von komplexen Verhältnissen hinsichtlich des Vermögens bzw. der Erbschaft nicht per se darauf geschlossen werden, dass diesfalls auch der Verfügungsinhalt kompliziert sei.[173] So hat das Bundesgericht erkannt, die Setzung eines Sohnes auf den Pflichtteil unter Barabfindung stelle kein komplexes Rechtsgeschäft dar, dies auch dann nicht, wenn der Nachlass aus vielen und verschiedenen Gegenständen besteht.[174]

cc) Zwischenergebnis

Nach dem Gesagten kann ein und dieselbe Person zugleich urteilsfähig bezüglich einfacher, alltäglicher Geschäfte und urteilsunfähig bezüglich anspruchsvollerer Geschäfte sein.[175] Die Prüfung der Urteilsfähigkeit ist deshalb stets *einzelfallbezogen* – mit Blick auf die handelnde Person und das konkret in

---

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.»

170 GUTZWILLER, Substanz, S. 1227; vgl. zu alledem auch AEBI-MÜLLER, S. 13. Zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 42.

171 PETERMANN, N. 145; vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 12. Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 42, und AEBI-MÜLLER, S. 13.

172 BGer 5C.257/2003 vom 30. Juni 2006 E. 4.2. Dazu auch PraxKomm-ZEITER, Art. 467 N. 11a; BIRI, N. 157; VOSER, S. 228.

173 SEILER, N. 453.

174 BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 2.2. und 2.3. Siehe auch SEILER, N. 453.

175 Vgl. auch OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 12.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Frage stehende Rechtsgeschäft – vorzunehmen[176]. Die Prüfung der Urteilsfähigkeit hat folglich immer auf das spezifisch vorliegende Thema fokussiert zu erfolgen, gerade auch bei Verfügungen von Todes wegen.[177] Im Weiteren sollte beim Sonderfall der Ausübung höchstpersönlicher Rechte – unter Berücksichtigung der konkreten Schutzbedürfnisse – jedenfalls im Grundsatz ein milderer Prüfmassstab angelegt werden, weil bei Urteilsunfähigkeit aufgrund der Unzulässigkeit der Vertretung kein Handeln mehr möglich wäre.[178] [179] Zu den absolut höchstpersönlichen – und damit vertretungsfeindlichen – Rechtsgeschäften gehören auch die Verfügungen von Todes wegen, womit unter diesem Aspekt an sich geringere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen sind.[180]

---

176 Vgl. OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 12; weiter BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 34.

177 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, Substanz, 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, Art. 36 NG N. 19, m. w. H.; so schon WOLF/SETZ, S. 42 f., mit Fn. 78.

178 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 196; dazu ausführlich BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 122 ff.

179 Zum ganzen Abschnitt insgesamt schon WOLF/SETZ, S. 42 f.

180 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 123. So im Grundsatz die Bedeutung der Höchstpersönlichkeit betonend, im konkreten Fall aber angesichts der Gegebenheiten nicht auf Urteilsfähigkeit erkennend auch BGer 5C.32/2004, 5C.33/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 4.3.2.: «Kommt der Gutachter zum Schluss, auf Grund des festgestellten organischen Psychosyndroms seien die kognitiven und voluntativen Fähigkeiten eingeschränkt, schätzungsweise in mittlerem Mass, kann zwar ein eigentlicher Grenzfall vorliegen, der mit Rücksicht auf die Höchstpersönlichkeit der in Frage stehenden Handlung und in Anbetracht der auf dem Spiele stehenden Interessen zu Gunsten der Urteilsfähigkeit entschieden werden muss. Von einem Grenzfall kann hingegen nicht mehr ausgegangen werden, wenn das Beweisverfahren – wie hier durch das Obergutachten belegt – ein schweres demenzielles Syndrom ergibt und deshalb angenommen werden muss, die Erblasserin sei nicht mehr oder nur mehr deutlich beschränkt in der Lage, einen Willen zu bilden, die Tragweite und die Auswirkungen der letztwilligen Verfügung zu erfassen und frei von Einflüssen interessierter Dritter zu handeln …».

c) Massgebender Zeitpunkt (zeitliche Relativität)

Die Urteilsfähigkeit muss *im Zeitpunkt der Vornahme des entsprechenden Rechtsgeschäfts* vorliegen.[181] Ob sie vorher bestand oder nachher bestehen wird, ist nicht von Bedeutung.[182] Folglich stellt eine nach gültigem Abschluss des Rechtsgeschäfts eintretende Urteilsunfähigkeit dessen rechtliche Wirkungen nicht in Frage. So ist es beispielsweise im Falle einer letztwilligen Verfügung nicht erforderlich, dass sich die Testatorin im Nachhinein noch daran erinnert, überhaupt verfügt zu haben.[183]

Weil es nur auf die Urteilsfähigkeit im Moment der in Frage stehenden Rechtshandlung ankommt, ist diese auch dann wirksam, wenn sie eine grundsätzlich urteilsunfähige Person in einem luziden Intervall vorgenommen hat.[184] Dafür vorauszusetzen ist allerdings, dass die Person im lichten Augenblick trotz ihrer zeitweiligen geistigen Absenzen einen hinreichend realen Bezug zu den Grundlagen ihres Handelns hat.[185] Je seltener luzide Intervalle auftreten, desto weniger wird dies der Fall sein.[186]

Erfolgen *Willensbildung und -umsetzung* bei einem Rechtsgeschäft nicht unmittelbar miteinander – also nicht gleichzeitig –, 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 und anderen Rechtsgeschäften vorkommen wird –, so ist Urteilsfähigkeit in *beiden Zeitpunkten* erforderlich.[187] 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

---

181 BGE 144 III 264, 271; 134 II 235, 239. Siehe auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 132; GERBER, S. 296.

182 BGE 117 II 231, 232 f.; sodann BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.1. Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 43; siehe weiter BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 34 und 36; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N. 89d.

183 BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 134, m. H. auf OGer ZH, 13. Mai 1975, ZR 1978, S. 38 ff., 42. Siehe auch SEILER, N. 462.

184 Vgl. BGE 124 III 5, 8 f.; WOLF/SETZ, S. 43.

185 Zu alledem auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 132; GERBER, S. 297.

186 GERBER, S. 297.

187 WOLF/SETZ, S. 44. Vgl. auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 133.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

sind.[188] [189] Nach Auffassung 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.[190] Nach unserem Dafürhalten trifft diese pauschale bundesgerichtliche Ansicht nicht zu.[191] Vielmehr ist Urteilsfähigkeit in gleicher Weise und im selben Ausmass auch für das Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung zu verlangen, denn erst in diesem – und nicht bereits im Vorverfahren, wo nicht selten gewisse Fragen vorerst noch offen bleiben und gegebenenfalls sogar mehrere alternative Varianten der Rechtsgeschäftsgestaltung noch erwogen werden, mithin der Inhalt des Rechtsgeschäfts häufig noch nicht definitiv feststeht – bringt der Erblasser seinen animus testandi zum Ausdruck.[192] Ausserdem stellt aus notariatsrechtlicher Sicht das Hauptverfahren das eigentliche Kernstück des gesamten Beurkundungsverfahrens dar;[193] in ihm finden namentlich die – gerade auch für Verfügungen von Todes wegen – ganz zentralen Elemente der Rekognition und der Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Urkundspartei statt.[194] Zu absolut erweist sich u. E. die bundesgerichtliche Ansicht auch insofern, als bei fehlender Urteilsfähigkeit im Vorverfahren, nicht aber im Hauptverfahren, immer von fehlender Verfügungsfähigkeit auszugehen wäre. Dies dürfte derart pauschal kaum richtig sein. Freilich wird die für das Vorverfahren nachgewiesene Urteilsunfähigkeit in der Regel ein starkes Indiz für das Vorliegen von Urteilsunfähigkeit auch im Hauptverfahren bilden.[195]

---

188 BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 4.2.

189 Dazu auch bereits WOLF/SETZ, S. 43. Vgl. weiter BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 12; GERBER, S. 297.

190 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 …». Vgl. auch bereits WOLF/SETZ, S. 44, mit Fn. 83.

191 So schon WOLF/SETZ, S. 44. Siehe zum Entscheid weiter auch die kritischen Anmerkungen von HRUBESCH-MILLAUER, S. 245 f.

192 Zum Ganzen so schon WOLF/SETZ, S. 44; zustimmend SEILER, N. 464, Fn. 1093; GERBER, S. 297.

193 KNB-WOLF, Art. 46 NV N. 3, m. w. H.

194 Dazu ausführlich KNB-WOLF, Art. 46 NV N. 11 ff. Zum Ganzen auch bereits WOLF/SETZ, S. 44.

195 Zu alledem SEILER, N. 464.

5. *«Alles-oder-Nichts-Prinzip» vs. Konzept der abgestuften Verfügungsfähigkeit*

Im Rahmen der Beurteilung der Urteilsfähigkeit gilt das sog. «Alles-oder-nichts-Prinzip».[196] Das bedeutet, dass bei einer Person *die Urteilsfähigkeit entweder vollständig vorliegt oder gänzlich fehlt*. Es gibt keine Zwischenstufen der Urteilsfähigkeit.[197] Eine Person kann also gemäss Art. 16 ZGB nicht etwa teilweise urteilsfähig sein.[198] Auch wenn in der Realität der Grad und die Intensität der Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten unendlich variieren können, ist die rechtliche Urteilsfähigkeit eine binäre Eigenschaft. So liegt sie für eine Person in Bezug auf eine konkrete Handlung und zu einem bestimmten Zeitpunkt vollständig vor und das Geschäft ist gültig oder sie liegt diesbezüglich nicht vor und das Geschäft ist ungültig.[199] Das «Alles-oder-nichts-Prinzip» hat seinen Grund in der Geschäfts- und Rechtssicherheit, die gefährdet wäre, wenn es verschiedene Grade der Urteilsfähigkeit gäbe.[200] So kann ein Grundstückkaufvertrag nicht teilweise abgeschlossen worden sein und eine Einwilligung zu einer bestimmten medizinischen Behandlung kann nicht teilweise abgegeben werden.[201]

Entsprechend dem «Alles-oder-Nichts-Prinzip» wird für *Verfügungen von Todes wegen* von einem Teil der Lehre eine je nach den einzelnen vorgenommenen Anordnungen mortis causa differenzierende Verfügungsfähigkeit abgelehnt. Demnach ist die Verfügungsfähigkeit für das ganze Rechtsgeschäft bzw. die darin getroffenen Anordnungen insgesamt entweder gegeben oder nicht gegeben und eine Teilungültigkeit der Verfügung ausgeschlossen.[202]

---

196 Allgemein zum «Alles-oder-nichts-Prinzip» des Handlungsfähigkeitsrechts BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Vorbemerkungen vor Art. 12-19d N. 29 ff. Siehe weiter auch STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N. 90 und 60, BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 40; OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16 N. 3; SEILER, N. 473.

197 WIDMER BLUM, S. 38; vgl. auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 6, wonach eine Zwischenstufe nicht denkbar und der Rechtsanwender mithin gezwungen ist, «innerhalb der Grauskala jenen «Schwellenwert» zu ermitteln, der die Urteilsunfähigkeit von der Urteilsfähigkeit trennt».

198 KUKO ZGB-HOTZ, Art. 16 N. 11.

199 GROS, S. 139; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Vorbemerkungen vor Art. 12–19d N. 31; siehe auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 40.

200 GROS, S. 139; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 40.

201 GROS, S. 139.

202 CHK ZGB-ABT, Art. 467/468 N. 9; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 467 N. 7; ABT, S. 68; in diesem Sinne wohl auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 40.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Die – jedenfalls im Erbrecht – mehrheitlich vertretene Auffassung stellt allerdings dem «Alles-oder-nichts-Prinzip» das *Konzept der abgestuften Verfügungsfähigkeit* entgegen.[203] Ausgangspunkt dafür bildet das Prinzip der Teilungültigkeit (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR).[204] Verfügungen von Todes wegen enthalten in der Regel mehrere einzelne Anordnungen, so beispielsweise Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und die Einsetzung eines Willensvollstreckers. Diese verschiedenen einzelnen Anordnungen können je für sich betrachtet komplexer oder weniger komplex sein. Damit aber ist denkbar, dass der Erblasser je nach deren Schwierigkeitsgrad für einzelne dieser Verfügungen als urteilsfähig anzusehen ist und für andere nicht.[205] So kann es etwa sein, dass eine in einem Erbvertrag angeordnete komplizierte Nacherbeneinsetzung mangels Urteilsfähigkeit des Erblassers ungültig, ein im gleichen Erbvertrag angeordnetes schlichtes Vermächtnis infolge dafür gegebener Urteilsfähigkeit desselben Erblassers aber gültig ist.[206] Eine solche *Teilungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen* ist auch nach unserem Dafürhalten zuzulassen, dies aus verschiedenen Überlegungen. Zunächst entspricht die Lösung über die Teilungültigkeit in Analogie zu Art. 20 Abs. 2 OR dem Grundsatz des favor testamenti.[207] Sodann ist zu beachten, dass bei separatem Erlass der einzelnen Anordnungen in verschiedenen Verfügungen von Todes wegen die Verfügungsfähigkeit für jedes Rechtsgeschäft gesondert geprüft würde und folglich die Verfügung mit den einfacheren Anordnungen als gültig und diejenige mit den komplizierteren Inhalten als ungültig beurteilt würde. Dass dies bloss deswegen anders sein sollte, weil die Anordnungen unterschiedlichen Schwierigkeitsgrades in einer einzigen Urkunde getroffen werden, wäre nicht konsequent.[208] Ausserdem würde bei Vorliegen mehrerer letztwilliger Verfügungen die vollständige Aufhebung des zeitlich letzten Testaments aufgrund der Vermutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB dazu führen, dass ein zeitlich älteres Testament wieder aufleben würde, welches offensichtlich nicht mehr dem Willen des Testators entspricht. In einer

---

203 BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N. 13; Breitschmid, S. 1431; BK ZGB-Weimar, Art. 468 N. 3; Steinauer, successions, N. 310, Fn. 5; PraxKomm-Zeiter, Art. 467 N. 16; Seiler, N. 475; Aebi-Müller, S. 14 f.; Petermann, N. 140 ff.; CR CC II-Leuba, Art. 467 N. 22 und 45.

204 Das Prinzip der Teilungültigkeit ist für das Erbrecht in Art. 520 Abs. 2 ZGB für einen bestimmten Fall des Formmangels vorgesehen. Es ist aber in Analogie zu Art. 20 Abs. 2 OR auch auf Willensmängel, Rechts- oder Sittenwidrigkeit und selbst auf fehlende Verfügungsfähigkeit – mithin grundsätzlich auf alle Ungültigkeitsgründe – anwendbar. Siehe Seiler, N. 182.

