



Schadenersatz für entgangenes Erbe? Zur Haftung des Beraters in der Nachlassplanung

ARNOLD F. RUSCH

Schuldet der Anwalt oder Notar, der den künftigen Erblasser unsorgfältig berät, dem intendierten Erben Schadenersatz, wenn ihm dadurch das erhoffte Erbe nicht oder nicht im richtigen Ausmass zukommt? Auf ein Erbe kann man bis zum Tod des Erblassers grundsätzlich nur hoffen. Ein Anspruch darauf besteht nicht. Dies führt dazu, dass der Einbezug des intendierten Erben in den Beratervertrag auf wackligen rechtlichen Füßen steht. Bejaht man einen Schadenersatzanspruch, ergeben sich daraus diverse Folgeprobleme, für die der vorliegende Beitrag mehrere Lösungsansätze aufzeigt.

L'avocat ou le notaire qui ne conseille pas le futur de cujus avec la diligence requise doit-il des dommages-intérêts à celui qui souhaite devenir héritier et qui, en conséquence, ne touche pas l'héritage espéré ou alors pas dans la juste mesure? Jusqu'au décès du de cujus, on ne peut en principe qu'espérer un héritage, un droit y relatif n'existant pas. Partant, la prise en compte, dans le contrat de conseil, de celui qui souhaite devenir héritier repose sur un terrain juridique instable. Si le droit à des dommages-intérêts est admis, il en résulte divers problèmes pour lesquels le présent article esquisse plusieurs solutions.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Fallkonstellationen
 1. Mandant will Besserstellung der Kinder zulasten des Ehegatten
 2. Mandant will Besserstellung des Ehegatten zulasten der Kinder
 3. Mandant will Beratung zur allgemeinen Wahrung der Erbeninteressen
- III. Einordnung des interessierten Dritten in den Beratervertrag
 1. Vertrag zugunsten Dritter
 2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - a. Schutz des noch nicht angefallenen Erbes
 - b. Schadenersatzanspruch als notwendiges Korrektiv?
 3. Vertrauenshaftung
 4. Drittschadensliquidation
 5. Netzwerk und fingierte Stellvertretung
- IV. Problematische Bereicherung bei Bejahung des Schadenersatzanspruchs
 1. Lachende Doppel- und Dreifacherben
 2. Korrektur bei der Art und Bemessung des Schadenersatzes
- V. Alternative Lösungsansätze zum Schadenersatzanspruch
 1. Korrektiv durch «besseren Erblasserwillen»
 2. Korrektiv durch Kondiktion

I. Einführung

Nach einem Streit mit seinen beiden Töchtern verfasste der verwitwete Barratt ein Testament zugunsten seines Ex-Schwiegersohnes und seiner beiden Enkelinnen. Nach der Versöhnung wollte er dieses wieder rückgängig machen und zog dafür einen Notar zu Hilfe, dessen Tätigkeit

erst mit grosser Verzögerung einsetzte – Barratt verstarb ohne neues Testament¹. Können die beiden Töchter gegen den Notar vorgehen? Haben sie überhaupt einen Schaden erlitten? Ohne Zweifel wären sie reicher, wenn der Notar pflichtgemäss seine Tätigkeit aufgenommen hätte. Haben sie aber einen vertraglichen Anspruch auf das Erbe und die Tätigkeit des Notars? Auf diese und weitere Fragen gehen die nachfolgenden Gedanken ein, die sich auf die Verantwortlichkeit des Anwalts und des nach zivilrechtlichen Grundsätzen haftenden Notars beschränken².

II. Fallkonstellationen

Die folgenden Konstellationen sollen die verschiedenen Interessen und Probleme besonders akzentuiert zeigen und als Grundmuster der späteren Diskussion dienen.

¹ Vgl. *White v. Jones* [1995] 1 All E.R. 691, ausführlich beschrieben bei ROLAND KELLER, Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Diss. Zürich 2004, 94 ff. und CHRISTIAN KESSEL, Neues zur Anwaltschaft gegenüber Dritten in England – Zum Urteil des House of Lords im Fall *White v. Jones*, NJW 1996, 30 ff.

² Vgl. zur meist öffentlich-rechtlichen Natur nach meist *ausservertraglichen Modalitäten* der Haftung des Notars vgl. BGE 126 III 370 ff., 372 f., BGE 127 III 248 ff., 251 f., WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars, ZBGR 1986, 129 ff., (insb. S. 132 zur Widerrechtlichkeit, die in der Verletzung der gesetzlich geschuldeten Sorgfalt bestehen kann) und BK-WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, OR 398 N 149–156, m.w.H.

