

## Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren BGE 135 III 597

**Anwälte können bzw. müssen sich auch gegenüber den Erben eines verstorbenen Klienten auf ihr Berufsgeheimnis berufen. Sie dürfen einem Auskunftsbegehren der Erben grundsätzlich nur bei Vorliegen einer lebzeitigen Entbindung durch den Erblasser oder einer Entbindung durch die Aufsichtskommission Folge leisten \* .**

Andrea Dorjee-Good \*\*

### \*\* successio 2010 Seite 299 \*\*

#### Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung des Sachverhalts
2. Zusammenfassung der Erwägungen des Bundesgerichts
  - 2.1 Die vertragliche Rechenschafts- und Schweigepflicht des Anwaltes
  - 2.2 Die berufsspezifische Schweigepflicht des Anwaltes
  - 2.3 Das Berufsgeheimnis als lex specialis
3. Bemerkungen
  - 3.1 Das Berufsgeheimnis des Anwaltes im Allgemeinen
  - 3.2 Der Informationsanspruch der Erben
    - a. Die vertragliche Rechenschafts- und Schweigepflicht
    - b. Das Berufsgeheimnis als lex specialis
    - c. Die Erben des Klienten als neue Geheimnisherrn?
  - 3.3 Die Entbindung vom Berufsgeheimnis
    - a. Die Entbindung durch den Geheimnisherrn
    - b. Die Entbindung durch die Aufsichtskommission
  - 3.4 Schlussbemerkungen

#### 1. Zusammenfassung des Sachverhalts

A.X. ist die Tochter des Erblassers H.X. und seiner vorverstorbenen Ehefrau F.X. H.X. verfügte über diverse Vermögenswerte bei mehreren Schweizer Banken und beauftragte den Genfer Anwalt Y., sich um seine Angelegenheiten in der Schweiz und in Liechtenstein zu kümmern.

Die Tochter A.X. beschuldigte ihren Vater bereits zu Lebzeiten, heimlich grössere Zuwendungen aus dem ehelichen Vermögen an Dritte gemacht und so ihre erbrechtlichen Anwartschaften am Nachlass ihrer Mutter geschmälert zu haben. Nach dem Tod ihrer Mutter verlangte A.X. von ihrem Vater Auskunft über sämtliche in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte ihrer Eltern, worauf H.X. seinen Anwalt Y. beauftragte, ihn auch im Streit mit seiner Tochter A.X. zu vertreten.

Nach dem Tod ihres Vaters wandte sich A.X. als Alleinerbin von H.X. an den Anwalt Y. Sie widerrief sämtliche Mandate und Vollmachten und verlangte die Herausgabe aller Dokumente, welche Y. aufgrund des Mandates mit ihrem Vater besass. Sie leitete in Genf Klage ein, mit dem Begehren, Y. habe ihr Auskunft über sämtliche Vermögenswerte zu erteilen, an denen H.X. oder seine Ehefrau F.X. berechtigt waren, sowie über sämtliche Geschäfte, welche er im Zusammenhang mit den Vermögenswerten von F.X. oder H.X. getätigt habe. A.X. machte dabei insbesondere geltend, sie habe ein Recht, Auskunft über sämtliche lebzeitigen Zuwendungen ihrer Eltern zu erhalten, um diese nötigenfalls herabsetzen zu können.

### \*\* successio 2010 Seite 300 \*\*

Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage insoweit ab, als die herausverlangten Informationen vom Berufsgeheimnis erfasst seien. Dies betraf jene Unterlagen und Informationen, welche im Zusammenhang mit dem Verfahren zwischen dem Erblasser H.X. und der Klägerin A.X. standen. Im Übrigen hiess es die Klage gut.

Gegen diesen Entscheid legte A.X. Berufung ein, mit der Begründung, das Berufsgeheimnis dürfe ihr nicht entgegengehalten werden. Sie verlangte die Erteilung umfassender Informationen, einschliesslich die Herausgabe sämtlicher Unterlagen, welche für das Verfahren zwischen H.X. und ihr relevant waren. Die Berufung wurde abgewiesen und das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts bestätigt. Gegen diesen Entscheid gelangte die Klägerin mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Während des erstinstanzlichen Verfahrens reichte der Anwalt Y. bei der zuständigen Genfer Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte gleichzeitig ein Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ein. Diese wies das Gesuch ab, mit der Begründung, es sei in casu nicht erforderlich, die vom Berufsgeheimnis erfassten Informationen offenzulegen, um überwiegende öffentliche oder private Interessen zu schützen.