205 Vgl. Seiler, N. 474; BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 467/468 N. 13.

206 BK ZGB-Weimar, Art. 468 N. 3.

207 Aebi-Müller, S. 14; CR CC II-Leuba, Art. 467 N. 22.

208 Seiler, N. 475.

solchen Konstellation kann es als sachgerechter und richtiger erscheinen, die Aufhebung der älteren letztwilligen Verfügung als wirksam zu betrachten, nicht aber die neu getroffenen positiven Anordnungen; wird auf solche Weise die Verfügungsfähigkeit einzig für den Testamentswiderruf bejaht, gelangt das gesetzliche Erbrecht zur Anwendung, was in der Regel eher dem Erblasserwillen entsprechen dürfte als ein durch die Realität offenbar überholtes Testament.[209]

Die soeben dargestellte Möglichkeit der *partiellen Aufrechterhaltung einer Verfügung mittels Teilungültigkeit* steht allerdings unter mehreren Voraussetzungen. Vorab muss der Verfügende – selbstverständlich – in Bezug auf die weniger komplexen Anordnungen urteilsfähig gewesen sein. Weiter müssen die Verfügungsinhalte – unter Ausschluss der komplexen, infolge fehlender Urteilsfähigkeit ungültigen Anordnungen – immer noch Bestand haben können und Sinn ergeben, mithin eine gewisse Eigenständigkeit aufweisen.[210] Zudem muss die Teilaufrechterhaltung der Verfügung dem hypothetischen Willen des Erblassers entsprechen, d. h., er müsste die Aufrechterhaltung der Verfügung mit ihrem reduzierten Inhalt ihrer vollständigen Aufhebung vorgezogen haben.[211]

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung bisher nicht ausdrücklich mit dem Konzept der abgestuften Verfügungsfähigkeit bzw. der Frage der Teilaufrechterhaltung von Verfügungen von Todes wegen unter dem Aspekt der Verfügungsfähigkeit befasst. Im Zusammenhang mit einem Motivirrtum hat das Bundesgericht indessen erkannt, dass eine mangelhafte Verfügung auch teilweise ungültig erklärt werden kann.[212]

Nach dem Gesagten ist der Grundsatz der Teilungültigkeit u. E. auch auf den Fall der Verfügungsunfähigkeit anwendbar. Das damit realisierte Konzept der abgestuften Verfügungsfähigkeit steht letztlich ebenfalls in Einklang mit dem Prinzip der Relativität der Urteilsfähigkeit.[213]

6. Beweis der Urteils(un)fähigkeit

Aus der doppelten Negation in Art. 16 ZGB sowie der allgemeinen Lebenserfahrung folgt, dass die *Urteilsfähigkeit* einer Person die Regel darstellt und

---

209 AEBI-MÜLLER, S. 14; SEILER, N. 476.
210 Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 15; CR CC II-LEUBA, Art. 467 N. 45.
211 CR CC II-LEUBA, Art. 467 N. 45; AEBI-MÜLLER, S. 15; vgl. auch PraxKomm-ZEITER, Art. 467 N. 16.
212 BGE 119 II 208, 210 f. Siehe auch AEBI-MÜLLER, S. 15.
213 Dazu II.B.4. hievor.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

deshalb *zu vermuten ist*.[214] Demzufolge hat derjenige, der die Urteilsunfähigkeit einer Person zu einem bestimmten Zeitpunkt behauptet, die Beweislast dafür zu tragen.[215] Dabei gilt das Beweismass der sehr grossen Wahrscheinlichkeit, dies insbesondere in Bezug auf eine verstorbene Person, für die ein absoluter Beweis naturgemäss nicht erbracht werden kann.[216]

Umstritten ist, ob es sich bei der Vermutung der Urteilsfähigkeit um eine gesetzliche oder eine tatsächliche Vermutung handelt.[217] Auch die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung erweist sich als uneinheitlich. So gehen einige amtlich publizierte Entscheidungen von einer natürlichen Vermutung aus,[218] während andere nicht amtlich publizierte Entscheidungen offenbar eine gesetzliche Vermutung annehmen.[219] Von der Frage, ob es sich um eine gesetzliche oder natürliche Vermutung handelt, hängt ab, ob dagegen der Beweis des Gegenteils oder der Gegenbeweis erbracht werden muss. Wird von einer gesetzlichen Vermutung ausgegangen, so obliegt der beweisbelasteten Partei der Beweis des Gegenteils, während eine tatsächliche Vermutung grundsätzlich mittels Gegenbeweises zu widerlegen ist.[220] Innerhalb der tatsächlichen Vermutungen wird zudem weiter nach tatsächlichen Vermutungen mit normativer Bedeutung und tatsächlichen Vermutungen im Einzelfall differenziert.[221] Um eine tatsächliche Vermutung mit normativer Bedeutung umzustossen, bedarf es des Beweises des Gegenteils, wohingegen für die Widerlegung einer tatsächlichen Vermutung im Einzelfall der Gegenbeweis genügt.[222]

Eine *Umkehr der Vermutung* der Urteilsfähigkeit und Beweislast erfolgt jedoch immer dann, wenn aus der allgemeinen Lebenserfahrung – so etwa bei Kindern, geistig behinderten oder entsprechend altersschwachen Menschen – zu

---

214 AEBI-MÜLLER, S. 16; WOLF/SETZ, S. 44; BGE 124 III 5, 8. Siehe weiter BICHSEL, S. 287, und SOMMER, S. 493.

215 BGE 124 III 5, 8; WOLF/SETZ, S. 44; vgl. auch AEBI-MÜLLER, S. 16.

216 BGE 124 III 5, 8; WOLF/SETZ, S. 44 f., m. w. H.

217 AEBI-MÜLLER, S. 16.

218 Das Bundesgericht hat sich insbesondere in BGE 124 III 5, 8, welcher als Leading-Case betrachtet wird, sowie auch in BGE 129 I 173, 178 und BGE 117 II 231, 234 für eine natürliche Vermutung ausgesprochen.

219 So etwa BGer 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005 E. 4.1 sowie BGer 5C.32/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 3.3.1.

220 BK ZGB-WALTER, Art. 8 N. 493. Wird von einer tatsächlichen Vermutung ausgegangen, so ergibt sich daraus eine Beweiserleichterung; so DIKE-Komm-LEU, Art. 154 N. 127, sowie auch SEILER, N. 487.

221 ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N. 279, m. w. H.

222 ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N. 284 f.

folgern ist, «dass die handelnde Person im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss».[223] In derartigen Ausnahmesituationen gilt alsdann die Vermutung der Urteilsunfähigkeit.[224] Zu einer solchen Umkehr der Beweislast kommt es allerdings nicht bereits bei Vorliegen von hohem Alter, Gebrechlichkeit oder bloss zeitweiser Verwirrung des Testators. Vielmehr bedarf es dafür eines dauernden Zustandes alters- oder krankheitsbedingten Abbaus der geistigen Fähigkeiten, wie er beispielsweise bei Alzheimer eintritt.[225] Ist auf solche Weise die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen und diejenige der Urteilsunfähigkeit eingetreten, so muss die Gegenpartei – soll das in Frage stehende Rechtsgeschäft gültig sein – den Beweis des Gegenteils[226] erbringen, «dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat»[227]. Möglich bleibt auch der Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis der grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit, welcher praktisch sogar im Vordergrund stehen dürfte.[228] [229]

In Bezug auf die Beweiswürdigung hat das Bundesgericht zu Recht festgehalten, dafür entscheidend sei eine *Gesamtbetrachtung des ganzen erhobenen Beweismaterials*.[230]

---

223 BGE 124 III 5, 8. Vgl. auch bereits WOLF/SETZ, S. 45, m. w. H.

224 WOLF/SETZ, S. 45; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N. 495.

225 WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 184; WOLF/SETZ, S. 45.
Siehe dazu aus der Judikatur insbesondere 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 Testamentserrichtung als urteilsunfähig anzusehen war. Die Vermutung der Urteilsunfähigkeit betrifft Fälle, wo sich der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befand, wie er bei altersdementen Menschen notorisch ist …»; bestätigt in BGer 5A_18/2012 vom 11. April 2012 E. 4.2.

226 BGE 124 III 5, 9, spricht vom «Gegenbeweis»; zutreffend u. E. aber BK ZGB-WALTER, Art. 8 N. 495, wonach es um den «Beweis des Gegenteils, der Urteilsfähigkeit», geht. Ebenso bereits WOLF/SETZ, S. 45, Fn. 93.

227 BGE 124 III 5, 8 f.

228 BK ZGB-WALTER, Art. 8 N. 495.

229 Zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 45.

230 BGer 5A_647/2011 vom 31. Mai 2012 E. 4.4.7. Ebenso bereits WOLF/SETZ, S. 46.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

C. Folgen der fehlenden Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit

Gemäss der für *Rechtsgeschäfte unter Lebenden* massgebenden Bestimmung von Art. 17 ZGB sind urteilsunfähige Personen, Minderjährige sowie Personen unter umfassender Beistandschaft handlungsunfähig. Mit Blick auf die konkreten Folgen der Handlungsunfähigkeit ist allerdings im Einzelnen danach zu differenzieren, welche ihrer Voraussetzungen nicht vorliegt.[231] Fehlt die Urteilsfähigkeit, so vermag die betroffene Person unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen[232] durch ihre Handlungen keine rechtlichen Wirkung herbeizuführen (Art. 18 ZGB): Von einem *Urteilsunfähigen* vorgenommene *Rechtsgeschäfte unter Lebenden* sind mithin regelmässig *nichtig*, und die Nichtigkeit ist jederzeit von Amtes wegen zu beachten und kann auch jederzeit von jedermann geltend gemacht werden.[233] Für *urteilsfähige*, aber *nicht volljährige* oder unter *umfassender Beistandschaft* bzw. Vormundschaft stehende Personen besteht eine sog. *beschränkte Handlungsunfähigkeit*.[234] Solche Personen können durch ihr Handeln unter den Voraussetzungen von Art. 19 ZGB bzw. nArt. 19 ff. ZGB Rechtswirkungen herbeiführen.[235]

Anders gestalten sich die Rechtsfolgen einer von einem verfügungsunfähigen Erblasser errichteten *Verfügung von Todes wegen*.[236] 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 mittels *Ungültigkeitsklage* anfechtbar (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).[237] Dies gilt auch dann, wenn die fehlende Verfügungsfähigkeit ihren Grund in der Urteilsunfähigkeit des Erblassers hat.[238] Von einem urteilsunfähigen Erblasser errichtete Verfügungen von Todes wegen sind demzufolge – sofern der erbrechtliche Verfügungswille (animus testandi) gegeben

---

231 WOLF/SETZ, S. 46.

232 Vgl. für solche Ausnahmen OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 18 N. 3; ausführlich BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 18 N. 9 ff.

233 WOLF/SETZ, S. 46, m. w. H. Vgl. auch BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 18 N. 6.

234 WOLF/SETZ, S. 46; weiter OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 19 N. 1. Vgl. zum Begriff der beschränkten Handlungsfähigkeit BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19–19c N. 4 f.

235 WOLF/SETZ, S. 46. Siehe ausführlich zum Handeln der beschränkt handlungsunfähigen Personen BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N. 64 ff.

236 Siehe zu den Rechtsfolgen der fehlenden Verfügungsfähigkeit näher WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 373 ff.

237 Vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 191, für die letztwillige Verfügung, sowie a. a. O., S. 192, für den Erbvertrag.

238 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 46 f.

ist – nicht nichtig, sondern – einem allgemeinen erbrechtlichen Grundsatz entsprechend – nur innert der gesetzlich vorgesehenen Fristen anfechtbar (vgl. Art. 521 ZGB); vorbehalten bleibt gegebenenfalls die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung der Ungültigkeit (Art. 521 Abs. 3 ZGB). Diese – von der für Rechtsgeschäfte unter Lebenden einschlägigen Regelung[239] abweichende – Ordnung des Erbrechts hat ihren Grund in der Wahrung des Andenkens an den Erblasser; seine Anordnungen sollen deshalb wirksam sein, wenn sie nicht angefochten werden.[240] [241]

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

A. Einleitende Bemerkungen

Der Notar ist in seinem Hauptberuf als Urkundsperson Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Als solches errichtet der Notar insbesondere die im Privatrecht vorgesehenen öffentlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte (Art. 21 Abs. 2 NG). Zu den vom Notar im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit zu beachtenden rechtspolizeilichen Funktionen gehört namentlich auch die hier interessierende Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien.[242]

Im Folgenden ist zunächst auf die Rechtsgrundlagen der Prüfungspflicht einzugehen;[243] alsdann sind deren Einzelheiten darzustellen.[244]

B. Rechtsgrundlagen der Prüfungspflicht

1. Einleitung

Die Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit der Urkundsparteien ergibt sich implizit bereits aus dem Bundesrecht und ist regelmässig in den kantonalen Notariatsrechten explizit als notarielle Berufspflicht

---

239 Zu dieser soeben II.C. i.i.

240 Siehe dazu und zum Grundsatz der blossen Anfechtbarkeit mangelhafter Verfügungen von Todes wegen WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 405 f., m. w. H.

241 Zu alledem bereits WOLF/SETZ, S. 47.

242 KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 21 NG N. 17.

243 III.B. sogleich.

244 III.C. hienach.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

verankert.[245] Dass der Notar die Handlungsfähigkeit der Parteien zu prüfen hat, folgt sodann auch aus seiner Pflicht zur Ablehnung der Rogation, wenn eine offensichtlich nicht urteilsfähige Partei an der Beurkundung mitwirken soll.[246]

2. *Pflicht zur Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien*

Das *Bundesrecht* enthält keine besondere explizite Regelung zur Pflicht des Notars, die Handlungsfähigkeit der Parteien und der weiteren an der öffentlichen Beurkundung mitwirkenden Personen zu prüfen.[247] Implizit ergibt sich eine entsprechende Prüfungspflicht des Notars bei Rechtsgeschäften[248] allerdings aus den *Zwecken der öffentlichen Beurkundung* – der Förderung der Klarheit des Rechtsgeschäftes und der Beweissicherung, dem Schutz der Parteien vor Übereilung, dem Erstellen einer sicheren Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register und den rechtspolizeilichen Funktionen[249] –, die sich ihrerseits aus dem Bundesrecht ableiten, sowie auch aus der *Stellung der Urkundsperson als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Der Notar hat ganz allgemein dafür zu sorgen, dass die von ihm beurkundeten Geschäfte möglichst wirksam und unanfechtbar sind.