1. Mandant will Besserstellung der Kinder zulasten des Ehegatten

Der Mandant und spätere Erblasser will mit Hilfe der Beratung eines Anwalts oder Notars erreichen, dass die Ehegattin möglichst wenig erhält, um mit der freien Quote die gemeinsamen Kinder maximal zu begünstigen. Versagt der Anwalt oder Notar, stellt sich die Frage nach dem Schaden der Kinder und der Haftung des Anwalts gegenüber diesen. Bejaht man beides, führt dies zu den vielzitierten «lachenden Doppelerben»³. Es kommt zu einer doppelten Zuweisung zumindest eines Teils der Erbschaft – einmal als erbrechtlicher Anspruch, ein andermal als Schadenersatzanspruch⁴. Folgendes Beispiel zeigt gar eine *vollkommene Verdoppelung*: Der Erblasser ohne pflichtteilsgeschützte Erben will an Stelle des bisher eingesetzten X den Y als Alleinerbe. Scheitert die Anwalts-tätigkeit, erhält X alles aufgrund des Erbrechts, während Y das ganze «Erbe» als Schadenersatzanspruch gegen den Anwalt erhält⁵. Beim vorhin erwähnten Fall kommt hinzu, dass die Kinder später möglicherweise auch die Mutter beerben, die mehr erhalten hat, als dem Erblasser lieb war.

2. Mandant will Besserstellung des Ehegatten zulasten der Kinder

Will der Erblasser die maximale Begünstigung der Ehegattin zulasten der Kinder, stellen sich beim Scheitern der Beratertätigkeit ähnliche Fragen. Auch bei der Ehegattin, die Schadenersatz für das entgangene Erbe erhält, kommt es zu einer doppelten Zuweisung eines Teils der Erbschaft. Eher unwahrscheinlich ist hingegen, dass die Ehegattin die Kinder später beerbt. Das Geld ist jedoch immerhin *im Stamm der Familie* und kommt vielleicht auf diese Weise dem überlebenden Ehegatten zu Gute.

Diese Konstellation zeigt auch deutlich, dass nicht die Erben als Gemeinschaft einen Schadenersatzanspruch des

Erblassers erben oder geltend machen können. Die vom wahren Erblasserwillen abweichende Verteilung des Erbes hat keinen Schaden des Erblassers oder der Erben, sondern nur des zu begünstigenden Dritten – der auch Erbe sein *kann* – zur Folge. Der Erblasser und die Erben als Universalsukzessoren sind *in ihrer Gesamtheit* unabhängig von der fehlgeschlagenen Anwalts-tätigkeit *gleich reich*⁶.

3. Mandant will Beratung zur allgemeinen Wahrung der Erbeninteressen

Der Erblasser sucht in dieser Fallkonstellation Rat bezüglich seiner Gesellschaftsanteile. Durch ungeschicktes Vorgehen verlieren die gesetzlichen Erben im Zeitpunkt des Todes die Ansprüche an der Gesellschaft des Erblassers⁷. Diese Konstellation liegt insofern anders, als hier den Erben ein Nachteil entstanden ist, der den Wert des Nachlasses insgesamt schmälert. Die in Art. 560 Abs. 1 ZGB statuierte Universalsukzession ermöglicht es den Erben, gegen den Anwalt die Schadenersatzansprüche des Erblassers geltend zu machen.

III. Einordnung des interessierten Dritten in den Beratervertrag

Die Beratung des Erblassers lässt sich als Tätigwerden in fremdem Interesse und damit als Auftrag im Sinne des Art. 394 OR qualifizieren. Der Beauftragte hat die Interessen des Erblassers zu wahren. Wie der interessierte Dritte in diesen Vertrag Einzug findet und dadurch allenfalls Schadenersatz erhält, bildet Gegenstand der nachfolgenden Gedanken.

1. Vertrag zugunsten Dritter

Die Beratung des künftigen Erblassers begründet keine Leistungspflichten zugunsten der zu begünstigenden Personen. Insbesondere kann das Versprechen des Anwalts, den interessierten Personen das (erhöhte) Erbe zukommen zu lassen, keinen Bestand haben⁸. Einzig der Erblasser kommt in den Genuss der Beratung. Er alleine kann

³ Vgl. GERHARD KEGEL, Die lachenden Doppelerben: Erbfolge beim Versagen von Urkundspersonen, in: Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, Köln 1978, 545 ff., 548; vgl. REINHARD ZIMMERMANN, Lachende Doppelerben? – Erbfolge und Schadenersatz bei Anwaltsverschulden, FamRZ 1980, 99 ff.; vgl. ILKA HÜFTLE, Schadenersatz wegen entgangener Erbschaft: zugleich ein Beitrag zum Vorrang der Zuweisung subjektiver Rechte vor der schadenersatzrechtlichen Sanktion, Diss. Tübingen 2007, Berlin 2008, 149 ff.; vgl. MICHAEL SCHLITT/OLIVER SEILER, Anwaltshaftung für fehlerhafte Erblasserberatung, NJW 1996, 1325 ff., 1325.

⁴ Vgl. HÜFTLE (FN 3), 149 ff.

⁵ Dieses Beispiel bei KEGEL (FN 3), 548.

⁶ Vgl. MICHAEL KULL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Diss. Zürich 2000, 185 f.

⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2002 – IX ZR 72/99 in NJW 2002, 2787 ff. und BGH, Urteil vom 13. Juni 1995 – IX ZR 121/94 in NJW 1995, 2551 ff.