## **2. Zusammenfassung der Erwägungen des Bundesgerichts**

### **2.1 Die vertragliche Rechenschafts- und Schweigepflicht des Anwaltes**

Die Beschwerdeführerin berief sich zunächst auf die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht des Anwaltes und machte geltend, als Rechtsnachfolgerin ihres Vaters seien sämtliche aus dem Auftragsverhältnis fliessenden Rechte auf sie übergegangen. Gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR stehe ihr deshalb ein Anspruch auf Rechenschaft zu und damit auf Auskunft und Herausgabe sämtlicher Dokumente.

Unter Verweis auf BGE 133 III 664 bestätigte das Bundesgericht in diesem Zusammenhang, dass der vertragliche Anspruch auf Rechenschaftsablage auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses grundsätzlich fortbestehe und vollumfänglich auf die Erben übergehe (Erw. 3.1).

Jeder Beauftragte sei gegenüber dem Auftraggeber rechenschaftspflichtig; gleichzeitig treffe den Beauftragten eine vertragliche Pflicht, gegenüber Dritten Stillschweigen über sein Mandat zu wahren, soweit dessen Veröffentlichung sich negativ auf den Auftraggeber auswirken könnte. Diese beiden aus dem Auftrag fliessenden Verpflichtungen würden auch gegenüber den Erben gelten, weshalb der Beauftragte die Auskunft gegenüber Letzteren nicht unter Berufung auf die vertragliche Schweigepflicht verweigern könne (vgl. Erw. 3.3).

### **2.2 Die berufsspezifische Schweigepflicht des Anwaltes**

Weiter erwog das Gericht, neben der vertraglichen Schweigepflicht unterstehe der Anwalt gleichzeitig dem Berufsgeheimnis nach Art. 321StGB und Art. 13BGFA.

Strittig war vorliegend, ob sich der Anwalt auch gegenüber den Erben des Klienten trotz der vertraglichen Rechenschaftspflicht auf das Berufsgeheimnis berufen kann bzw. muss und ob gestützt darauf die Auskunftserteilung und die Herausgabe von mit dem Mandat in Zusammenhang stehenden Dokumenten zu verweigern ist. Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Parallelen zum Bankgeheimnis und führte aus, Letzteres könne den Erben des Kontoinhabers auch nicht entgegengehalten werden.

Das Bundesgericht bestätigte seine zum Bankgeheimnis ergangene Rechtsprechung. Dieses könne den Erben des Bankkunden nicht entgegengehalten werden, da die Erben in die Position des Kunden eintreten und damit selbst Geheimnisherren würden. Dies gelte zumindest hinsichtlich Informationen zum Vermögen des Verstorbenen; dagegen könne die Bank Auskunft über höchstpersönliche Informationen, welche ihnen der Kunde anvertraut habe, verweigern (Erw. 3.1 mit Verweis auf BGE 82 II 555 und BGE 133 III 664 )<sup>1</sup>.

Unter Verweis auf die einschlägige Literatur erwog das Gericht weiter, die überwiegende Lehre sei demgegenüber der Meinung, das Anwaltsgeheimnis müsse auch den Erben des verstorbenen Klienten entgegengehalten werden. Gegebenenfalls könne die zuständige Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte den Anwalt vom Berufsgeheimnis entbinden, sollte sie eine Auskunftserteilung gegenüber den Erben als angemessen erachten. Das Bundesgericht betonte, es stehe jedoch ausser Zweifel, dass der Anwalt auch im Falle einer Entbindung durch die Aufsichtskommission frei bleibe, die Auskunft trotzdem zu verweigern (Erw. 3.2).