Die *kantonalen Notariatsrechte* ihrerseits statuieren in der Regel ausdrücklich eine *Pflicht des Notars zur Prüfung der Handlungsfähigkeit* der Parteien und der weiteren mitwirkenden Personen.[250] Nach dem bernischen Notariatsrecht hat der Notar bei der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu prüfen (Art. 43 Abs. 1 NV). Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Notariatsordnungen weiterer Kantone (vgl. Art. 14 LN-GE; Art. 39 Abs. 2 LN-VD; Art. 24 Abs. 1 NG-FR; Art. 37 Abs. 2 lit. a NG-VS; Art. 17 Abs. 2 LN-JU; § 18 Abs. 1 NG-GL; § 26 BeurkG-LU; § 14 NV-ZH).[251] Eine Pflicht zur Prüfung der Handlungsfähigkeit der Parteien besteht selbst dann, wenn diesbezüglich eine explizite Regelung im kantonalen Recht fehlen sollte, denn sie lässt sich – wie soeben schon dargelegt – implizit

---

245 III.B.2. sogleich.
246 III.B.3. hienach.
247 GROS, S. 141; siehe auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 18 N. 131.
248 Für Feststellungsurkunden besteht keine entsprechende Prüfungspflicht; vgl. MOOSER, droit notarial, N. 187, Fn. 553.
249 Dazu näher KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 23 NG N. 8 ff.
250 GROS, S. 141; weiter MOOSER, droit notarial, N. 187.
251 Vgl. die Hinweise bei MOOSER, droit notarial, N. 187, und GROS, S. 141.

bereits aus dem Bundesrecht ableiten. Nach dem Schrifttum ergeben sich entsprechende Prüfpflichten zudem auch schon aus der allgemeinen Wahrheits- und Sorgfaltspflicht der Urkundspersonen[252] oder den rechtspolizeilichen Aufgaben des Notars.[253] Der Notar ist mithin allgemein dazu angehalten, sich vor jeder Beurkundung einer Willenserklärung zu versichern, dass die Parteien handlungs- und damit auch urteilsfähig sind.[254]

3. Pflicht zur Ablehnung der Rogation bei Mitwirkung einer offensichtlich urteilsunfähigen Person (Ausnahme von der Urkundspflicht)

Der Notar ist grundsätzlich verpflichtet, eine bei ihm anbegehrte öffentliche Beurkundung vorzunehmen. Die *Urkundspflicht* besteht – unabhängig von einer allfälligen kantonalrechtlichen Regelung – bereits *von Bundesrechts wegen*.[255] Sie ergibt sich verfassungsrechtlich aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) im Allgemeinen und dem Verbot der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV) im Besonderen.[256] Der Grundsatz der Urkundspflicht wird regelmässig auch in den *kantonalen Notariatsgesetzgebungen* normiert.[257] So ist der Notar nach dem Notariatsrecht des Kantons Bern grundsätzlich verpflichtet, einer Rogation zur Vornahme einer in seine Zuständigkeit fallenden Berufsfunktion Folge zu leisten (Art. 30 NG). Im Einzelnen ist das Entstehen der Urkundspflicht an mehrere Voraussetzungen geknüpft, nämlich eine gültige Rogation (Art. 30 NV), das Vorliegen der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Notars (Art. 20–22 NG) sowie das Fehlen von zwingenden oder fakultativen Ablehnungsgründen (Art. 31 ff. NG).[258]

Eine das Entstehen der Urkundspflicht verhindernde – und in unserem Zusammenhang interessierende – Ausnahme liegt dann vor, wenn bei der Beurkundung *eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll*; in diesem

252 So AEBI-MÜLLER, S. 26 f.; BICHSEL, S. 297; SCHMID, S. 29; STEINER, S. 238.
253 MOOSER, droit notarial, N. 187; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N. 20; KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 11. Vgl. auch GROS, S. 144.
254 Vgl. zu alledem auch GROS, S. 144.
255 MOOSER, droit notarial, N. 143; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 30 NG N. 5.
256 KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 30 NG N. 5, m. w. H.; WOLF/SETZ, S. 48.
257 Vgl. MOOSER, droit notarial, N. 143
258 WOLF/SETZ, S. 48; ausführlich KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 30 NG N. 9 ff.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Fall hat der Notar die Rogation *abzulehnen* (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[259] Die anbegehrte Beurkundung darf somit nicht vorgenommen werden.

C. Einzelheiten der Prüfungspflicht

1. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend ist zunächst einzugehen auf den Inhalt der Prüfung[260] sowie die Kognition der Urkundsperson und den Umfang der Ermittlungspflicht.[261] Anschliessend ist das Vorgehen des Notars je nach Ergebnis der Prüfung zu behandeln.[262]

Die konkrete Vorgehensweise und die den Urkundsperson zur Abklärung der Urteilsfähigkeit zur Verfügung stehenden Mittel sind hienach[263] besonders darzustellen.

2. Inhalt der Prüfung

a) Gegenstand

Die Notarin prüft bei der Beurkundung von Willenserklärungen die Handlungsfähigkeit der Parteien (Art. 43 Abs. 1 NV). Gegenständlich bezieht sich die Prüfung folglich auf *sämtliche Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit*,[264] mithin auf die Urteilsfähigkeit, die Volljährigkeit und das Fehlen einer umfassenden Beistandschaft (vgl. Art. 17 ZGB, e contrario).[265] Darüber hinaus ist weiter abzuklären, ob sonstige erwachsenenschutzrechtliche Vorkehren vorliegen, denn auch solche können einen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit haben.[266]

259 Vgl. auch schon WOLF/SETZ, S. 48.
260 III.C.2.
261 III.C.3.
262 III.C.4.
263 IV.
264 Dazu II.A.1.c. hievor.
265 WOLF/SETZ, S. 49.
266 Siehe II.A.1.c. hievor.

Im Zusammenhang mit Verfügungen von Todes wegen gilt Entsprechendes: Es sind *alle Voraussetzungen der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit* zu prüfen, d. h. die Urteilsfähigkeit und das zurückgelegte 18. Altersjahr (Art. 467 und Art. 468 Abs. 1 ZGB). Für den Erbvertrag ist zudem besonders abzuklären, ob eine seinen Abschluss umfassende Beistandschaft vorliegt, denn diesfalls bedarf es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 ZGB).[267]

b) Personeller Umfang

Zu prüfen ist die Handlungsfähigkeit der *Urkundsparteien* (Art. 43 Abs. 1 NV) bzw. der durch Testament oder Erbvertrag *von Todes wegen verfügenden Personen* (Art. 467 bzw. Art. 468 Abs. 1 ZGB). Der Ablehnungsgrund von Art. 31 Abs. 1 lit. c NG bezieht sich ebenfalls auf die Urkundsparteien.[268] Bei einem Rechtsgeschäft ist Urkundspartei, wer in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lassen (Art. 31 Abs. 1 NV).

Für *Rechtsgeschäfte unter Lebenden* bedarf es einer näheren Differenzierung, weil eine Vertretung möglich ist. Nimmt die *Vertragspartei* selber an der öffentlichen Beurkundung teil, hat der Notar ihre Handlungsfähigkeit – soweit sie vom Privatrecht verlangt wird – abzuklären. Lässt sich die Vertragspartei demgegenüber anlässlich der Beurkundung vertreten, ist – wiederum entsprechend den Vorgaben des Privatrechts – vorab eine Prüfung jedenfalls der Urteilsfähigkeit des *Vertreters* vorzunehmen.[269] Darüber hinaus hat der Notar anlässlich der Prüfung der Vertretungsbefugnis (Art. 43 Abs. 1 NV) – gestützt auf seine Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG) sowie entsprechend den sich aus dem Zivilrecht ergebenden Erfordernissen – auch die Handlungsfähigkeit des Vertretenen abzuklären. Wenn der Notar dies nicht selber tut oder zu tun in der Lage ist, so hat er grundsätzlich immer – und in jedem Fall dann, wenn an der Handlungsfähigkeit des abwesenden Vollmachtgebers Zweifel bestehen sollten[270] – eine Vollmacht mit Unterschriftsbeglaubigung und Bescheinigung der Handlungsfähigkeit des Vertretenen zu verlangen.[271]

---

267 Vgl. zum Ganzen WOLF/SETZ, S. 49 f.

268 KNB-WOLF, Art. 31 NG N. 18.

269 Vgl. zum Ganzen KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 12; WOLF/SETZ, S. 50.

270 Siehe in diesem Sinne BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 987.

271 So zutreffend RUF, N. 698, 1403 und 1407. Zum Ganzen KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 14 und 20, sowie WOLF/SETZ, S. 50. Kritisch zu dieser bernischen Regelung MOOSER, droit notarial, N. 197.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

3. Kognition der Urkundsperson und Umfang der Ermittlungspflicht

Die Prüfung der Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit durch den Notar stellt eine im Rahmen des Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildenden Verfahrens der öffentlichen Beurkundung stattfindende *vorläufige Abklärung* dar. Diese vorzunehmen gehört zwar zu den notariellen Berufspflichten, es kommt ihr aber kein abschliessender Charakter zu.[272] Ist hinsichtlich einer Urkundspartei die Handlungsfähigkeit umstritten, so ist zu deren Beurteilung ausschliesslich der *Zivilrichter* zuständig.[273] Dieser kann – anders als der Notar – im Rahmen des Zivilprozesses nach den dafür geltenden Grundsätzen ein Beweisverfahren durchführen und dabei sämtliche zugelassenen und zur umfassenden Klärung des Sachverhaltes erforderlichen Beweismittel erheben; er allein ist auch befugt, anschliessend – unter Berücksichtigung der Beweislast (Art. 8 ZGB) – autoritativ und rechtskräftig über die Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit – und damit auch über die Urteilsfähigkeit – zu entscheiden.[274] Es besteht diesbezüglich mithin eine grundlegende *Aufgabenteilung zwischen der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit*, und das Justizsystem nimmt demgemäss eine *Rollenverteilung zwischen dem Notar und dem Zivilrichter* vor.[275] Daraus folgt die *Beschränkung der Kognition des Notars auf die Offensichtlichkeit* der Urteilsunfähigkeit: Nur wenn eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll, darf und muss der Notar die Beurkundung verweigern (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[276]

Aus der soeben dargestellten Aufgabenverteilung zwischen Zivilrichter und Notar ist im Schrifttum teilweise geschlossen worden, den Notar treffe hinsichtlich der Urteilsfähigkeit der Parteien eine auf Offensichtlichkeit begrenzte Prüfungspflicht und insofern eine bloss beschränkte Ermittlungspflicht[277]. Dieser Ansicht ist indessen neuerdings entgegen gehalten worden, der Umstand, dass zur rechtskräftigen Beurteilung der Urteilsfähigkeit letztlich allein der

---

272 Vgl. STEINER, S. 237; weiter WOLF/SETZ, S. 51; GROS, S. 142.

273 WOLF, Prüfung, S. 70; WOLF/SETZ, S. 51. Vgl. auch STEINER, S. 237; BICHSEL, S. 297; GROS, S. 142.

274 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 51; weiter WOLF, Prüfung, S. 70.

275 WOLF/SETZ, S. 51.

276 WOLF/SETZ, S. 51. Vgl. auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1002, der einen «klaren Befund herabgesetzter oder fehlender Urteilsfähigkeit» verlangt. Siehe entsprechend für den in Art. 31 Abs. 1 lit. b NG geregelten Fall der Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Beurkundungsinhaltes auch schon WOLF/ZINGG, S. 736 f.

277 In diesem Sinne BICHSEL, S. 297; WOLF/SETZ, S. 51. Vgl. entsprechend auch bereits BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 986.

Zivilrichter zuständig sei, entbinde den Notar nicht von seinen diesbezüglichen Prüfpflichten.[278] Dem ist zuzustimmen, denn der Offensichtlichkeitsmassstab und der Umfang der Prüfungspflicht sind diesbezüglich voneinander zu unterscheiden. Der Offensichtlichkeitsmassstab (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c NG) ist zwar entscheidend für die nach durchgeführter Prüfung zu beantwortende Frage der Vornahme oder Ablehnung der Beurkundung durch den Notar, er bedeutet aber nicht eine bloss auf Offensichtlichkeit beschränkte Prüfpflicht in Bezug auf die Urteilsfähigkeit. Vielmehr ergeben sich aus den verschiedenen Rechtsgrundlagen,[279] der Bedeutung und der Rolle der öffentlichen Beurkundung sowie den Folgen der Urteilsunfähigkeit *erhöhte Anforderungen an die entsprechende, vom Notar vorzunehmende Prüfung und deren Umfang*.[280] Immerhin darf der Notar in der Regel vom Vorliegen der Handlungsfähigkeit der Parteien ausgehen; nur bei Zweifeln hat er weitere Abklärungen vorzunehmen, wobei dafür allerdings schon der geringste Zweifel genügt.[281] Der Umfang der Prüfpflicht des Notars hinsichtlich der Urteilsfähigkeit ist insofern von Fall zu Fall und nach dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* zu bestimmen.[282] Vom Notar kann diesbezüglich nicht mehr als das verlangt werden, was er vernünftigerweise vorzukehren in der Lage ist.[283]

4. Vorgehen des Notars je nach Ergebnis der Prüfung

Je nach Ergebnis der vorgenommenen Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit hat der Notar ein anderes Vorgehen einzuschlagen. Nachfolgend sind die einzelnen Varianten darzustellen.[284]

Resultiert aus der Prüfung des Notars, dass die *Urteilsfähigkeit* einer Urkundspartei *offensichtlich nicht gegeben* ist, so hat er die *Beurkundung abzulehnen* (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[285]

---

278 GROS, S. 142.

279 Zu diesen III.B. hievor.

280 Vgl. auch MOOSER, droit notarial, N. 188b; GROS, S. 142.

281 WOLF/SETZ, S. 51, m. H. auf das Urteil der Notariatskammer des Kantons Bern vom 6. November 1990, S. 249 ff., 254 f., in BN 1994, S. 249 ff.

282 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 994; RUF, N. 490 und 1030; MOOSER, droit notarial, N. 188b; WOLF/SETZ, S. 51 f.

283 MOOSER, droit notarial, N. 188b; GROS, S. 142.

284 Vgl. dazu insgesamt auch schon WOLF/SETZ, S. 52 f.

285 KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N. 21; WOLF/SETZ, S. 52; RUF, N. 695; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1002; STEINER, S. 239; GERBER, S. 332; vgl. auch MOOSER, droit notarial, N. 187.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Ist eine Urkundspartei nicht volljährig oder steht sie unter einer die Handlungsfähigkeit beschränkenden oder entziehenden erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme, ist die Beurkundung nicht automatisch abzulehnen. Vielmehr ist angesichts von Art. 19 ff. ZGB die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) zu prüfen. Ergibt sich dabei, dass die *Partei offensichtlich urteilsunfähig* ist, so ist wiederum die *Beurkundung zu verweigern* (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[286]

In *allen anderen Fällen* ist die *Beurkundung vorzunehmen*, sofern nur die Urteilsfähigkeit gegeben ist.[287] Das Zivilrecht sieht nämlich für urteilsfähige, handlungsunfähige Personen die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter vor (Art. 19 ff. ZGB, insbesondere Art. 19a Abs. 1 ZGB). Dabei hat der Notar aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG) die Parteien über die Rechtslage zu orientieren, d. h. er hat auf das Erfordernis der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter und den bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Schwebezustand dieses sog. hinkenden Rechtsgeschäfts hinzuweisen.[288] Gegebenenfalls wird im Rechtsgeschäft zudem eine Frist vorgesehen, innert welcher die Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hat.[289]

Ist die Urteilsfähigkeit nicht offensichtlich nicht gegeben – in welchem Fall die Beurkundung nach dem soeben Ausgeführten abzulehnen ist –, bestehen an ihr aber gewisse Zweifel, so sehen vereinzelte Notariatsordnungen die Möglichkeit vor, die Beurkundung mit einem entsprechenden Vorbehalt zu versehen.[290] Eine solche Vornahme der Beurkundung unter Vorbehalten widerspricht freilich bereits ganz grundsätzlich der Stellung der öffentlichen Beurkundung im Justizsystem, mithin ihrer Zugehörigkeit zur freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie ihrer Abgrenzung von der autoritativen, mit Rechtskraftwirkung stattfindenden Streitentscheidung durch den Zivilrichter.[291] Weiter schafft ein derartiges Vor-

---

286 WOLF/SETZ, S. 52.

287 Vgl. auch MOOSER, droit notarial, N. 187.
Zu beachten bleibt, dass in konkreten Sondersituationen gegebenenfalls ergänzend das Vorliegen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vor oder mit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes erforderlich und mithin eine nachträgliche Genehmigung ausgeschlossen ist (so Art. 184 ZGB für den Ehevertrag als Ausnahme vom Grundsatz des Art. 19a ZGB).