⁸ A.M. KULL (FN 6), 187.

durch seine Willenserklärung den interessierten Dritten zum Erben machen oder ihn gegenüber anderen Personen begünstigen. Die Leistung des Anwalts oder Notars beschränkt sich darauf, die Grundlagen dafür zu schaffen⁹. Auch wenn das Testament formgültig entstanden ist, kann der Erblasser es jederzeit widerrufen. Eine andere Überlegung stützt diesen Gedanken: Verträge über den Nachlass einer noch lebenden Person sind in Deutschland gemäss § 311b Abs. 4 BGB nichtig¹⁰. In der Schweiz sind sie zwar mit Zustimmung des Erblassers zulässig (Art. 636 ZGB), gewähren dem Erwerber indes keinen Schutz, wenn das Erbrecht nicht im erhofften Mass werthaltig ist. Es handelt sich lediglich um die Veräusserung eines künftig möglichen Erwerbs, den der Anwalt als Nichterbe ohnehin nicht versprechen kann¹¹.

2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Das Bundesgericht hat diese Figur noch nie grundsätzlich bejaht, sich aber schon mehrfach mit ihren Voraussetzungen befasst¹². Zumeist scheidet diese Konstruktion, weil die Interessen gegenläufig sind – der Gutachter ist beispielsweise Vertragspartner des Hauseigentümers, der an einem besonders hohen Verkaufswert interessiert ist, während der Dritte als Käufer des Hauses einen möglichst tiefen Preis bezahlen will¹³. In den hier interessierenden Fallkonstellationen wären die Interessen gleichläufig – der künftige Erblasser will die Begünstigung der interessierten Drittperson ebenfalls. Deshalb mandatiert er den Anwalt. Die Schutzwirkung müsste jedenfalls variabel und temporär beschränkt sein. Ändert der Erblasser seinen Willen vor dem Tod und beauftragt er den Anwalt erneut, das Testament anders zu vorzubereiten, kann die

Schutzpflicht zugunsten des ursprünglich bedachten Dritten keine Rolle mehr spielen, ansonsten der Anwalt in einen Interessenkonflikt gerät¹⁴.

a. Schutz des noch nicht angefallenen Erbes

Art. 509 Abs. 1 ZGB hält fest, dass der Widerruf eines Testaments jederzeit möglich ist. Es ist deshalb schwierig, eine Schutzwirkung für ein von Gesetzes wegen nicht geschütztes Recht zu konstruieren. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) gewährte diesen Schutz, indem er den Anwalt aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Tochter als erwünschter Erbin haften liess¹⁵. Doch gibt es im Kontext der Beratung für ein Testament einen wesentlichen Unterschied zu den gewöhnlichen Gutachter- und Expertenfällen. Dort trifft der Dritte gestützt auf das Gutachten eine Entscheidung. Der Erblasser hingegen zieht den Anwalt bei einer *eigenen Entscheidung* bei, die aufgrund der erbrechtlichen Schutzlosigkeit des noch nicht angefallenen Erbes kein Vertrauen schaffen kann¹⁶. Ansonsten müsste man auch einen Anspruch gegen den unsorgfältigen Erblasser bejahen, wenn dieser auf formun-

⁹ Vgl. HÜFTLE (FN 3), 130 f.; vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1965 – VI ZR 47/64 in NJW 1965, 1955 ff., 1956 («Lahmer Anwalt»): «Bei Zugrundelegung dieser im wesentlichen tatrichterlichen Feststellungen, (...) ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, dass der Vertrag nicht als Vertrag zugunsten Dritter im eigentlichen Sinne des § 328 BGB anzusehen ist. Denn der Beklagte war nicht verpflichtet, seine Leistungen der Klägerin zu erbringen.»; ebenso ablehnend SCHLITT/SEILER (FN 3), NJW 1996, 1326; vgl. auch SAMUEL SIEGRIST, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1997, 104 ff.

¹⁰ Vgl. HÜFTLE (FN 3), 132.

¹¹ Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, in: Heinrich Honseil/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 4. A., Basel/Genf/München 2011 (zitiert: BSK-VERFASSER), ZGB 636 N 3.

¹² Vgl. Urteil BGer 4C.230/2003, E. 1.

¹³ Vgl. Urteil BGer 4C.230/2003, E. 1.

¹⁴ Dieses Problem behandelt der kanadische Entscheid *Graham v. Bomycastle*, 2004 ABCA 270. Es geht um die Erben gemäss erstem Testament, die Schadenersatz vom Notar wollen, der beim zweiten Testament mitgewirkt hat. Das Urteil hält in Ziff. 29 fest: «There are strong public policy reasons why the solicitors' duty should not be extended. The imposition of a duty to beneficiaries under a previous will would create inevitable conflicts of interest. A solicitor cannot have a duty to follow the instructions of his client to prepare a new will and, at the same time, have a duty to beneficiaries under previous wills whose interests are likely to be affected by the new will. The interests of a beneficiary under a previous will are inevitably in conflict with the interests of the testator who wishes to change the will by revoking or reducing a bequest to that beneficiary.».