Gestützt auf Art. 321 Ziff. 2 StGB dürfe eine Offenlegung der vom Berufsgeheimnis erfassten Informationen nur in zwei klar definierten Fällen erfolgen: Mit Einverständnis des Klienten oder aber bei Vorliegen einer auf Antrag des Anwaltes

## **\*\* successio 2010 Seite 301 \*\***

erteilten schriftlichen Ermächtigung der zuständigen Aufsichtscommission. Den Erben des Klienten würden durch Art. 321StGB keinerlei Vorrechte eingeräumt, weshalb sie in Bezug auf das zwischen dem Erblasser und dem Anwalt bestehende Verhältnis als unbeteiligte Dritte bzw. Fremde ("étrangers") zu qualifizieren seien. Demnach sei der Anwalt auch gegenüber den Erben verpflichtet, sich auf das Anwaltsgeheimnis zu berufen, wolle er sich nicht einer Verletzung von Art. 321StGB schuldig machen. Daneben werde der Anwalt auch durch Art. 13BGFA unter Androhung disziplinarischer Massnahmen nach Art. 17BGFA verpflichtet, das Berufsgeheimnis gegenüber Dritten ohne zeitliche Begrenzung zu wahren und damit folglich auch gegenüber den Erben des Klienten (Erw. 3.3).

### **2.3 Das Berufsgeheimnis als lex specialis**

Das Gericht stellte weiter klar, die besonderen Bestimmungen über das Berufsgeheimnis des Anwaltes würden den allgemeinen auftragsrechtlichen Bestimmungen vorgehen, soweit sie sich nicht decken. In Übereinstimmung mit der fast einhelligen Lehre sei das Berufsgeheimnis des Anwaltes deshalb auch den Erben des Klienten entgegenzuhalten und den Erben ein Auskunftsanspruch gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR folglich zu versagen (Erw. 3.4).

Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz und wies die Beschwerde ab.

## **3. Bemerkungen**

### **3.1 Das Berufsgeheimnis des Anwaltes im Allgemeinen**

Das Berufsgeheimnis bildet ein wesentliches Element für die ordnungsgemässe Ausübung des Anwaltsberufs und dient dem Schutze der Rechtsordnung und dem Zugang zu den Gerichten<sup>2</sup>. Es ist Voraussetzung für das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient und damit für eine wirksame Interessenswahrung des Klienten unabdingbar. Oftmals kann der Klient nicht abschliessend beurteilen, welche Informationen für die Wahrung seiner Interessen wesentlich sind, weshalb es umso wichtiger ist, dass er dem Anwalt umfassend Auskunft erteilt. Dies bedingt, dass er auf die uneingeschränkte Verschwiegenheit seines Anwaltes vertrauen kann<sup>3</sup>.

Das Berufsgeheimnis des Anwaltes findet seine Grundlage in verschiedenen Bestimmungen. Es stützt sich einerseits auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre (Art. 13BV) sowie auf die aus dem Auftragsrecht fliessende Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR). Andererseits wird es ausdrücklich in Art. 13BGFA und Art. 321StGB statuiert<sup>4</sup>.

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGFA unterstehen Anwältinnen und Anwälte *"zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist"*. Etwas präziser der französische Gesetzestext, welcher von "tiers" statt von jedermann spricht, woraus erhellt, dass die Schweigepflicht nur gegenüber Dritten gelten kann<sup>5</sup>. Die gleiche Formulierung wie in Art. 13BGFA findet sich auch in Art. 321StGB, welcher die Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe stellt. Die Geheimhaltungspflicht ist umfassend und verpflichtet über den Tod des Klienten hinaus. Sie erstreckt sich nicht nur auf eigentliche Geheimnisse, sondern auf alles, was dem Anwalt infolge seines Berufes anvertraut wurde oder was er in dessen Ausübung wahrgenommen hat<sup>6</sup>. Der Anwendungsbereich von Art. 321StGB ist dabei weiter als derjenige von Art. 13BGFA. Während Art. 321StGB alle Informationen erfasst, die dem Anwalt infolge seines Berufes anvertraut werden und damit auch Wahrnehmungen schützt, die er in Erfüllung seines Auftrages bei Dritten macht, bezieht sich Art. 13BGFA seinem Wortlaut nach nur auf das von der Klientschaft Anvertraute<sup>7</sup>.