288 Zum Ganzen KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 13; WOLF/SETZ, S. 52. Vgl. weiter RUF, N. 700 und 1397; MARTI, Art. 13 aND N. 8.

289 KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 16; RUF, N. 1400.

290 Vgl. die Hinweise bei BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1003, Fn. 245, WOLF/SETZ, S. 52 f., und GERBER, S. 332, Fn. 198.

291 WOLF, Vorsorgeauftrag, S. 23. Siehe auch bereits WOLF/SETZ, S. 53, sowie im Zusammenhang mit dem Inhalt der Beurkundung WOLF/ZINGG, S. 736 ff. und 728 ff.

gehen eine dem Zweck der öffentlichen Beurkundung zuwiderlaufende Rechtsunsicherheit und begünstigt – allenfalls völlig unbegründete – Anfechtungsklagen.[292] Die Beurkundung unter einem entsprechenden Vorbehalt erweist sich deshalb im Grunde als bundesrechtswidrig.[293]

Richtigerweise sind bei Zweifeln vorab die dem Notar zur Prüfung der Urteilsfähigkeit zur Verfügung stehenden Mittel auszuschöpfen, die entsprechenden Beweise zu sichern und die getroffenen Erhebungen zu dokumentieren.[294] [295] Gelangt der Notar dabei zum Schluss, dass die Urkundspartei urteilsfähig ist, so hat er die Beurkundung vorzunehmen. Gelangt er dagegen zur Überzeugung, dass die Urkundspartei urteilsunfähig ist, hat er die Beurkundung abzulehnen.[296] Die gewonnene Überzeugung entspricht im Ergebnis der offensichtlich nicht vorhandenen Urteilsfähigkeit, womit eine Ausnahme von der Urkundspflicht greift und die Beurkundung zu verweigern ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG).[297]

IV. Zur Vorgehensweise des Notars bei der Prüfung der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit und zu den dafür zur Verfügung stehenden Mitteln

A. Allgemeines

Der Notar darf grundsätzlich – entsprechend der allgemeinen *zivilrechtlichen Vermutung*[298] – davon ausgehen, dass die am Beurkundungsverfahren mitwirkenden bzw. am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien *urteils- und handlungsfähig* sind.[299] Bestehen keinerlei Anhaltspunkte zu diesbezüglichen Zweifeln,

---

292 MOOSER, droit notarial, N. 178a und 188b; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1003; STEINER, S. 239; WOLF/SETZ, S. 53; WOLF, Vorsorgeauftrag, S. 23. Ebenso besonders für den Vorsorgeauftrag GERBER, S. 332 f., wonach mit einem pauschalen Vorbehalt der Zweck der Schaffung von Klarheit und Rechtssicherheit vereitelt wird, womit die Notariatsperson der Klientschaft nicht dient.

293 WOLF, Vorsorgeauftrag, S. 23.

294 GERBER, S. 333.

295 Dazu näher IV.B. und C., insbesondere IV.C.3. hienach.

296 MOOSER, droit notarial, N. 188b.

297 Dazu schon III.B.3. hievor.

298 Dazu II.B.6. hievor.

299 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 986 ff., besonders N. 992 und 995; MOOSER, droit notarial, N. 188; KNB-WOLF, Art. 31 NG N. 21; STEINER, S. 237; WOLF/SETZ, S. 54.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

muss der Notar nicht besondere und systematische Kontrollmassnahmen ergreifen.[300] So braucht sich etwa eine volljährige Klientin, die zu keinerlei Zweifeln Veranlassung gibt, «keine Testgespräche seitens der Urkundsperson zum Zwecke der Abklärung der Urteilsfähigkeit gefallen zu lassen»[301].[302]

Hat der Notar demgegenüber *Zweifel* an der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit[303] – wobei schon der geringste Zweifel genügt[304] –, so darf er die Beurkundung nicht vornehmen, sondern hat eine entsprechende *Überprüfung* in die Wege zu leiten.[305] Die Beurkundung ist demzufolge aufzuschieben, bis die im konkreten Fall angezeigten Abklärungen getroffen worden sind.[306] Der Umfang und die Intensität der Prüfung sowie die dabei einzusetzenden Mittel sind ebenfalls im konkreten Einzelfall und nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu bestimmen.[307]

Im Rahmen der Feststellung der Handlungsfähigkeit hat der Notar deren einzelne Elemente zu prüfen. Abzuklären sind somit die Volljährigkeit, das Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen bzw. Vorkehren und die Urteilsfähigkeit.[308] Die Prüfung dieser einzelnen Voraussetzungen erweist sich als unterschiedlich schwierig.[309]

B. Prüfung der einzelnen Elemente

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 *Kontrolle eines amtlichen Ausweises*

---

300 Vgl. MOOSER, droit notarial, N. 188b; GROS, S. 146.
301 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 995.
302 Vgl. auch BIRI, N. 95; VOSER, S. 229 ff.; GROS, S. 146.
303 Zu Anhaltspunkten für Zweifel bzw. Anzeichen einer möglicherweise vorliegenden Urteilsunfähigkeit IV.C.1. hienach.
304 Vgl. so Urteil der Notariatskammer des Kantons Bern vom 6. November 1990, BN 1994 S. 249 ff., 254 f.
305 Siehe auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993 und 999; weiter MOOSER, droit notarial, N. 188b, und GROS, S. 146.
306 Zu alledem auch schon WOLF/SETZ, S. 54; vgl. weiter KNB-WOLF, Art. 31 NG N. 22.
307 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 994; RUF, N. 1030; WOLF, Prüfung, S. 69; WOLF/SETZ, S. 54.
308 Dazu näher IV.B. sogleich.
309 Zum Ganzen bereits WOLF/SETZ, S. 54.

ohne weiteres feststellen.[310] Eine Ausweiskontrolle ist ohnehin bereits für die vom Notar ebenfalls vorzunehmende Feststellung der Identität der Parteien (Art. 43 Abs. 1 NV) regelmässig erforderlich.[311] Die Prüfung bietet keinerlei Schwierigkeiten.[312]

2. Fehlen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen

a) Einholen eines Handlungsfähigkeitszeugnisses

Bei Zweifeln an der Handlungsfähigkeit einer Partei ist vorab zu prüfen, ob in Bezug auf sie eine Massnahme des Erwachsenenschutzrechts (Art. 360 ff. ZGB, insbesondere behördliche Massnahmen gemäss Art. 388 ff. ZGB) vorliegt oder nicht. Dies lässt sich durch das Einholen eines *Handlungsfähigkeitszeugnisses* klären.[313] Nach herkömmlicher Rechtsauffassung konnte der Notar ein entsprechendes Zeugnis nicht selber direkt einfordern, sondern musste die betroffene Person dazu anhalten, das Zeugnis bei der zuständigen Behörde einzuverlangen und ihm alsdann vorzulegen.[314] Der mit dem Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Art. 451 Abs. 2 ZGB sieht nun vor, dass wer ein Interesse glaubhaft macht, von der Erwachsenenschutzbehörde *Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes* verlangen kann.[315] Nach hier vertretener Ansicht verfügt der Notar generell über ein entsprechendes Interesse an der Auskunftserteilung, so dass er dieses nicht noch besonders rechtfertigen – d. h. glaubhaft machen – muss. Wollte man demgegenüber – was u. E. angesichts der Stellung und Aufgaben der Urkundspersonen nicht richtig wäre – das Bestehen eines generellen Interesses des Notars verneinen, so müsste sich die Behörde jedenfalls mit der blossen Bestätigung über das Vorliegen einer Rogation begnügen; über Art und

---

310 MARTI, Art. 13 aND N. 4; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 991.

311 Vgl. KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 6 und 8, m. w. H.

312 Siehe schon WOLF, Prüfung, S. 67, und zu alledem ebenfalls bereits WOLF/SETZ, S. 55.

313 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993; GROS, S. 147 f.; zum Ganzen auch WOLF/SETZ, S. 55.

314 So noch WOLF/SETZ, S. 55, m. H. Ebenso BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993; KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 16.

315 Der Anspruch auf Auskunft erfasst dabei nicht nur amtsgebundene oder nicht amtsgebundene «behördliche Massnahmen», sondern allgemein Massnahmen des Erwachsenenschutzes, mithin auch diejenigen Fälle, in welchen die Erwachsenenschutzbehörde in den Bereichen der eigenen Vorsorge – wozu namentlich der Vorsorgeauftrag gehört – und der Massnahmen von Gesetzes wegen tätig werden muss; so SCHMID H., Art. 451 N. 9.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts darf der Notar der Behörde aufgrund des von ihm zu wahrenden Berufsgeheimnisses keinerlei Auskunft erteilen.[316] Dem Notar stehen somit *zwei Varianten des Vorgehens* offen: Entweder veranlasst er seinen Klienten dazu, ein Handlungsfähigkeitszeugnis bei der Erwachsenenschutzbehörde zu verlangen, oder er holt das Zeugnis direkt selber bei der Behörde ein.[317] Welcher Weg vorzugsweise einzuschlagen ist, ist im Einzelfall anhand der konkret gegebenen Umstände zu entscheiden. Mit Blick auf das zwischen Klient und Notar zu wahrende Vertrauensverhältnis ist es mit dem Klienten auf jeden Fall abzusprechen, wenn der Notar das Handlungsfähigkeitszeugnis direkt selber einholt. Ohnehin wird der Notar bei Zweifeln an der Handlungsfähigkeit vorerst regelmässig ein vertieftes Gespräch mit der betroffenen Person führen,[318] in dessen Rahmen alsdann auch das Einholen des Handlungsfähigkeitszeugnisses thematisiert werden kann. Die Beibringung des Handlungsfähigkeitszeugnisses ist damit ohne grossen Aufwand möglich.[319]

b) Beschränkte Aussagekraft des Handlungsfähigkeitszeugnisses

Das Handlungsfähigkeitszeugnis enthält eine von der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde ausgestellte Bestätigung, wonach hinsichtlich der betroffenen Person *keine erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen vorliegen*.[320] Das Ausstellen des Handlungsfähigkeitszeugnisses erfolgt allerdings als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Rahmen einer rein formalen Prüfung.[321] Dementsprechend ist sein *Beweiswert beschränkt*. Es darf deshalb aus dem Fehlen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen nicht ohne weiteres auf das Vorhandensein der Handlungs- und Urteilsfähigkeit geschlossen werden.[322] Im Bereich des Verfassens eines Testaments ist sogar davon auszugehen, dass nicht wenige Erblasser, die dafür als urteilsunfähig angesehen werden müssen, nicht bereits vorher durch eine erwachsenenschutzrechtliche Vorkehr

316 Ebenso zutreffend schon MOOSER, responsabilité, S. 173 f.
317 So auch GROS, S. 147 f.
318 WOLF/SETZ, S. 56. Ebenso die Reihenfolge bei BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 998 f., und KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 16.
319 WOLF/SETZ, S. 56.
320 WOLF/SETZ, S. 55; GROS, S. 147 f.; siehe auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993, Fn. 237.
321 WOLF/SETZ, S. 55, m. H.
322 WOLF/SETZ, S. 55; ebenso GROS, S. 148, und AEBI-MÜLLER, S. 24; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 169, sowie Art. 18 N. 135, wonach sich die Bezeichnung «Handlungsfähigkeitszeugnis» insofern als irreführend erweist.

in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt worden sind.[323] Aus einem Handlungsfähigkeitszeugnis allein lässt sich demnach keinesfalls ein definitiver Schluss hinsichtlich der Urteilsfähigkeit in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft ziehen.[324]

Umgekehrt genügt das Vorliegen einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme nicht per se als ausreichender Beweis einer behaupteten Urteilsunfähigkeit.[325] Der Umstand, dass eine Person mittels einer erwachsenenschutzrechtlichen Vorkehr vor den Konsequenzen eines unbedachten Handelns geschützt werden muss, kann aber gegebenenfalls ein Indiz bzw. Beweismittel für eine beeinträchtigte Urteilsfähigkeit bilden.[326]

3. Vorliegen der Urteilsfähigkeit

In einem weiteren Schritt hat der Notar die Urteilsfähigkeit abzuklären.[327] Im Vergleich mit der Prüfung der Volljährigkeit und des Fehlens erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen[328] erweist sich die Ermittlung der Urteilsfähigkeit für den Notar als wesentlich komplexer und schwieriger.[329] Letztlich kann die Urteilsfähigkeit nie mit absoluter Sicherheit bejaht oder verneint werden.[330] [331] Auf die Prüfung der Urteilsfähigkeit ist sogleich nachfolgend[332] näher einzugehen.

---

323 AEBI-MÜLLER, S. 24.

324 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 55.

325 BGer 5A_88/2013 vom 21. Mai 2013, E. 2.1, wonach auch einer wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter eine umfassende Beistandschaft (Art. 398 Abs. 1 ZGB) gestellten Person die Urteilsfähigkeit nicht generell abgesprochen werden kann; auch «in diesem Fall geht die betroffene Person bloss der Handlungsfähigkeit verlustig (Art. 398 Abs. 3 ZGB). Ein rechtskräftiger Entscheid über die Urteilsfähigkeit der verbeiständeten Person verbindet sich damit nicht.»

326 Zum Ganzen BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 168, m. w. H.

327 Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993; GROS, S. 148.

328 Dazu IV.B.1. und 2. soeben.

329 WOLF/SETZ, S. 56. Siehe auch schon WOLF, Prüfung, S. 67.

330 So ebenfalls PETERMANN, N. 163: «Eine absolute Sicherheit gibt es nie.»

331 Zu alledem schon WOLF/SETZ, S. 56.

332 IV.C.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

C. Insbesondere die Prüfung der Urteilsfähigkeit

1. Anzeichen einer möglicherweise vorliegenden Urteilsunfähigkeit

Eine vorliegende Urteilsunfähigkeit zu erkennen, kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten, letztlich besteht diesbezüglich nie absolute Gewissheit.[333] Angesichts der Pflicht des Notars, bei Vorliegen von Zweifeln die Urteilsfähigkeit der Partei abzuklären, fragt sich, wann denn solche Zweifel sich einstellen können.[334]

Die äussere Erscheinung und das Auftreten des Klienten erweisen sich nicht per se als verlässliche Elemente für eine Beurteilung. Gerade an Demenz erkrankte Menschen können es verstehen, ihre kognitiven Defizite geschickt zu verbergen. Sie sind oftmals in der Lage, ihre Probleme mittels eines sog. «Fassadeverhaltens» – durch Konzentration und Verhaltenskontrolle – jedenfalls kurzfristig zu kaschieren.[335] Auf längere Frist lässt sich ein solches Kontrollverhalten allerdings nicht aufrecht halten. Insofern erweisen sich ein länger dauerndes Beobachten des Verhaltens der Person und allenfalls vertiefte – auch medizinische – Abklärungen als angezeigt und unter Umständen als erforderlich, um weiteren Aufschluss zu gewinnen.[336]

Stichwortartig ist bei der Prüfung namentlich auf folgende *Anzeichen* zu achten:[337]

– Es liegen mangelnde Kommunikationsfähigkeiten vor; es ist keine eigentliche gegenseitige Kommunikation möglich oder bloss eine solche oberflächlichen Inhalts;
– es besteht eine Unfähigkeit, die eigene Situation oder namentlich eine Krankheit anzuerkennen;
– es fehlt das Verständnis zur Aufnahme von Informationen durch den Notar oder es fehlt die Fähigkeit, die Informationen bei der Entscheidung mitzuberücksichtigen; die Person ist mithin Argumenten nicht zugänglich oder reagiert nicht angemessen darauf;
– es fehlt am Vermögen, vorhandene Alternativen gegeneinander abzuwägen;

---

333 PETERMANN, N. 163; vgl. auch WOLF/SETZ, S. 56, und hievor Fn. 330.
334 GERBER, S. 334.
335 Vgl. auch RENZ, N. 621.
336 Zum Ganzen GERBER, S. 334.
337 Zum Folgenden insgesamt GERBER, S. 334, m. w. H.