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 1965 – VI ZR 47/64 in NJW 1965, 1955 ff., 1956: «Es ist aber anerkannt Rechts, dass auch dritte am Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen unter dem Schutzbereich vertraglicher Schadenshaftung stehen und auf dieser Grundlage eigene Ersatzansprüche erlangen können, wenn sie infolge einer Verletzung der von dem Vertragsschuldner primär dem Vertragsgläubiger geschuldeten Sorgfalt einen Schaden erleiden (...).»; vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1997 – IX ZR 123/96 in NJW 1997, 2327 ff., 2328, E. II.1.c.bb; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. Juli 1994 – IV ZR 294/93 in NJW 1995, 51 ff., 52 f., E. 2; vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 10. Februar 2010 – 11 U 5/09 in BeckRS 2010, 12719, E. II.2 und DIETMAR WEIDLICH in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71. A., München 2012, BGB 1937 N 20; vgl. auch die Angaben zu den entsprechenden Fällen in den USA bei HARALD BÄRTSCH, Verabsolutierte Relativität, Habil. Zürich 2009, 179 (*Bikanja v. Irving*, 49 Cal.2d 647, 650 f.) und 229.

¹⁶ Im Ergebnis gleich KULL (FN 6), 186.

gültige Weise zugunsten der interessierten Person testiert. Dies steht aber grundsätzlich ausser Diskussion¹⁷.

Das genaue Studium eines BGH-Entscheidendes aus dem Jahre 2001 mag diesen Gedankengang erläutern. Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen musste entscheiden, ob es einer Gesuchstellerin die Vollbankenerlaubnis erteilen sollte und mandatierte einen Wirtschaftsprüfer mit einer Sonderprüfung. Aufgrund dieser Prüfung verweigerte es die Vollbankenerlaubnis. Der Mehrheitsaktionär klagte gegen den Wirtschaftsprüfer, weil das Gutachten mehrere Mängel aufwies. Der BGH verneinte einen vertraglichen Anspruch, weil der Dritte nicht mit der Leistung des Gutachters «in Berührung» gekommen sei. Weiter hielt das Gericht fest, dass das Gutachten *als Grundlage einer eigenen Entscheidung* der Behörde dienen sollte. Nicht der Dritte trifft die (nachteilige) Entscheidung im Vertrauen auf das Gutachten, sondern die Behörde selbst. Lediglich von dieser Entscheidung ist der Dritte betroffen¹⁸. Die Be-

ratung im Erbrecht ist mit dieser Situation identisch. Der interessierte Dritte kann mit der Leistung nicht in Berührung kommen. Mit der *Leistung* kann nur der Erblasser in Berührung kommen, mit dem daraus folgenden *Ergebnis* der Entscheidung nur der interessierte Dritte. Das «Ergebnis» kann ihn aber nicht «treffen», weil er keinen Anspruch darauf hat.

Der fehlende Anspruch ergibt sich daraus, dass der Erbe vor dem Erbfall keinerlei Rechte hat. DRUEY hält in seinem Lehrbuch prägnant fest: «*Erst Sterben heisst Erben*»¹⁹. Einzig im Falle eines Erbvertrages gibt es einen Schutz, der indes auf einer *gegenseitigen Bindung* beruht (Art. 494 Abs. 3 ZGB). Das gemäss Art. 509 Abs. 1 ZGB stets widerrufbare Testament macht das künftige Erbe zu einer blossen Hoffnung. Auf das Erbe besteht kein Anspruch. Ein Teil der Lehre behandelt den Schaden des interessierten Dritten als *Reflexschaden*²⁰, der nicht ersetzt wird. Auch wenn diese Figur auf das vorliegende Problem zu passen scheint, fehlt es an der Grundprämisse, dass überhaupt ein Schaden vorliegt. Wo kein subjektives Recht vorliegt, kann es auch keine Schädigung geben.

b. Schadenersatzanspruch als notwendiges Korrektiv?

Wenn das zukünftige Erbe keinen Schutz verdient, stellt sich die Frage, ob die Interessen und Anreize bei der erb-

¹⁷ Vgl. die diesbezüglichen Ansätze bei ROMAN MISERRE, Die «*culpa in testando*» – Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht, Diss. Bielefeld 2002, passim. Es geht dabei um die Figur der «*culpa in testando*». Es gibt indes auch andere Ansätze zum Schutz berechtigten Vertrauens im Arbeitsrecht und im Recht der einfachen Gesellschaft. Wer im Vertrauen auf die spätere erbrechtliche Begünstigung Arbeit ohne Lohn erbringt, kann gestützt auf Art. 320 Abs. 2/3 OR einen Lohn verlangen (vgl. BGE 90 II 443 ff., BGE 95 II 126 ff., 131 f. und BGE 107 Ia 107 ff., 110 f.) oder bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft den zustehenden Anteil, vgl. dazu MICHELLE COTTIER/CÉCILE CREVOISIER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP/PJA 2012, 33 ff., 38 ff., m.w.H.; vgl. die Lösungsansätze der *condictio ob rem* in BGH, Urteil vom 12. Juli 1989 – VIII ZR 286/88 in NJW 1989, 2745 ff., 2746, E. III.1, m.w.H. und die Hofnachfolgefälle des BGH, Beschluss vom 16. Februar 1954 – V BLw 60/53 in BeckRS 1954 30385215, E. 3: «*Hat ein Hofeigentümer sich so verhalten, dass einer seiner Abkömmlinge sich als künftigen Hofnachfolger betrachten konnte oder hat er sogar darüber hinaus diesem Abkömmling den Hof ausdrücklich versprochen, so liegt in einem solchen Verhalten die Kundgabe des Willens, den Hof gerade diesem Abkömmling zukommen lassen zu wollen. Das gilt umso mehr, wenn der auf diese Weise in Aussicht genommene Hofnachfolger daraufhin seine Lebensführung auf die spätere Übernahme des Hofes eingestellt und der Hofeigentümer dies geduldet hat. Ein solches Verhalten, das eine entsprechende Einstellung des betreffenden Abkömmlings ausgelöst hat, kann nicht lediglich als eine unverbindliche Kundgabe bestehender Absichten angesprochen, sondern muss als rechtlich erhebliche Willensäußerung des Hofeigentümers hinsichtlich der künftigen Hofnachfolge gewertet werden, mit der sich der betreffende Abkömmling – sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend – einverstanden erklärt hat.*»

¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2001 – X ZR 231/99 in NJW 2001, 3115 ff., 3116 f.: «*Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von der vorgenannten Fallgestaltung in einem wesentlichen Punkt, nämlich darin, dass der Prüfbericht der Bkl. der Kl. nicht als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen dienen sollte,*

sondern allein (...) Grundlage für das weitere behördliche Vorgehen des BAKred sein sollte. (...) Die Bkl. ist daher unmittelbar in Erfüllung von Aufgaben tätig geworden, die dem BAKred obliegende Verwaltungsaufgaben sind. Sie sollte den entscheidungserheblichen Sachverhalt im Rahmen einer Sonderprüfung ermitteln. Das BAKred hätte bei entsprechend vorhandener Personalkapazität diese Aufgabe auch selbst durch eigene Mitarbeiter erledigen können.»

¹⁹ JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, 95; vgl. KARIN ANGST-WEBER, Die Rechtsstellung des Erben vor Eintritt des Erbfall, Diss. Zürich 1984, 24: «*Der Erbe hat aber vor Eröffnung des Erbganges noch kein Erbrecht, sondern nur eine Anwartschaft, eine rechtlich fundierte Aussicht auf den Erwerb des künftigen Erbrechts. Ein gegenwärtiges subjektives Recht und somit auch das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.*» und 86: «*Weder die Anwartschaft des gesetzlichen noch die des pflichtteilsgeschützten Erben trägt Rechtsqualität.*»; vgl. Urteil Bernischer Appellationshof vom 24. Februar 1958 in ZBJV 95 (1959), 457 ff., 459: «*Die blosser Erbanwartschaft ist kein Recht und gibt keinen Anspruch auf Feststellung der dem präsumierten Erblasser zustehenden Forderungen.*» Bei der Bemessung des nahehelichen Unterhalts fallen erbrechtliche Anwartschaften ausser Betracht, weil sie bezüglich Zeit und Höhe unsicher sind, vgl. BSK-GLOOR/SPYCHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel/Genf/München 2010, ZGB 125 N 34.

²⁰ Vgl. SIEGRIST (FN 9), 106; vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 1977 – VI ZR 261/75 in NJW 1977, 2073 ff., 2074.

rechtlichen Beratung noch richtig gesetzt sind. Kommt der beratende Anwalt nicht zu gut davon, wenn er gar keinen Schadenersatz leisten muss? Tatsächlich bringt diese Folgenerwägung das Gerüst beträchtlich ins Wanken²¹. Immerhin verbleiben aber aufsichtsrechtliche Sanktionen gegen unfähige Anwälte, die Möglichkeit, das Honorar zurückzufordern, zu reduzieren oder gänzlich zu verweigern und die nichtrechtliche Sanktion des Reputationsverlusts²².

3. Vertrauenshaftung

Das Bundesgericht erfasst den Einbezug Dritter in Berater- und Gutachterverträge mit der Vertrauenshaftung²³. Neben der rechtlichen Sonderverbindung verlangt das Bundesgericht insbesondere ein schutzwürdiges Vertrauen sowie eine Vertrauensdisposition²⁴. Schutzwürdiges Vertrauen liegt dann vor, wenn es «hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten» zu wecken vermag²⁵. Schon hier zeigt sich, dass man auf ein Erbe nur «hoffen» kann – eine schützenswerte Rechtsposition erlangt man bis zum Tode nicht. Eine gestützt auf diese blosser Hoffnung vorgenommene, nachteilige Vermögensdisposition ist ebenfalls nicht ersichtlich²⁶. Schadenersatz wegen entgangenen Erbes wäre Ersatz entgangenen Gewinns, nicht Ersatz für nachteilige Dispositionen – auch deshalb ist der Anspruch aus Vertrauenshaftung unpassend.

4. Drittschadensliquidation

Während der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dem Geschädigten einen vertraglichen Anspruch eröffnet, zieht die Drittschadensliquidation den Schaden zum Anspruch. Der Vertragspartner liquidiert den Schaden des

vertragslosen Dritten²⁷. Der Mandant als Vertragspartner des beauftragten Anwalts lebt nicht mehr. Seine Erben würden also den Anspruch der Kinder, des Ehegatten oder des zu begünstigenden Dritten liquidieren, was kaum in ihrem Interesse liegen dürfte²⁸.