Die Formulierung *"infolge ihres Berufes anvertraut"* deutet auf den vom Bundesgericht und der Lehre immer wieder betonten erforderlichen Zusammenhang zwischen Berufstätigkeit und Geheimnis hin. Nur die "typische Anwaltstätigkeit"

## **\*\* successio 2010 Seite 302 \*\***

steht unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses; bei der "nicht spezifischen" Anwaltstätigkeit greift der Schutz des Berufsgeheimnisses demgegenüber nicht<sup>8</sup>. Die Abgrenzung von der typischen Anwaltstätigkeit zur nicht spezifischen Anwaltstätigkeit kann im Einzelfall mit erheblichen

Schwierigkeiten verbunden sein. Das Bundesgericht umschreibt die nicht spezifische Anwaltstätigkeit bislang als solche, bei der eine bestimmte Beziehung zum Anwaltsberuf fehlt, wobei als Abgrenzungskriterien das "Überwiegen des kaufmännischen Elements" oder das "Handeln des Anwalts als Geschäftsmann" herangezogen werden.<sup>9</sup> Im vorliegend besprochenen Entscheid führte das Bundesgericht als Beispiele nicht spezifischer Anwaltstätigkeiten solche an, welche ebenso gut von einem Vermögensverwalter, einem Treuhänder oder einem Banquier erbracht werden können, beispielsweise die Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögens- und Fondsverwaltung<sup>10</sup>. Überwiegt das kaufmännische Element derart, dass die Tätigkeit nicht mehr als eine typisch anwaltliche betrachtet werden kann, so greift das Anwaltsgeheimnis nicht<sup>11</sup>.

### **3.2 Der Informationsanspruch der Erben**

Ob der Anwalt gegenüber den Erben des Klienten im Rahmen eines Auskunftersuchens Informationen zu erteilen hat und inwieweit er sich dabei auf sein Berufsgeheimnis berufen muss bzw. darf, wurde in der Lehre bislang kontrovers diskutiert<sup>12</sup>. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, scheint die vom Bundesgericht dargelegte "überwiegende" bzw. "fast einhellige Lehre", wonach das Berufsgeheimnis den Erben vollumfänglich entgegenzuhalten ist, bei näherer Betrachtung nicht ganz so klar zu sein, wie es der Entscheid zunächst vermuten lässt.

#### **a. Die vertragliche Rechenschafts- und Schweigepflicht**

Dem Bundesgericht ist dahingehend beizupflichten, dass die aus dem Auftragsverhältnis abgeleiteten Rechenschafts- und Verschwiegenheitspflichten aufgrund der Universalsukzession grundsätzlich vollumfänglich auf die Erben übergehen, weshalb die Erben gestützt auf den Mandatsvertrag mit dem Anwalt - unabhängig davon, ob der Vertrag mit dem Tod aufgelöst wird oder nicht - grundsätzlich sämtliche Informationsansprüche geltend machen können, die auch dem Erblasser zu Lebzeiten zugestanden haben<sup>13</sup>. Vorbehalten bleiben einzig höchstpersönliche Informationen des Erblassers. Der Anwalt des Erblassers kann sich demnach gegenüber den Erben nicht auf die vertragliche Schweigepflicht berufen, um Informationen zu verweigern.

#### **b. Das Berufsgeheimnis als *lex specialis***

Wie das Bundesgericht nach der hier vertretenen Meinung weiter zu Recht klargestellt hat, gehen die im öffentlichen Recht verankerten besonderen Berufspflichten des Anwaltes, insbesondere das in Art. 321StGB und Art. 13BGFA normierte Berufsgeheimnis, den allgemeinen privatrechtlichen Bestimmungen des Auftragsrechts im Sinne einer *lex specialis* grundsätzlich vor<sup>14</sup>.