- es liegt eine Diskrepanz vor zwischen den bekannten oder ermittelten Werten und Haltungen der Person und deren Entscheidungen; es werden plötzliche und unbegründete Kehrtwendungen vorgenommen;
- es liegen Unbeständigkeit oder gegenteilig fehlende Flexibilität in den Entscheidungen vor; die Person trifft auffällig «starre» oder «labile» Einschätzungen oder Willensäusserungen;
- es fehlt die Erinnerung an früher getroffene Entscheidungen oder Verfügungen; die Partei erinnert sich nicht mehr daran, was im letzten Gespräch festgehalten worden ist;
- Inhalte und Motive der Entscheidungen sind unvernünftig und nicht konsistent; sie sind auch bei einer Betrachtung aus der Sicht der betroffenen Person nicht logisch nachvollziehbar, nicht persönlichkeits- oder situationskonform.

Demgegenüber sind fehlende Rechtskenntnisse oder das Vorliegen einer Hilfsbedürftigkeit, so sie von der betroffenen Person erkannt werden und dafür die Beratung durch einen Notar in Anspruch genommen wird, in der Tendenz ein Indiz für das Bestehen der Urteilsfähigkeit. Richtet sich der Klient mit Fragen hinsichtlich eines abzuschliessenden Rechtsgeschäfts an eine Urkundsperson, so lassen sich daraus gegebenenfalls gerade entsprechende Fähigkeiten ableiten.[338]

2. Zum Vorgehen der Urkundsperson im Allgemeinen

a) Keine allgemein feststehende Vorgehensweise

Eine *allgemein feststehende Vorgehensweise* für den Notar bei der Feststellung der Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit *gibt es nicht*.[339] Namentlich bestehen keinerlei Vorschriften darüber, was die Urkundsperson diesbezüglich konkret vorzunehmen hat;[340] dies zu Recht, denn angesichts der unbegrenzten Vielfalt tatsächlich möglicher Lebenssachverhalte erwiese sich eine generell-abstrakte Normierung als eigentlich unmöglich. Das Schrifttum seinerseits enthält demgegenüber Ausführungen und Hinweise zum allgemeinen Vorgehen des Notars

338 Zum Ganzen GERBER, S. 335.
339 Vgl. schon WOLF, Prüfung, S. 69; WOLF/SETZ, S. 56.
340 GERBER, S. 335; VOSER, S. 229.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

sowie zu den von ihm je nach Konstellation zu ergreifenden einzelnen Massnahmen und Möglichkeiten.[341] [342] Letztlich bleibt die konkrete Vorgehensweise der Urkundsperson überlassen.[343]

b) Situationsbezogenes, einzelfallabhängiges und verhältnismässiges Vorgehen

In Bezug auf die Urteilsfähigkeit einer Person ist stets eine *einzelfallabhängige Beurteilung* vorzunehmen.[344] Dies ergibt sich schon aus der materiell-zivilrechtlichen Ausgangslage. So hat der Notar – im Sinne allgemeiner Leitlinien – namentlich auf die beiden die Urteilsfähigkeit ausmachenden Elemente der *Willensbildungsfähigkeit* und der *Willensumsetzungsfähigkeit* zu achten.[345] Zu prüfen ist folglich nicht nur die intellektuelle Seite der Urteilsfähigkeit, sondern auch die voluntative, d. h. die Fähigkeit der Partei, den von ihr gebildeten Willen umzusetzen und der Beeinflussung durch andere Personen zu widerstehen.[346] Zu berücksichtigen ist sodann auch die *Relativität der Urteilsfähigkeit*.[347] Die Urteilsfähigkeit muss gegenständlich in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft bzw. eine konkrete Handlung gegeben sein; zeitlich muss sie im Moment sowohl der Willensbildung als auch der Errichtung des Rechtsgeschäftes vorliegen.[348] [349] Aus alledem folgt, dass die Abklärungen und die Wahl der Mittel durch die Urkundsperson *situationsbezogen, dem Einzelfall entsprechend und* damit auch *verhältnismässig* erfolgen müssen.[350]

c) Bewusstsein des fehlenden medizinischen Fachwissens

Für den Notar können sich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass er in aller Regel keine medizinische Ausbildung genossen hat. Dem Nicht-Mediziner wird

---

341 Siehe auch GROS, S. 148.
342 Zu den möglichen Mitteln zur Abklärung IV.C.3. hienach.
343 STEINER, S. 238; VOSER, S. 229.
344 Vgl. auch schon WOLF/SETZ, S. 56.
345 Dazu II.B.2. hievor.
346 Dazu II.B.2.c. hievor.
347 II.B.4. hievor.
348 Dazu II.B.4.b. und c. hievor.
349 Siehe zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 56.
350 Siehe auch GERBER, S. 335.

bei Verdacht der Urteilsunfähigkeit im Grunde nur ein vorabklärendes Tätigwerden im Sinne eines Ausschlussverfahrens möglich sein.[351] Dieses Umstandes muss sich der Notar bewusst sein. Praktisch folgt daraus, dass *für entsprechende Abklärungen ein Experte beizuziehen ist*. Namentlich ist die Vornahme von Tests und Screening-Verfahren einer Fachperson zu überlassen.[352]

Als nicht einfach gestaltet sich die Beurteilung der Urteilsfähigkeit auch dann, wenn der Notar die Parteien nicht kennt und sie nur kurz sieht. In einem solchen Fall wird es ihm «kaum möglich sein, zwischen einem urteilsfähigen „komischen Kauz" und einer in ihren geistigen Fähigkeiten ernsthaft beeinträchtigten Person zu unterscheiden»[353].[354] Liegt eine entsprechende Konstellation vor, dürften weitere, fachliche Abklärungen in der Regel angezeigt sein.

d) Vorgehen unter partnerschaftlichem Einbezug der betroffenen Person

Die Prüfung der Urteilsfähigkeit einer Partei stellt für den Notar eine heikle *Gratwanderung* dar, welche mit viel Fingerspitzengefühl vorzunehmen ist.[355] Es ist mithin feines Gespür dabei verlangt, damit das Vertrauensverhältnis zur Urkundsperson nicht beeinträchtigt wird. Denn die betroffene Person wird auf das Erheben von Zweifeln an ihrer Urteilsfähigkeit unter Umständen irritiert reagieren.[356] Der Klient wird für die Vornahme entsprechender Abklärungen in der Regel und jedenfalls zunächst wenig Verständnis aufbringen. Das gilt bereits für ein persönliches Gespräch mit ihm und erst recht für die Einholung von Arztzeugnissen oder gar psychiatrischen Gutachten.[357]

Freilich *hat in erster Linie die Urkundspartei selbst ein Interesse daran, dass das von ihr anbegehrte, vom Notar zu beurkundende Rechtsgeschäft unangefochten Bestand hat*, mithin vollumfänglich vollzogen werden kann.[358] Der Notar kann und muss deshalb seinen Klienten auf die Gefahr eines gegebenenfalls wegen umstrittener Urteilsfähigkeit drohenden Anfechtungsprozesses

---

351 PETERMANN, N. 379; so auch bereits WOLF/SETZ, S. 56.
352 Dazu näher IV.C.3.c. hienach.
353 AEBI-MÜLLER, S. 25.
354 Siehe dazu auch schon WOLF/SETZ, S. 56.
355 WOLF, Prüfung, S. 69, Fn. 65; WOLF/SETZ, S. 57; GROS, S. 148. Siehe auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 995.
356 Siehe zu alledem GERBER, S. 335.
357 Vgl. zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 57.
358 WOLF/SETZ, S. 57; weiter PETERMANN, N. 160 ff.; AEBI-MÜLLER, S. 26; GERBER, S. 335; GROS, S. 148.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

hinweisen. Dass der Notar die Parteien darüber zu orientieren hat, ergibt sich u. E. in erster Linie aus der Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG) und weiter ebenso aus der Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG). Daraus folgt weiter auch, dass der Notar *die geeigneten Vorkehren zum Ausschluss oder jedenfalls zur Minimierung des Ungültigkeitsrisikos zu ergreifen* hat.[359] [360] Es ist allgemein Aufgabe der Urkundsperson, dafür zu sorgen, dass sowohl die Beurkundung von Willenserklärungen einer urteilsunfähigen Person als auch die Möglichkeit der Anfechtung eines Rechtsgeschäftes einer urteilsfähigen Person vermieden werden können.[361]

Mit Blick auf das soeben erwähnte eigene Interesse der Urkundspartei an einer möglichst vollständigen, reibungslosen und unanfechtbaren Realisierung ihres rechtsgeschäftlichen Willens ist bei der Abklärung der Urteilsfähigkeit ein *partnerschaftliches Vorgehen* des Notars zusammen mit seinem Klienten angezeigt.[362] Hilfreich ist es, die eigene Rolle und Aufgabe als Urkundsperson dem Klienten zu erläutern.[363] Der Notar hat somit keinesfalls als Untersuchungsperson, sondern vielmehr als Urkundsperson aufzutreten, und er hat die *Beweise der abgeklärten und bejahten Urteilsfähigkeit* rein vorsorglich mit Blick auf einen gegebenenfalls drohenden, nachträglichen Anfechtungsprozess – der sich gegen das Rechtsgeschäft der Klientschaft richtet – *zu sichern*.[364] Es empfiehlt sich mithin, zu dokumentieren, warum sich Zweifel an der Urteilsfähigkeit ergeben haben, welche Abklärungen konkret vorgenommen worden sind und zu welchem Ergebnis sie geführt haben.[365] [366] Eine solche, auf Partnerschaft beruhende Vorgehensweise erweist sich umso mehr als angezeigt, als die Urkundsperson bei ihren Abklärungen auf die Mitwirkung ihres Klienten angewiesen ist; sie kann diesen nicht etwa zwangsweise medizinischen Tests u. Ä. unterziehen.[367]

---

359 Ebenso – 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» bedeutete, «nicht für entsprechende Klärung zu sorgen».

360 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 57.

361 GROS, S. 148.

362 Vgl. WOLF/SETZ, S. 57.

363 GERBER, S. 335.

364 Zu alledem bereits WOLF/SETZ, S. 57.

365 GERBER, S. 335, m. w. H.

366 Vgl. zur Beweissicherung und Dokumentation namentlich auch IV.C.3.a.ff. und f. hienach.

367 WOLF/SETZ, S. 57.

Im Folgenden[368] ist auf die dem Notar bei der Prüfung der Urteilsfähigkeit zur Verfügung stehenden Mittel einzeln einzugehen.

3. Die einzelnen Mittel zur Feststellung der Urteilsfähigkeit

a) Persönliches Gespräch

aa) Allgemeines

Zunächst wird der Notar mit der Partei ein *persönliches, vertiefendes Gespräch* führen und auf diese Weise versuchen, sich ein Bild über deren geistige Fähigkeiten zu machen. Ein solches Gespräch kann bereits ausreichen, um die Zweifel an der Urteilsfähigkeit auszuräumen.[369] Vor der Vornahme der Beurkundung ist in aller Regel ohnehin eine Besprechung mit den Parteien erforderlich, in welche sich das entsprechende persönliche und vertiefende Gespräch ohne Weiteres integrieren lässt.[370] Gegebenenfalls können dabei mit einem sensiblen Vorgehen Erkenntnisse gewonnen werden, ohne das Thema der Urteilsfähigkeit dem Klienten gegenüber ausdrücklich ansprechen zu müssen.[371] Generell steht für die Urkundsperson das Gespräch mit den Parteien im Vordergrund und es stellt ihre bevorzugte Abklärungsmethode dar.[372]

bb) Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für Gespräch und Beurkundung

Für das Gespräch mit dem Klienten – und selbstverständlich auch für die allenfalls nachfolgende Beurkundung – sind *möglichst günstige Rahmenbedingungen* zu schaffen.[373] Das Einräumen von genügend Zeit für die Meinungsbildung der Partei, ein vertrautes Umfeld – wie es etwa bei einem Hausbesuch

368 IV.C.3.
369 GROS, S. 148; vgl. auch schon WOLF/SETZ, S. 58. Siehe weiter BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993; MOOSER, droit notarial, N. 188b; STEINER, S. 238; KNB-WOLF, Art. 43 NV N. 16.
370 Vgl. WOLF/SETZ, S. 58; sodann auch GROS, S. 149.
371 VOSER, S. 232.
372 Vgl. VOSER, S. 234.
373 Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 25.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

gewährleistet wäre[374] – und weitere vorteilhafte Bedingungen können sich auf den geistigen Zustand positiv auswirken.[375] Namentlich bei älteren oder kranken Menschen ist für das Gespräch viel Zeit einzuplanen und Geduld aufzubringen.[376] Mit dem Altersheim oder dem Spital ist ein Termin abzusprechen, welcher für den Klienten angesichts seines Tagesablaufes, seiner tageszeitabhängigen Schwankungen oder mit Blick auf die Medikamenteneinnahme und deren Nebenwirkungen[377] für ein Gespräch bzw. die Vornahme der Beurkundung am günstigsten ist.[378] Mithin ist für Gespräch und Beurkundung die optimale Tageszeit zu ermitteln, und es sind alsdann Gespräch und Beurkundung zu diesem Zeitpunkt durchzuführen. Dabei dürfte in der Regel der Vormittag für manche geistig geschwächte Personen günstiger sein als der Nachmittag oder gar der Abend.[379] Ganz allgemein ist auch im Altersheim oder Spital darauf zu achten, dass die Besprechung – und ebenfalls die Beurkundung – in einer ruhigen Atmosphäre und natürlich in einem abgeschlossenen, die Geheimhaltung wahrenden Raum stattfinden.[380]

cc) Gezieltes Fragen

Im Rahmen des persönlichen Gesprächs sind der Partei *gezielte Fragen* zu stellen, damit sich der Notar ein Bild vom Geisteszustand seines Klienten machen kann und sich davon zu überzeugen vermag, dass dieser die Tragweite des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts und dessen Auswirkungen versteht.[381] Ein von der Urkundsperson vorbereiteter, strukturierter Fragebogen erweist sich als wichtige und hilfreiche Gesprächsgrundlage.[382]

---

374 Die Klienten bei ihnen zuhause aufzusuchen, kann ratsam sein; wenn allerdings dadurch die Gefahr der Beeinflussbarkeit besteht, ist ein neutraler Ort regelmässig vorzuziehen. Vgl. so GROS, S. 155.

375 Zu alledem GERBER, S. 337, m. w. H.

376 VOSER, S. 236.

377 Siehe diesbezüglich BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009, namentlich E. 6, zu den Auswirkungen der Verabreichung von Morphium an einen an Krebs erkrankten Testator.