Das Bundesgericht liess die Anerkennung der Drittschadensliquidation stets offen²⁹. Die Drittschadensliquidation findet in Deutschland und in der Schweizer Lehre ihr Anwendungsfeld in drei Fallkonstellationen³⁰. Sie ist *erstens* im Falle einer zufälligen Schadensverlagerung anwendbar. Beispiel dafür ist die Gefahrtragung gemäss Art. 185 Abs. 1 OR. Der Schaden kann sich in den erbrechtlichen Konstellationen jedoch ausschliesslich beim potentiell Begünstigten ergeben, wenn man einen Schaden bejahen will. *Zweitens* kommen die so genannten Obhutfälle und *drittens* die Stellvertretungsfälle in Frage, deren Grundkonstellation nichts mit der vorliegenden Situation zu tun hat. Die Beratung des künftigen Erblassers weist keinen notwendigen Bezug zur Obhut über die Personen auf, die der Erblasser begünstigen will. Ein Bezug zur Stellvertretung liegt noch ferner, es sei denn, man fingiere die Stellvertretung (siehe dazu nachfolgend).

5. Netzwerk und fingierte Stellvertretung

BÄRTSCHI erwähnt den Vorschlag, erbrechtliche Beratungskonstellationen zugunsten eines Dritten als *Netzwerk* oder *Netzwerksvertrag* zu erfassen. Dieses Konzept basiert auf einer Bindung, die zwischen Vertrag und Gesellschaft liegt und Parallelen zum Verhältnis einzelner Gesellschaften in Konzernen aufweist. Er verwirft diese These, schlägt aber gleichzeitig vor, eine fingierte Stellvertreterregelung für solche Konstellationen vorzusehen³¹. Der Erblasser wäre folglich bei der Mandatierung

²¹ Vgl. FLORIAN FAUST, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, AcP 2010, 555 ff., 574 f., der als einen der Gründe für die Expertenhaftung die Vermeidung unrichtiger Gutachten nennt.

²² Vgl. zu den Möglichkeiten der Honorarverweigerung CHK-GEHRER/GIGER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (zitiert: CHK-VERFASSER), OR 394 N 30 m.w.H.; der Gedanke des Reputationsverlustes findet sich bei FAUST (FN 21), AcP 2010, 575.

²³ Vgl. Urteil BGE 4C.230/2003.

²⁴ Vgl. Urteil BGE 4C.230/2003, E. 2.1. und 2.2.

²⁵ Vgl. Urteil BGE 4C.230/2003, E. 2.1.

²⁶ Vgl. zu diesem Erfordernis Urteil BGE 4C.230/2003, E. 2.1; vgl. BGE 128 III 324 ff., 327.

²⁷ Vgl. BGE 123 III 204 ff., 211: «Auch bei der Drittschadensliquidation (...), auf welche die Befürworter der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist verweisen (...), wird der Schaden vom Vertragspartner selbst geltend gemacht; eine Ausnahme ergibt sich dabei nur bezüglich des Grundsatzes, dass nur der im Vermögen des Gläubigers entstandene Schaden zu ersetzen ist.»; vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008, N 2891.

²⁸ Vgl. KULL (FN 6), 187.

²⁹ Vgl. Urteil BGE 4A_422/2010, E. 2.6.

³⁰ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 27), N 2885 f.

³¹ Vgl. HARALD BÄRTSCHI, Hat das Vertragsrecht ausgedient? ZBJV 2010, 429 ff., 442 f., 443: «Man müsste ein neues Rechtsinstitut schaffen, welches irgendwo zwischen Vertrag und Gesellschaftsform läge. Aber davon sind wir noch weit entfernt. Der Netzvertrag, wie er teilweise in der Literatur diskutiert worden ist, wirkt gekünstelt und vermag nicht zu überzeugen. Es ginge darum, dass

des Anwalts auch als Stellvertreter des zu begünstigenden Erben tätig. Das ist Neuland und müsste zuerst die richtigen beschränkenden Konturen erhalten, löst aber auch dann das Problem des fehlenden Schadens und der gegebenenfalls lachenden Doppelerben nicht.

IV. Problematische Bereicherung bei Bejahung des Schadenersatzanspruchs

1. Lachende Doppel- und Dreifacherben

Bejaht man einen Schadenersatzanspruch des interessierten Dritten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder einer anderen Rechtsfigur, ergeben sich in mehreren Fällen problematische Folgen. Versucht der Erblasser aufgrund der Fehlberatung des Anwalts erfolglos, die Kinder gegenüber der Ehegattin zu begünstigen, so müsste der Anwalt diese so stellen, als wäre der Wunsch des Vaters in Erfüllung gegangen. Sie erhalten die Differenz des tatsächlich angefallenen Erbes zum erhofften Erbe – dies ist das erste Lachen, das zum Lachen der erbenden Mutter hinzutritt, die unverhofft mehr erhalten hat. Die Kinder beerben die Mutter später voraussichtlich auch noch. Insgesamt wird also dreimal gelacht. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich diesem Problem.