378 VOSER, S. 236; AEBI-MÜLLER, S. 25, mit Fn. 178. Siehe weiter auch GROS, S. 156.

379 Vgl. zu alledem AEBI-MÜLLER, S. 25, mit Fn. 178.

380 Siehe auch VOSER, S. 237.

381 WOLF/SETZ, S. 58; vgl. auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 998; STEINER, S. 238; weiter GROS, S. 149.

382 Vgl. VOSER, S. 232.

dd) Grundsatz der Durchführung des Gesprächs ohne Anwesenheit von Begleitpersonen

Das Gespräch hat wenn immer möglich *ohne die Anwesenheit weiterer Personen* – z. B. ohne den die Partei begleitenden Ehegatten oder Lebenspartner – stattzufinden, um eine Fremdbeeinflussung zu vermeiden.[383] Wenn der Klient indessen wünscht, dass er von jemandem zur Besprechung beim Notar begleitet wird, so kann mit Blick auf eine allfällige Beeinflussung auch das Verhalten der Begleitperson weiteren Aufschluss geben. Antwortet etwa anstelle des befragten Klienten stets die ihn begleitende Person, greift diese immer korrigierend ein, ist Vorsicht angezeigt. Ist ein Gespräch ohne die Begleitperson gar nicht möglich, so wird dem Klienten die eigene Kommunikationsfähigkeit fehlen. In solchen Fällen empfiehlt es sich, auf einem weiteren Termin und einem Einzelgespräch zwischen Klient und Notar ohne Bezugsperson zu bestehen, damit allfällige Abweichungen im Verhalten und in den Aussagen des Klienten ermittelt werden können.[384]

ee) Zum Inhalt des Gesprächs

Die anlässlich des persönlichen Gesprächs mit der Partei zu thematisierenden Aspekte richten sich nach dem *konkret in Frage stehenden Rechtsgeschäft*. Allgemein – und besonders bei Verfügungen von Todes wegen – hat der Notar zu versuchen, sich einen *Überblick zu verschaffen* über das persönliche Umfeld der Partei bzw. des Testators sowie gegebenenfalls über dessen Weltanschauung und religiöse bzw. politische Ansichten.[385] Der Klient ist demnach zu seinem familiären und sozialen Umfeld, zu seiner konkreten persönlichen Lebenssituation, zu den von ihm zum beabsichtigten Rechtsgeschäft angestellten Überlegungen sowie unter Umständen auch zu den ihn persönlich oder wirtschaftlich unterstützenden Personen zu befragen.[386] Der äusserliche Zustand der Partei – wie Kleidung, Gang, Motorik, Pflegezustand usw. – und nonverbale Verhal-

---

383 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 998; WOLF/SETZ, S. 58; VOSER, S. 237; GROS, S. 148 f.

384 Zum Ganzen GERBER, S. 337, m. w. H.; siehe zu Begleitpersonen weiter auch VOSER, S. 237.

385 STEINER, S. 238; WOLF/SETZ, S. 58.

386 AEBI-MÜLLER, S. 26; WOLF/SETZ, S. 58.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

tensweisen[387] sowie der Inhalt ihrer Erklärungen sind in eine *Gesamtwürdigung* miteinzubeziehen.[388]

Im Zusammenhang mit der *Verfügungsfähigkeit von Todes wegen* sind in Bezug auf den Testator nach MONSCH allgemein die folgenden *vier wesentlichen Fragen* zu prüfen: (1.) Ist der Testator fähig, den Inhalt des Rechtsgeschäfts mit eigenen Worten wiederzugeben?; (2.) Ist der Testator fähig, nachvollziehbar zu begründen, warum er diese Anordnungen treffen möchte?; (3.) Ist der Testator fähig, die verschiedenen sich bietenden Alternativen zu erklären?; (4.) Ist der Testator fähig, seine Entscheidung mündlich oder schriftlich verständlich auszudrücken?[389] Die vier Fragen lassen sich u. E. entsprechend angepasst auch im Kontext mit anderen Rechtsgeschäften als Prüfgrundlage verwenden.

Bei Testamenten kann es sodann hilfreich sein, frühere Verfügungen zum Vergleich heranzuziehen, damit allenfalls bei erheblichen Änderungen nach deren Begründung gefragt werden kann.[390] Will der Testator massive Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge oder von früher errichteten Verfügungen vornehmen, ohne dass er dafür nachvollziehbare Gründe anführen kann, ist Zurückhaltung angezeigt, dies besonders dann, wenn eine Abhängigkeit gegenüber zu begünstigenden Personen erkennbar ist.[391]

ff) Dokumentation des Gesprächs

Der Notar hat über das mit der Urkundspartei geführte Gespräch, dessen Inhalt und Ergebnisse eine *Dokumentation* zu erstellen und zu seinen Akten zu nehmen.[392] Die Dokumentation dient in erster Linie als Beweismittel über die getroffenen Abklärungen und deren Erkenntnisse für den Fall, dass im Rahmen eines späteren Anfechtungsprozesses die Urteilsfähigkeit des Klienten bestritten werden sollte. Insofern lässt sie sich namentlich aus der Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG) des Notars ableiten.[393]

---

387 Vgl. GERBER, S. 336.
388 Vgl. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2401; zu alledem auch schon WOLF/SETZ, S. 58.
389 Zum Ganzen MONSCH, S. 18. Vgl. auch GROS, S. 149.
390 STEINER, S. 238; WOLF/SETZ, S. 58; weiter AEBI-MÜLLER, S. 26.
391 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2401; ebenso schon WOLF/SETZ, S. 58.
392 AEBI-MÜLLER, S. 26; WOLF/SETZ, S. 59. Vgl. auch VOSER, S. 232, und GROS, S. 149.
393 Zur Dokumentation der getroffenen Abklärungen näher IV.C.3.f. hienach.

b) Informationen seitens nahestehender Personen

Grundsätzlich kann es auch sinnvoll sein, *Informationen bei Bezugspersonen, Angehörigen oder dem Klienten nahestehenden Personen* einzuholen. Ein solches Vorgehen setzt allerdings das Einverständnis des Klienten voraus.[394] Die Angaben der nahestehenden Personen hinsichtlich bestimmter Fähigkeiten der Partei sind mit einer schriftlichen Bestätigung zu versehen und müssen möglichst präzise sein, um später wirklich als Beweismittel dienen zu können.[395]

Angehörige und Bekannte des Klienten kennen diesen und seine Wertvorstellungen oftmals gut, so dass sie Veränderungen in seinem Verhalten oft rasch bemerken. Insofern sind ihre Einschätzungen gegebenenfalls genau so hoch zu veranschlagen wie diejenige einer medizinischen Fachperson. Allerdings können Aussagen von nahestehenden Personen sich auch widersprechen und so im Ergebnis kein einheitliches, stimmiges Bild vermitteln; dies ist vorab auf die oftmals subjektive Wahrnehmung und den Umstand, dass die Abnahme der geistigen Fähigkeiten auch für nahestehende Personen lange nicht erkennbar sein kann, zurückzuführen.[396] Die Angaben von Angehörigen sind insofern mit den für Zeugenaussagen allgemein anzubringenden Vorbehalten zu betrachten.[397] Im vorliegenden Kontext als besonders heikel erscheinen Aussagen von Personen, die selber – etwa als zu Beschenkende, als gesetzliche Erben oder als Begünstigte aus einer früheren oder einer erst noch zu errichtenden Verfügung von Todes wegen – ein eigenes Interesse am abzuschliessenden Rechtsgeschäft haben.[398] Aussagen von solchen Personen sind deshalb kritisch zu würdigen, allenfalls mit Vorbehalten zu versehen und im Ergebnis beweismässig kaum verwertbar.[399]

c) Tests (Screening-Verfahren)

Ein weiteres Mittel zur Abklärung der Urteilsfähigkeit bilden sog. Screening-Tests. Dabei handelt es sich um in Medizin und Psychologie entwickelte standardisierte Verfahren zur einfachen Abgrenzung zwischen pathologischen und

394 WOLF/SETZ, S. 59; AEBI-MÜLLER, S. 26; VOSER, S. 233; GERBER, S. 337; GROS, S. 159.
395 GERBER, S. 337.
396 Zum Ganzen GERBER, S. 323 f.
397 Siehe in diesem Sinne auch GERBER, S. 337.
398 Vgl. AEBI-MÜLLER, S. 26; WOLF/SETZ, S. 59.
399 Siehe diesbezüglich auch GERBER, S. 323 f., wonach etwa auch die Erwachsenenschutzbehörde nicht an Zeugenaussagen gebunden ist.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

nicht-pathologischen Fällen.[400] Ob solche Tests – wie etwa der Mini-Mental-Status-Test, der Uhrentest und der MOCA-Test[401] – auch in der Beurkundungspraxis eingesetzt werden sollten, ist kontrovers.

Für Deutschland haben STOPPE und LICHTENWIMMER im Jahre 2005 aus interdisziplinärer Sicht den Vorschlag gemacht, «in der Psychologie und der Medizin entwickelte sog. Screeningverfahren in die notarielle Praxis zu integrieren».[402] *Screening-Verfahren* würden es «auf einfache und zuverlässige Art erlauben, zwischen bezüglich der Fragestellung positiven und negativen Fällen zu unterscheiden», und ihre Verwendung «führt nachgewiesenermassen zu einer besseren Erkennung vieler Krankheiten»[403]. Demnach sollen Screening-Verfahren den «Notaren die Feststellung der Testierfähigkeit bei Hochaltrigen erleichtern»[404].[405] Entsprechende Tests – wie namentlich der Mini-Mental-Status-Test[406] oder der Uhrentest – können nach entsprechender Einarbeitung in die Materie an sich auch durch interessierte Laien durchgeführt werden,[407] bedürfen insofern keiner besonderen medizinischer Fachkenntnisse, und sie lassen sich in der Regel innert zehn Minuten vornehmen.[408]

Der Vorschlag von STOPPE/LICHTENWIMMER zugunsten der Verwendung von Screening-Verfahren in der notariallen Praxis 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.[409] [410] Auch CORDING/FOERSTER verwerfen den Vorschlag, sowohl «wegen grundsätzlicher Bedenken wie auch aus methodischen Gründen», denn damit «käme es zu einer – strikt abzulehnenden Vermischung zwischen Befunderhebung als einer gutachtlichen Aufgabe und der Rechtsanwendung»[411]. Verwende der Notar psychopathologische Kurztests, «wäre die Gefahr falscher Schlussfolgerungen grösser

400 GROS, S. 150; PETERMANN, N. 388; vgl. auch CORDING/FOERSTER, S. 329.
401 Siehe GERBER, S. 338, 308 und 317, m. w. H.
402 STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806.
403 STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 807. Siehe dazu auch PETERMANN, N. 388.
404 STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806.
405 Zum Ganzen ebenfalls schon WOLF/SETZ, S. 59.
406 Zu diesem MONSCH, S. 11 f. und 19 f.; sodann STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 810 f., und PETERMANN, N. 392 f.
407 GERBER, S. 338.
408 STOPPE/LICHTENWIMMER, S. 806. Zu alledem auch WOLF/SETZ, S. 59
409 MÜLLER, S. 325 f.
410 Zum Ganzen ebenfalls bereits WOLF/SETZ, S. 60.
411 CORDING/FOERSTER, S. 329.

als der potenzielle Nutzen»; es gebe «keinen Anlass, von der bisherigen, bewährten juristisch-psychiatrischen Kooperation bei der Beurteilung der Geschäfts- und Testier(un)fähigkeit abzuweichen»[412].

Nach hier vertretener Ansicht *ist es nicht Sache des Notars, selber ein Screening-Verfahren durchzuführen*.[413] Die Vornahme solcher Tests gehört nicht zu seinem Aufgaben- und Kompetenzbereich und ist mit einem grossen Risiko von Fehleinschätzungen verbunden. Screening-Verfahren durchzuführen ist vielmehr den entsprechenden Fachpersonen vorbehalten, welche auch die Schlüsse aus den Testergebnissen zu ziehen haben.[414] Nicht durch eine fachlich ausgebildete Person vorgenommene Tests sind wenig zuverlässig und weisen deshalb auch keinen besonderen Beweiswert auf.[415] Die hier vertretene Auffassung steht in Einklang mit der in Deutschland am Vorschlag von STOPPE/LICHTENWIMMER geäusserten Kritik[416] und sie entspricht auch der vom Bundesgericht eingenommenen Haltung.[417]

Einem *durch eine ausgebildete Fachperson vorgenommenen Test* kann demgegenüber durchaus Bedeutung zukommen, so etwa für die Wahl des weiteren Vorgehens[418] sowie allenfalls und jedenfalls dem Grundsatze nach durchaus auch beweismässig als Indiz in einem späteren Anfechtungsprozess.[419] Dennoch müssen mehrere *Relativierungen* hinsichtlich der Relevanz von Screening-Tests angebracht werden. So sind entsprechende Testverfahren nicht für die Prüfung der Urteilsfähigkeit bei Rechtsgeschäften entwickelt worden; vielmehr dienen sie der Diagnostik und sollen helfen, eine dementielle Erkrankung zu erkennen

412 CORDING/FOERSTER, S. 333.

413 Diesbezüglich offener noch WOLF/SETZ, S. 60, wonach ein solcher Test bloss «wenn immer möglich» durch eine Fachperson vorgenommen werden sollte; offener ebenfalls BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2420, wonach es der Urkundsperson obliege, «die erforderlichen Tests anzustellen oder anstellen zu lassen».

414 Zum Ganzen GROS, S. 152. Siehe auch VON WERDT, S. 26, wonach dem Notar grundsätzlich davon abzuraten ist, «sich in Alzheimer-Diagnose zu üben, selbst wenn die Durchführung der genannten Screening-Tests einfach erscheint».

415 VON WERDT, S. 26; vgl. auch GERBER, S. 338.

416 Dazu soeben im Text, m. H. in Fn. 408-410.

417 BGE 124 III 5, 9: «Erkrankungen des Geistes, die sich nicht in akuten Erscheinungen, sondern in einer allgemeinen Abnahme der geistigen Kräfte äussern, bleiben dem ungeübten Beobachter leicht verborgen, so dass sie und namentlich ihre Auswirkungen vielfach nur durch eine sachverständige Untersuchung festgestellt werden können.» Siehe so auch VON WERDT, S. 26.