2. Korrektur bei der Art und Bemessung des Schadenersatzes

Erhalten die Kinder des Erblassers Schadenersatz für das ihnen entgangene Erbe, liegt darin eine Anerkennung der Schutzfähigkeit der noch nicht angefallenen Erbschaft. Dieser Gedanke verdient keine Zustimmung, kann aber auch korrigierend wirken. Mit der Anerkennung der Schutzfähigkeit des entgangenen Erbes beim Tod des Vaters geht die Anerkennung der späteren Beerbung der Mutter einher. Die Korrektur erfolgt über die Art und die Bemessung des Schadenersatzes. Der Gewinn des entgangenen Erbes könnte sich beim Tode des überlebenden Ehegatten doch noch einstellen. Es wäre deshalb möglich, den Schadenersatz temporär in der Form eines Darlehens zu gewähren, auflösend bedingt durch den späteren, begünstigenden Erbfall. Ebenso möglich wäre es, diesen gleich vorwegzunehmen und lediglich den Vermögensertrag auf dem entgangenen Erbe für die Zeit bis zum Tode

des überlebenden Ehegatten zu gewähren. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Art des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR). Eine andere Möglichkeit bestünde darin, dass die Kinder zwar vollen Schadenersatz erhalten, jedoch ihren Anspruch auf das später anfallende «Über-Erbe» abtreten müssen. Der Gedanke der *compensatio lucri cum damno* ist in §§ 249, 255 BGB erfasst – in der Schweiz ergibt er sich nur allgemein aus der Bemessung und der Art des Schadenersatzes (Art. 42 f. OR).

Auch im umgekehrten Falle, bei welchem die Kinder mehr als vom Erblasser erwünscht erhalten, stellt sich das Problem der lachenden Doppelerben. Der vorhin erwähnte Lösungsansatz funktioniert indes kaum, weil die Beerbung der Kinder durch den überlebenden Ehegatten nur wenig wahrscheinlich ist. Die Erträge des grösseren Kindsvermögens können bei unterhaltsberechtigten Kindern immerhin für Erziehung, Unterhalt und Ausbildung Verwendung finden (Art. 319 ZGB) – die Reduktion des Schadenersatzes kann diesen Ersparnissen Rechnung tragen. Ebenso anrechenbar ist es, dass die Kinder besser ausgestattet sind – üblicherweise ist dies Eltern einigewert³². Die Billigkeit gebietet, diese Bereicherung *auch in aufgedrängter Form* als Ersparnis zu berücksichtigen.

V. Alternative Lösungsansätze zum Schadenersatzanspruch

1. Korrektiv durch «besseren Erblasserwillen»

Die ganze Schadenersatzproblematik erledigt sich von selbst, wenn der intendierte Erbe kraft «besseren Erblasserwillens» erbt. Wer im Prozess gegen den Berater des Erblassers beweisen kann, dass der Erblasser ihn begünstigen wollte, hat den «wahren», aber formnichtigen Erblasserwillen gezeigt. Es stellt sich die Frage, ob dieser Wille nicht den Vorrang verdient – Vorrang vor der Intestaterbfolge, vor der formgültigen, aber nicht ge-

man gestützt auf eine fingierte Stellvertreterregelung Dritte als Vertragsparteien betrachtete.»

³² Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1979 – VI ZR 212/77 in NJW 1979, 2033 f., 2034, E. 4b.bb: «Das erwähnte Unbehagen beruht darauf, dass die Vermögensbildung bei minderjährigen Kindern von ihren Eltern unter normalen Familienverhältnissen als wünschenswert empfunden und vielfach unter hohen eigenen Aufwendungen erkaufte wird. (...) Wenn in Fällen der hier gegebenen Art die zum Schadenersatz verpflichtende Handlung gleichzeitig zu der bei Eltern in normalen Familienverhältnissen als wünschenswert und auch finanziellen Aufwandes würdig angesehenen Vermögensbildung bei den Kindern geführt hat, dann darf das bei der Bemessung des Schadenersatzes nicht ausser Betracht bleiben.»

wollten letztwilligen Verfügung und vor dem Schadenersatzanspruch³³. Wenn der deutsche Bundesgerichtshof im Prozess gegen den Berater dem intendierten Erben Schadenersatz für das entgangene Erbe zuspricht, befürwortet es *indirekt* den Gedanken des besseren Erblasserwillens. Wer diese Meinung teilt, sollte *erst recht* für den Anspruch auf das erhoffte Erbe als solches sein³⁴.

Der Gedanke des besseren Erblasserwillens relativiert die Formerfordernisse des Erbrechts zu stark. Die Idee hat vordergründig etwas für sich. Ein Beharren auf den Formvorschriften könnte *erstens* rechtsmissbräuchlich sein, wenn man wie vorliegend den besseren Erblasserwillen beweisen kann (Art. 2 Abs. 2 ZGB)³⁵. Die Form dient der Rechtssicherheit, dem Übereilungsschutz und dem Beweis. Diesen Zwecken ist aber mit formungültigen Aussagen nicht Genüge getan³⁶. Das Gesetz sieht *zweitens* an mehreren Stellen vor, dass der wahre Wille des Erblassers zur Geltung kommen soll. Eine aus mangelhaftem Willen hervorgegangene Verfügung können die Erben für ungültig erklären lassen (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Auch die Erbnunwürdigkeit reflektiert den hypothetischen Willen des Erblassers – unter den in Art. 540 Abs. 1 ZGB genannten Umständen hätte der Erblasser wohl nichts vererben wollen³⁷. Bei einem offenbaren Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen drängt sich eine Richtigstellung auf (Art. 469 Abs. 3 ZGB). Diesen Fällen ist indes gemein, dass gerade nicht eine formungültige letztwillige Verfügung als Ersatz Anwendung findet, sondern die Intestaterbfolge oder eine alte, formungültige letztwillige Ver-

fügung³⁸. Alle Argumente zeigen letztlich klar, dass der *wahre Wille als solcher* keine Rolle spielt, wenn er nicht formgültig Ausdruck gefunden hat.