418 Vgl. GERBER, S. 338.

419 Vgl. WOLF/SETZ, S. 60; so jedenfalls e contrario auch GERBER, S. 338. Ebenso BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 175, wonach konkrete Testergebnisse Teil der Beweisführung im Einzelfall bilden können.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

bzw. festzustellen.[420] Dementsprechend legen sie ihren Fokus auf die kognitiven Fähigkeiten der betroffenen Person, nicht aber auf das für die Urteilsfähigkeit ebenfalls vorauszusetzende voluntative Element, d. h. die Willensumsetzungsfähigkeit.[421] Unberücksichtigt bleibt in den Testverfahren auch, dass das persönliche, familiäre und soziale Umfeld des Betroffenen sowie seine emotionale Befindlichkeit ebenfalls von erheblicher Bedeutung sein können, dies gerade bei familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften. Medizinische Tests enthalten kaum Aussagen darüber, ob die betroffene Person die Fähigkeit hat, den von ihr zu treffenden Entscheid in den Kontext ihrer gesamten Lebensumstände einzuordnen.[422] Zu erinnern bleibt im Weiteren daran, dass die Frage der Urteilsfähigkeit letztlich juristisch zu beurteilen ist und der dafür zuständige Zivilrichter nicht an medizinische Tests und Gutachten gebunden ist.[423]

d) Arztzeugnisse und Gutachten

Weitere, dem Notar zur Verfügung stehende Mittel zur Prüfung der Urteilsfähigkeit bilden *Arztzeugnisse und psychiatrische oder sonstige Experten-Gutachten*.[424] Nach dem Bundesgericht «hat die Urkundsperson bei leichten Zweifeln an der Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit einer Partei die Meinung eines Arztes, bei erheblichen Zweifeln ein eigentliches psychiatrisches Gutachten einzuholen»[425]. Im Schrifttum bestehen geteilte Auffassungen in Bezug auf die aus dem eben zitierten Entscheid zu ziehenden Konsequenzen. Namentlich bleibt offen, wie denn die Abgrenzung zwischen leichten und erheblichen Zweifeln vorzunehmen sei; letztlich ist mithin stets eine Einzelfallentscheidung zu treffen.[426] MOOSER erachtet die Auffassung des Bundesgerichts als zu weitgehend; man könne dem Notar, der nach Behebung bestehender Zweifel an der Urteilsfähigkeit eine Beurkundung vornehme, nicht vorhalten, er habe kein Arztzeugnis eingeholt. Der Notar sei es gewohnt, die Fähigkeit seiner Klienten

420 Vgl. VOSER, S. 233; AEBI-MÜLLER, S. 19; je m. w. H.; GERBER, S. 317.
421 Zu diesem II.B.2.c. hievor.
422 Zum Ganzen BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 174. Siehe auch GERBER, S. 317.
423 BGE 117 II 231, 235. Dazu auch schon m. w. H. WOLF/SETZ, S. 37 und 60.
424 Vgl. WOLF/SETZ, S. 60 f.; GROS, S. 152.
425 BGE 124 III 341, 344 f.
426 GROS, S. 152 f.

zu beurteilen, die Tragweite der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen zu verstehen.[427] [428]

Nach hier vertretener Ansicht hat der Notar im Zweifelsfall die *Beurkundung grundsätzlich aufzuschieben*. Hat der Notar leichte Zweifel an der Urteilsfähigkeit seines Klienten, so ist von diesem die Vorlage eines *Arztzeugnisses* zu verlangen.[429] Bei Vorliegen erheblicher Zweifel ist ein *psychiatrisches oder sonstiges Experten-Gutachten* beizubringen.[430] Ein derartiges Vorgehen kann gegebenenfalls eine spätere gerichtliche Anfechtung des Rechtsgeschäfts vermeiden helfen oder die Vermutung zugunsten der Urteilsfähigkeit im Prozess verstärken.[431] Von den soeben dargestellten Grundsätzen des Aufschubs der Beurkundung und der Einholung eines Arztzeugnisses oder Gutachtens ist nur in begründeten *Ausnahmefällen* abzuweichen. Diesbezüglich zu beachten ist namentlich der Umstand, dass die Beibringung eines Arztzeugnisses und erst recht eines Experten-Gutachtens eine gewisse Zeit beansprucht, die fehlt, wenn etwa eine Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen angesichts des Gesundheitszustandes eilt.[432] Der Zeitbedarf für das Einholen eines Arztzeugnisses oder Gutachtens kann mithin den grundsätzlich gegebenen Anspruch der Partei auf Inanspruchnahme der öffentlichen Beurkundung vereiteln;[433] droht unmittelbar eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder der Tod der Partei, ist deshalb auf deren Begehren die Beurkundung auch in Zweifelsfällen ohne Verzug vorzunehmen.[434]

Der Notar darf 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 folglich auf die *Beibringung durch den Klienten* angewiesen.[435] Das Arztzeugnis wird am ehesten beim Hausarzt eingeholt, denn dieser kennt die Partei und deren Krankengeschichte sowie allenfalls auch deren persönliches und berufliches

427 MOOSER, droit notarial, N. 188b, Fn. 276.
428 Vgl. auch den Überblick zum Meinungsstand im Einzelnen bei GROS, S. 153.
429 Gl. M. GROS, S. 153; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 999. Vgl. auch KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N. 22; WOLF/SETZ, S. 60 f.
430 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993 und 999; KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 31 NG N. 22; WOLF/SETZ, S. 60 f.; WOLF, Prüfung, S. 69.
431 GROS, S. 153, m. H. auf BGer 5A_384/2012 vom 13. September 2012, wo auf Begehren des Notars eine Expertise in Bezug auf die Urteilsfähigkeit des Testators ausgestellt wurde, welche die Vermutung zugunsten der Urteilsfähigkeit verstärkt hat.
432 Vgl. zutreffend VOSER, S. 229 f. und 233 f.
433 Vgl. VOSER, S. 234.
434 VOSER, S. 230 f.; STEINER, S. 240.
435 WOLF/SETZ, S. 61. Weiter WOLF, Prüfung, S. 69; vgl. auch RUF, N. 695.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Umfeld.[436] Damit ist der Hausarzt in der Regel in der Lage, eine zuverlässige Einschätzung abzugeben, die sich auch für die rechtliche Beurteilung als weiterführend erweist;[437] der Hausarzt ist mithin «die wichtige Auskunftsperson für die Urkundsperson zur Gesundheit des Testators»[438]. Lebt der Klient in einem Alters- oder Pflegeheim oder befindet er sich im Spital, so sind die behandelnden Ärzte und das ausgebildete Pflegepersonal als medizinische Fachpersonen zur Abklärung der Urteilsfähigkeit beizuziehen.[439] [440]

Die *dem Arzt bzw. Gutachter zu stellenden Fragen* müssen auf das medizinische Fachgebiet Bezug nehmen.[441] Die Fragestellung und die darauf hin abzugebende Beurteilung haben stets konkret hinsichtlich des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts zu erfolgen und nicht bloss in allgemeiner Weise. Eine generelle Aussage ohne nähere Spezifizierung ist nicht zweckmässig und hat kaum einen Beweiswert.[442] Der medizinische Sachverständige hat sich folglich nicht allgemein zur Frage zu äussern, ob die Partei urteilsfähig ist, sondern dazu, ob sie das konkret abzuschliessende Geschäft versteht, dieses zu begründen in der Lage ist und seine Konsequenzen abzuschätzen vermag.[443] Dem Arzt oder Gutachter sind Fragen zum Gesundheitszustand des Klienten, allfälligen Befunden und Diagnosen sowie zu deren Folgen zu stellen.[444] [445] Das Arztzeugnis hat

---

436 WOLF/SETZ, S. 61; STEINER, S. 238. Siehe zur Möglichkeit der Einbeziehung des Hausarztes mit Blick auf die Errichtung eines Vorsorgeauftrages auch RINER-THOMMEN, S. 55, und GERBER, S. 337 f.

437 GERBER, S. 314.

438 VOSER, S. 230.

439 VOSER, S. 230 und 232 f.

440 Vgl. allerdings allgemein die Bedenken gegen den Hausarzt – und auch den Experten – bei AEBI-MÜLLER, S. 26, wonach der Hausarzt kaum mit einem «Negativ»-Zeugnis das Vertrauen seines Patienten verlieren möchte, während der diesbezüglich zwar neutralere externe Experte seinerseits die Testergebnisse und die Erklärungen des Patienten weniger gut in eine Gesamtperspektive einzuordnen vermag; siehe dazu auch schon WOLF/SETZ, S. 61, Fn. 217. U.E. lassen sich entsprechend zu befürchtende Vorbehalte bzw. Vertrauensverluste seitens des Patienten allerdings mit Erläuterungen zur Rolle und zu den Aufgaben des Arztes sowie unter Hinweis auf den auch von der Partei angestrebten Zweck der Erstellung eines möglichst unanfechtbaren Rechtsgeschäftes in aller Regel beseitigen.

441 GERBER, S. 302 f.

442 GERBER, S. 338.

443 VON WERDT, S. 27.

444 GERBER, S. 303. Siehe auch TUR/PETERMANN, S. 144.

445 Siehe auch BICHSEL, S. 298, Fn. 78, wonach in Bezug auf Verfügungen von Todes wegen an den Gutachter die folgenden zentralen Fragen zu richten sind: «liegt eine psychische oder sonstige Störung vor und welchen Einfluss hat diese auf die kognitiven

demnach Ausführungen zu machen in Bezug auf die mentale Verfassung der betroffenen Person im massgebenden Zeitpunkt sowie hinsichtlich des einzugehenden Rechtsgeschäfts; es hat festzuhalten, welche Überlegungen, Äusserungen und Rechtshandlungen vorzunehmen die Partei noch befähigt ist.[446] Damit ihnen Beweiskraft zukommen kann, müssen Arztzeugnis und Gutachten namentlich auch von einem richtigen Verständnis des Rechtsbegriffs der Urteilsfähigkeit ausgehen und deren relativen Charakter berücksichtigen;[447] falls notwendig, hat der Notar dem Arzt den Rechtsbegriff zu erläutern.[448]

Das Arztzeugnis kann als *Beilage zur öffentlichen Urkunde* genommen werden.[449] Vereinzelt ist in der kantonalen Regelung sogar die Möglichkeit eines Hinweises in der öffentlichen Urkunde vorgesehen.[450] [451] Ob Zeugnisse und Gutachten unter Erwähnung als Beilagen zur öffentlichen Urkunde genommen werden sollen oder nicht, ist *im Einzelfall zu entscheiden*. Vorzuziehen ist es u. E., die Zeugnisse bzw. Gutachten nicht zur Beilage der öffentlichen Urkunde zu machen, sondern sie im Klientendossier aufzubewahren. Mit einem solchen Vorgehen lässt sich vermeiden, dass ärztliche Äusserungen über den Gesundheits- und Geisteszustand des Klienten allen potentiellen Lesern der Urkunde bekannt werden.[452] Zudem wird auf diese Weise nicht gerade von vornherein ein Verdacht auf eine mögliche Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten des Betroffenen geweckt.[453]

Der Umstand, dass vom Notar die Beibringung eines Arztzeugnisses oder gar eines Experten-Gutachtens veranlasst worden ist – und dieses allenfalls gar zur Beilage der öffentlichen Urkunde gemacht worden ist –, legt zwar offen, dass bei ihm gewisse Zweifel hinsichtlich der Urteilsfähigkeit der Partei bestanden haben. Zugleich und *in allererster Linie wird damit aber nachgewiesen, dass*

---

und voluntativen Fähigkeiten des Testators, und zwar im Hinblick auf die konkret zu verfassende letztwillige Verfügung …».

446 GERBER, S. 338, m. w. H.

447 GROS, S. 154, m. H. auf BGE 117 II 231, 235.

448 GROS, S. 154; vgl. auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2421.

449 STEINER, S. 238.

450 Vgl. Art. 51 lit. d NG Tessin, wonach der Notar einen die Urteilsfähigkeit eines Komparenten attestierenden Arzt beiziehen und in der öffentlichen Urkunde einen Hinweis anbringen 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 entsprechenden Vorgehen 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.

451 Zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 61, m.H.

452 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1007.

453 Vgl. zu alledem GROS, S. 154.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

der Notar nähere Abklärungen getroffen und sich vor der Vornahme der Beurkundung von der Urteilsfähigkeit des Klienten tatsächlich überzeugt hat.[454] Damit müssten höhere Anforderungen an den gegenteiligen Beweis der Urteilsunfähigkeit gestellt werden.[455] Das Bundesgericht hat denn auch zu Recht eine Würdigung der vom Notar zur Abklärung der Urteilsfähigkeit getroffenen Vorkehren in diesem Sinne vorgenommen.[456] Das vorstehend dargestellte Vorgehen ist somit geeignet, allenfalls eine spätere Anfechtung des beurkundeten Rechtsgeschäfts zu verhindern oder doch wenigstens auf die Beweislastverteilung in einem Anfechtungsprozess Einfluss zu nehmen; namentlich dürften diesfalls erhöhte Anforderungen an eine Vermutung der Urteilsunfähigkeit gestellt werden.[457]

e) Beizug geeigneter Zeugen

Bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen haben – neben dem Notar – auch zwei Zeugen die Verfügungsfähigkeit des Erblassers zu bestätigen (Art. 501 Abs. 2 ZGB für das Selbstlesungsverfahren und Art. 502 Abs. 2 ZGB für das Vorlesungsverfahren).[458] Für Rechtsgeschäfte unter Lebenden kann die Beurkundung ebenfalls im ZGB-Verfahren und damit unter Beizug von zwei Zeugen erfolgen (Art. 48 Abs. 1 NV). Die Zeugenbescheinigung folgt am Schluss des Rechtsgeschäfts und bildet ebenfalls Inhalt der öffentlichen

---

454 WOLF/SETZ, S. 61 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 186; GROS, S. 141.

455 WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 186; GROS, S. 141.

456 BGer 5A_647/2001 vom 31. Mai 2012, wo das höchste Gericht zu Vorhalten, der Notar zeige mit der Einholung eines als Beilage zum Erbvertrag genommenen Arztzeugnisses gerade, er hätte bemerkt, dass «etwas nicht stimme», zutreffend festhält, eine entsprechende Besorgnis des Notars sei ebenso mit der üblichen beruflichen Vorsicht einer Urkundsperson leicht erklärbar und gegenteilige Behauptungen erwiesen sich als pure Spekulationen; vgl. BGer, a. a. O., 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.» Dazu auch WOLF/SETZ, S. 62, Fn. 219.

457 Zum Ganzen schon WOLF/SETZ, S. 62; weiter: STEINER, S. 238; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 186; siehe auch GROS, S. 154.

458 Vgl. bereits WOLF/SETZ, S. 62; weiter GROS, S. 158.

Urkunde.[459] Der von den beiden Zeugen hinsichtlich der Urteilsfähigkeit abgegebenen *Bescheinigung* kommt keinerlei erhöhte Beweiskraft zu; sie bildet lediglich, aber immerhin, ein *Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit*.[460] Der Richter ist deshalb nicht an die entsprechende Bestätigung durch die Zeugen – und auch nicht an diejenige durch die Urkundsperson – gebunden.[461] [462] Dennoch lässt sich mit der *Wahl geeigneter Zeugen* Einfluss nehmen auf die Beweiskraft ihrer Erklärungen betreffend die Urteilsfähigkeit der Partei.[463] Denn die von den Zeugen getroffenen Feststellungen bilden zwar – wie soeben schon erwähnt – allgemein bloss ein Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit; allerdings ist gemäss dem Bundesgericht «dieses Indiz umso gewichtiger, wenn die Wahrnehmung über den Zustand der Urteilsfähigkeit vom behandelnden Arzt oder der betreuenden Krankenschwester stammt»[464].[465]

Bestehen mithin Zweifel an der Urteilsfähigkeit einer Partei, empfiehlt es sich demnach, *medizinisch ausgebildete Personen* – wie die behandelnde Ärztin oder Pflegepersonen, die den Klienten über längere Zeit betreuen und ihn und auch seine Verhaltensweisen kennen – *als Zeugen für die Beurkundung beizuziehen*.[466] Der Beizug eines Arztes als Zeuge bei Zweifeln wird in der Notariatsverordnung des Kantons Zürich sogar ausdrücklich vorgesehen.[467] Die Lösung, Ärzte oder Pflegepersonen als Zeugen beizuziehen, bietet sich namentlich dann ohne grossen Zusatzaufwand an, wenn die Beurkundung in einem Spital oder einem Altersheim stattfindet.[468] Demgegenüber dürfte es eher schwieriger sein, den Arzt in das Notariatsbüro kommen zu lassen.[469] Dennoch ist es auch bei einer Beurkundung im Büro des Notars oder an einem sonstigen geeigneten Ort

---

459 Vgl. etwa Musterurkunden VbN Nrn. 432.2, S. 5, 512, S. 3, 513, S. 4. Siehe auch GROS, S. 158, m. w. H.

460 BGE 124 III 5, 9; BK ZGB-WOLF, Art. 9 N. 51.

461 BGE 117 II 231, 234 und 238; 124 III 5, 9.

462 Zum Ganzen BK ZGB-WOLF, Art. 9 N. 51; weiter BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N. 180. Siehe zu alledem auch schon WOLF/SETZ, S. 63.