2. Korrektiv durch Kondiktion

ZIMMERMANN schlägt vor, dem intendierten Erben die Kondiktion gegenüber den tatsächlich begünstigten Erben gestützt auf §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB analog zu gewähren³⁹. Der Gedanke beruht darauf, dass der tatsächlich begünstigte Erbe unentgeltlich etwas erhalten hat, auf das er eigentlich keinen Anspruch hätte. Aufgrund der Unentgeltlichkeit ergeben sich die geringere Schutzbedürftigkeit und die fehlende Kondiktionsfestigkeit des Anspruchs. Auch dieser Gedanke hat etwas für sich. Doch stellt sich die Frage, ob *diese spezifische Kondiktion* in der Schweiz überhaupt existiert. Hauptanwendungsfeld dieser Kondiktion ist der unentgeltliche gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten. Die Lehre ist sich nicht einig⁴⁰. Auch die entsprechende Anwendung der deutschen Kondiktion drängt sich indes nicht auf, denn der tatsächlich begünstigte Erbe hat eindeutig mit gültiger causa erworben. Die Analogie zur Verfügung des Nichtberechtigten ist schon für Deutschland etwas gar weit hergeholt⁴¹.

³³ Diese Idee bei KEGEL (FN 3), 550 ff.; ablehnend ZIMMERMANN (FN 3), FamRZ 1980, 101 f. und HÜFTLE (FN 3), 52 ff., 152–159.

³⁴ Vgl. ZIMMERMANN (FN 3), FamRZ 1980, 101.

³⁵ Vgl. KEGEL (FN 3), 554 f.; vgl. dazu eingehend HÜFTLE (FN 3), 52 f. und 155; vgl. den Gedanken bei BSK-SCHWANDER (FN 11), ZGB 540 N 4.

³⁶ Vgl. HÜFTLE (FN 3), 155–157; vgl. SCHLITT/SEILER (FN 3), NJW 1996, 1326.

³⁷ Dies zeigt sich insbesondere im Wortlaut des Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB: «...die dem Erblasser deren Erneuerung nicht mehr ermöglichen...»; vgl. dazu CHK-WILDISEN (FN 22), ZGB 540 N 7; vgl. BSK-SCHWANDER (FN 11), ZGB 540 N 16. Denkbar (aber abzulehnen) wäre auch im Falle des lahmen Anwalts, von einer Vorwirkung des geplanten Testaments auszugehen – ähnlich wie in Deutschland eine noch nicht rechtskräftige, aber immerhin eingeleitete Scheidung bereits die Erbsprüche des Ehegatten beseitigt (§§ 1933, 2077 Abs. 1, 2299 Abs. 2 BGB, vgl. dazu THORN BEISENHERZ, Die erbrechtlichen Folgen von Scheidung und Ehekrise, Diss. Berlin 2008, 209 ff.). In der Schweiz ist dies allerdings gerade nicht so, vgl. Art. 120 Abs. 2 ZGB und dazu CHK-BREIT-SCHMID (FN 22), ZGB 120 N 5 und kritisch dazu ROLAND FANKHAUSER, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011, N 463 ff.

³⁸ Vgl. BSK-FORNI/PIATTI (FN 11), ZGB 519/ 520 N 29; für Deutschland HÜFTLE (FN 3), 152 f. Der auf diese Konstellation nicht anwendbare Fall des Art. 510 Abs. 2 ZGB (Vernichtung der Urkunde durch Zufall) zeigt indes, dass das Gesetz einen genauen und vollständigen Beweis des wahren Willens zumindest als möglich erachtet.

³⁹ Vgl. ZIMMERMANN (FN 3), FamRZ 1980, 103; vgl. § 816 Abs. 1 BGB: «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.»

⁴⁰ Die Schweizer Lehre löst dies mit einer engen Anwendung des Art. 933 ZGB nur auf Fälle entgeltlichen Erwerbs oder einer Begründung gestützt Art. 239 Abs. 1 OR, wonach eine Schenkung nur aus dem eigenen Vermögen gültig sei, vgl. die Hinweise bei ARNOLD F. RUSCH, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich 2010, 244 f. m.w.H. und die Kondiktion bejahend BSK-SCHULIN in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel/Genf/München 2011, OR 62 N 22, m.w.H.

⁴¹ Vgl. dazu eingehend HÜFTLE (FN 3), 151; ebenfalls ablehnend SCHLITT/SEILER (FN 3), NJW 1996, 1326.