463 GROS, S. 158 und 159.

464 BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 7.1.

465 Vgl. auch bereits WOLF/SETZ, S. 63.

466 WOLF/SETZ, S. 62; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 993, Fn. 238, N. 2400 und 2420; STEINAUER, procédure, S. 105; STEINER, S. 239; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 185; GROS, S. 160.

467 § 133 Abs. 2 Notariatsverordnung Zürich: «Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit des Testators … ist anzustreben, dass ein Arzt als Beurkundungszeuge beigezogen wird.» Vgl. dazu schon WOLF/SETZ, S. 62, Fn. 222. Siehe zur Bedeutung des Arztes als Zeuge auch VOSER, S. 230, 232, 233 und 234. Nach VOSER, S. 232, wird der Notar in entsprechenden Fällen «die Ärzte als Zeugen zu gewinnen versuchen».

468 WOLF/SETZ, S. 62; weiter STEINER, S. 239; GROS, S. 160; vgl. auch VOSER, S. 230.

469 GROS, S. 160.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

mit Blick auf die Herstellung von möglichst grosser Rechtssicherheit in Zweifelsfällen angezeigt, wenn möglich Angehörige von Medizinalberufen als Zeugen beizuziehen.[470] Mit einem solchen Vorgehen lässt sich nämlich die Beweislage hinsichtlich der Urteilsfähigkeit mit Blick auf einen allfälligen späteren Anfechtungsprozess unter Umständen erheblich verbessern.[471] Dies gilt umso mehr, als Medizinalpersonen von vornherein mit der Problematik der Urteilsfähigkeit vertraut sind und darauf auch anlässlich der Beurkundung noch besonders hingewiesen werden können.[472]

Lassen sich keine Ärzte oder Pflegepersonen als Zeugen einsetzen, kann die Zeugenbestätigung an Gewicht gewinnen, wenn die Zeugen nicht einfach zufällig – wie etwa die Angestellten des Notars – ausgewählt werden. Stattdessen ist zu versuchen, *unabhängige Personen oder Vertrauenspersonen* des Klienten als Zeugen mitwirken zu lassen, mithin Personen, welchen eine massgeblichere Beurteilung der Urteilsfähigkeit zugetraut werden darf.[473]

Bestehen Zweifel an der Urteilsfähigkeit, kann es sich weiter empfehlen, im Einverständnis mit dem Klienten, die *Zeugen stets und mithin auch im Selbstlesungsverfahren am gesamten Beurkundungsverfahren teilnehmen zu lassen*, oder das *Vorlesungsverfahren anzuwenden*, wo die Anwesenheit der Zeugen während der ganzen Vorlesung vorgeschrieben ist (Art. 502 Abs. 2 ZGB).[474] Dies ermöglicht den Zeugen, den gesamten Inhalt des Rechtsgeschäfts zu kennen und dadurch leichter bestätigen zu können, dass die Partei im konkreten Fall über die erforderliche Urteilsfähigkeit verfügt.[475]

Um der Bestätigung der Urteilsfähigkeit durch die Zeugen beweismässig vermehrtes Gewicht zu verschaffen, ist im Schrifttum auch vorgeschlagen worden, statt der typisierten und kurzen Formel eine *detailliertere Zeugenerklärung* zu verfassen. Eine solche ausführlichere Zeugenbescheinigung kann sich besonders auch zu dem seitens der Partei den Zeugen erklärten Verständnis des vorliegenden Rechtsgeschäfts und einzelner darin getroffener Regelungen aussprechen.[476] Dabei handelt es sich um eine nicht zu vernachlässigende Vorgehensweise zur Verbesserung der Bedeutung der Zeugenerklärung, welche sich

---

470 Vgl. WOLF/SETZ, S. 62.
471 BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2400; ebenso schon WOLF/SETZ, S. 62 f.
472 Vgl. GROS, S. 160.
473 GUTZWILLER, Feststellung, S. 129.
474 STEINAUER, procédure, S. 105; vgl. so auch BICHSEL, S. 298.
475 STEINAUER, procédure, S. 105; GROS, S. 160. Siehe auch BK ZGB-WEIMAR, Art. 501 N. 9.
476 Zum Ganzen GUTZWILLER, Feststellung, S. 128 f. Vgl. auch GROS, S. 160.

durch bei den Zeugen vorhandene medizinische Kenntnis noch weiter verstärken lässt.[477]

f) Dokumentation der getroffenen Vorkehren durch den Notar

Der Notar hat über alle seine zur Abklärung der Urteilsfähigkeit getroffenen Vorkehren eine *Dokumentation anzulegen*.[478] Es handelt sich dabei um eine präventiv – für den Fall, dass künftig die Urteilsfähigkeit der Partei bestritten und insbesondere in einem Prozess angefochten werden sollte – zu treffende Massnahme der Sicherung der Beweismittel.[479]

Die *Pflicht zur Dokumentation* der hinsichtlich der Urteilsfähigkeit getroffenen Abklärungen ergibt sich aus verschiedenen rechtlichen Grundlagen und Überlegungen. Allgemein folgt die Pflicht zur Dokumentation bereits aus den Zwecken der öffentlichen Beurkundung. Die verschiedenen einzelnen Zwecke – wie Förderung der Klarheit des Rechtsgeschäftes und Beweissicherung, Schutz der Parteien vor Übereilung, Erstellen einer sicheren Grundlage für Registereintragungen und auch die rechtspolizeilichen Funktionen[480] – verlangen allesamt, dass der Notar möglichst unanfechtbare öffentliche Urkunden errichtet; andernfalls lassen sich die erwähnten Zwecke nicht erreichen. Sodann gehört es insbesondere zu den rechtspolizeilichen Aufgaben des Notars, die Handlungsfähigkeit der Parteien zu prüfen und damit sicherzustellen, dass sich diesbezüglich keine Täuschung anderer Personen ergibt[481] und auch nicht etwa unsichere Rechtsgrundlagen für die Eintragung in öffentliche Register geschaffen werden.[482] Sodann dienen die getroffenen Abklärungen und deren Dokumentation in erster Linie dem Klienten; sein Wille soll möglichst vollständig und unanfechtbar vollzogen werden können. Das möglichst zu gewährleisten, ist Teil der vom Notar zu befolgenden Interessenwahrungspflicht (Art. 37 NG), wonach er die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren hat. Nicht zuletzt folgt auch aus der Wahrheitspflicht (Art. 34 NG), dass der Notar die angezeigten Abklärungen vornimmt und alsdann auch dokumentiert.

Im Weiteren *hat der Notar ein eigenes Interesse an der Dokumentation*. Wenn er sich später Vorhalten ausgesetzt sehen sollte, er hätte die Urteilsfähigkeit der

---

477 So GROS, S. 160.

478 Vgl. schon allgemein IV.C.2.d. und besonders für das Gespräch IV.C.3.a.ff. sowie für Arztzeugnisse und Gutachten IV.C.3.d. hievor.

479 Siehe auch BICHSEL, S. 298.

480 Vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 23 NG N. 8 ff.

481 Siehe KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 23 NG N. 14.

482 Vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, Art. 23 NG N. 13.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

Parteien überhaupt nicht oder nicht ausreichend überprüft, damit seine beruflichen Pflichten verletzt und er sei deshalb disziplinarisch oder vermögensrechtlich verantwortlich zu machen, so ist er in der Lage, mittels den aufbewahrten Dokumenten zu beweisen, dass er richtig gehandelt hat.

Die über die Abklärung der Urteilsfähigkeit erhobenen *Dokumente sind* mit Blick auf ihre Verwendung als Beweismittel *jederzeit und auf Dauer zugänglich abzulegen*. Die Dokumentation ist somit grundsätzlich und vorzugsweise in Schriftform zu erstellen. Zudem dürfte zusätzlich eine digitale Abspeicherung der Unterlagen angezeigt sein. Wenn Arztzeugnisse usw. nicht als Beilagen zur Urschrift gemacht werden,[483] ist insbesondere darauf zu achten, dass diese Dokumente beim Notar über die allgemeine Aufbewahrungsdauer von zehn Jahren (Art. 16 Abs. 1 NV) hinaus vorhanden bleiben, denn eine Kontroverse um die Urteilsfähigkeit oder eine Anfechtung des Rechtsgeschäftes können auch später erfolgen.

g) Bedeutung des Zeugnisses des Notars

Bildet die Urteilsfähigkeit Gegenstand eines späteren Anfechtungsprozesses, wird der beurkundende Notar nicht selten als Zeuge vor Gericht geladen.[484] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommen dabei den Erklärungen des Notars keine erhöhte Beweiskraft zu, sondern bilden bloss ein *Indiz* zugunsten der Urteilsfähigkeit.[485] Als Begründung für die diesbezüglich «begrenzte» beweismässige Bedeutung der Aussagen der Urkundsperson als Zeugin vor Gericht wird etwa angeführt, sie verfüge nicht über die erforderlichen medizinischen Kenntnisse zur Vornahme der Beurteilung.[486]

Dennoch ist das Zeugnis des Notars nicht einfach vernachlässigbar. *Seine Aussagen sind* im Gegenteil *umso gewichtiger, wenn er im konkreten Fall richtig vorgegangen ist und die geeigneten Vorkehren zur Abklärung der Urteilsfähigkeit getroffen hat*.[487] So hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, die allgemeine Lebenserfahrung lasse es nicht zu, die Aussage des Notars als Rechtsgelehrter, der es gewohnt ist, seine Klienten zu beurteilen, zu ignorieren,

---

483 Siehe dazu IV.C.3.d. hievor.

484 GROS, S. 156.

485 BGE 124 III 5, 8 f.; 117 II 231, 234. Vgl. auch GROS, S. 156, Fn. 148, m. w. H. auf nicht amtlich publizierte Urteile; weiter BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N. 12.

486 Vgl. GROS, S. 156 f., mit weiteren Überlegungen.

487 Siehe BICHSEL, S. 299; GROS, S. 157; je m. w. H.

auch wenn seine Erklärungen allein nicht entscheidend sein können.[488] Als Zeuge kann der Notar namentlich die verschiedenen, mit der Partei geführten Besprechungen erläutern, Angaben zum Ablauf des Beurkundungsverfahrens machen, ausführen, wie er den Willen des Klienten und dessen Urteilsfähigkeit abgeklärt hat sowie welche rechtlichen Belehrungen er ihm auf welche Weise erteilt hat.[489] Weil zwischen der Vornahme der Beurkundung und einem späteren Prozess oftmals erhebliche Zeit vergeht, kann diese Aufgabe des Notars mit Schwierigkeiten verbunden sein. Auch aus diesem Grunde ist es unabdingbar, dass der Notar eine Dokumentation mit genauen Angaben zu den getroffenen Vorkehren erstellt und sie im Klientendossier aufbewahrt.[490]

V. Schluss

Die Handlungsfähigkeit bzw. die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit und damit auch deren Element der Urteilsfähigkeit bilden das Fundament für den wirksamen Abschluss von Rechtsgeschäften. Als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der Notar gestützt auf verschiedene Rechtsgrundlagen[491] verpflichtet, die Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit der an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien zu prüfen. Dabei darf er – entsprechend der zivilrechtlichen Vermutung – davon ausgehen, dass die Handlungs- und Urteilsfähigkeit der Parteien gegeben sind. Bestehen diesbezüglich allerdings Zweifel, so hat der Notar nähere Abklärungen vorzunehmen, in deren Rahmen die im Einzelfall angezeigten Vorkehren zu treffen und darüber eine Dokumentation zu erstellen.[492] Die Vorgehensweise ist mit dem betroffenen Klienten partnerschaftlich abzusprechen. Es empfiehlt sich, ihm gegenüber die eigene Rolle als Urkundsperson zu erläutern und ihn darüber zu orientieren, dass die Massnahmen in seinem eigenen Interesse ergriffen werden und der Beweissicherung zwecks vorsorglicher Verhinderung von langwierigen und kostspieligen Anfechtungsprozessen bzw. der Herbeiführung von deren grösstmöglicher Erfolglosigkeit dienen. Insofern als die betroffene Partei ein eigenes Interesse daran hat, dass ihre in öffentlicher Urkunde abgegebenen Erklärungen uneingeschränkt und

---

488 BGE 117 II 231, 238: «l'expérience générale de la vie ne permet pas de faire fi du témoignage de cet homme de loi, habitué à juger ses clients, quand bien même ses déclarations ne sauraient être décisives à elles seules».

489 Vgl. auch VOSER, S. 251 f.

490 Zum Ganzen GROS, S. 157.

491 Vgl. dazu III.B. hievor.

492 Siehe namentlich die Auflistung der einzelnen Mittel unter IV.C.3. Vgl. zum Ganzen auch schon WOLF/SETZ, S. 63.

 © Stämpfli Verlag AG Bern

unangefochten realisiert werden können, wird der Notar diesbezüglich auch auf Verständnis beim Klienten stossen.[493] Die Interessen der Parteien und diejenigen der Urkundsperson erweisen sich insoweit als gleichgerichtet. Nur dann, wenn die Prüfung ergibt, dass die Urteilsunfähigkeit einer mitwirkenden Person offensichtlich ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c NG), darf und muss der Notar die Beurkundung ablehnen. In allen anderen Fällen hat er als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Beurkundung vorzunehmen, und zwar ohne jeden Vorbehalt.[494] [495] Zur autoritativen und rechtskräftigen Beurteilung einer im Einzelfall strittigen Handlungs- und namentlich Urteilsfähigkeit ist dagegen nach dem Justizsystem und der darin vorgesehenen Aufgabenteilung nicht die Urkundsperson im Beurkundungsverfahren zuständig, sondern einzig der Zivilrichter im Rahmen eines Zivilprozess.[496] Den Notarinnen und Notaren obliegt mithin die herausfordernde Aufgabe, einerseits *zu verhindern, dass Beurkundungen mit offensichtlich urteilsunfähigen Parteien stattfinden*, und andererseits *Beurkundungen mit urteilsfähigen und handlungsfähigen Parteien so durchzuführen, dass das beurkundete Rechtsgeschäft jederzeit unangefochten und vollumfänglich vollzogen werden kann*.

493 So zu alledem auch bereits WOLF/SETZ, S. 63.
494 Näher zum Vorgehen der Urkundsperson je nach Ergebnis der Prüfung III.C.4. hievor.
495 Ebenso schon WOLF/SETZ, S. 64.
496 Vgl. auch WOLF/SETZ, S. 64.

© Stämpfli Verlag AG Bern

© Stämpfli Verlag AG Bern