### **\*\* successio 2010 Seite 303 \*\***

Anderer Meinung offenbar Schiller in seinem erst kürzlich erschienen Werk zum Schweizerischen Anwaltsrecht, welches vom Bundesgericht zur Beurteilung des vorliegenden Falles soweit ersichtlich noch nicht berücksichtigt wurde<sup>15</sup>. Schiller führt aus, die vertraglichen Informationsansprüche würden vollumfänglich auf die Erben übergehen und so wenig sich der Anwalt gegenüber seinem Klienten auf ein Berufsgeheimnis berufen könne, so wenig könne er dies gegenüber dessen Erben tun. Entsprechend sei dem Anwalt in diesen Fällen eine Offenlegung von Informationen ohne Entbindung durch die Aufsichtsbehörde erlaubt.<sup>16</sup> Mit Blick auf die öffentlich rechtlichen Bestimmungen zum Berufsgeheimnis hält Schiller weiter fest, der Zugang zum Recht erfordere, dass im öffentlichen Recht weder ein weiterer noch ein engerer Kreis der Geheimnisherren als im Privatrecht gelte, was im Ergebnis wohl dahingehend zu verstehen ist, dass dem im öffentlichen Recht verankerten Geheimnisschutz keine Vorrangstellung einzuräumen ist<sup>17</sup>.

Nicht auseinandersetzen musste sich das Gericht mit dem Verhältnis des Berufsgeheimnisses zu den im Erbrecht verankerten Informationsansprüchen (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 1 und 2 ZGB). Nach hier vertretener Auffassung kann für Letztere jedoch nichts anderes gelten als für die vertraglichen Informationsansprüche der Erben.

#### **c. Die Erben des Klienten als neue Geheimnisherren?**

Lehre und Rechtsprechung sind sich weitgehend einig, dass das Berufsgeheimnis zeitlich unbefristet gilt und auch bei Aufhebung der betreffenden vertraglichen Beziehung mit dem Klienten, sei es infolge Todes oder aus anderen Gründen, grundsätzlich andauert<sup>18</sup>. So ausdrücklich auch der Wortlaut von Art. 13BGFA, wonach die Geheimhaltungspflicht "zeitlich unbegrenzt" gilt<sup>19</sup>.

Eine andere und in der Lehre bislang umstrittene Frage ist demgegenüber, inwiefern die Geheimnisherrenschaft mit dem Tod des Klienten endet. Ist der Anwalt gegenüber den Erben gleich wie gegenüber Dritten zur Verschwiegenheit verpflichtet oder treten die Erben im Rahmen der

Universalsukzession auch in Bezug auf die Geheimnisherrschaft in die Rechtsposition des Erblassers ein? Soweit die Erben selbst Geheimnisherren werden, wären sie keine Dritten und eine Offenbarung des Berufsgeheimnisses ihnen gegenüber folglich weder von Art. 321StGB noch von Art. 13BGFA erfasst. Die Frage nach der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis würde sich damit gar nicht erst stellen, soweit es sich nicht um höchstpersönliche Informationen des Erblassers handelt.

Dieser Auffassung folgte das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis. Es stellte klar, das Bankgeheimnis gelte nur gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber den Erben, zumal die Geheimnisherrschaft im Rahmen der Universalsukzession auf die Erben übergehe, soweit es sich nicht um höchstpersönliche Rechte des Erblassers handle <sup>20</sup>.

Die Erben des Geheimnisherrn wurden im entsprechenden Entscheid also nicht als "Dritte" qualifiziert, sondern als Rechtsnachfolger des Erblassers, welche grundsätzlich an die Stelle des Geheimnisherrn treten. Da es sich beim Bankgeheimnis letztlich um einen Spezialfall des allgemeinen Berufsgeheimnisses handelt <sup>21</sup>, erstaunt es, weshalb hinsichtlich des Anwaltsgeheimnisses etwas anderes gelten soll - dies umso mehr, als auch Art. 13BGFA zumindest im französischen Gesetzestext von "Dritten" bzw. "des tiers" spricht <sup>22</sup>. Der Leser sucht im hier besprochenen Entscheid denn auch vergeblich nach Gründen, welche es rechtfertigen, das Berufsgeheimnis der Anwälte gegenüber den Erben anders zu handhaben als das Bankgeheimnis.

Entgegen der vom Bundesgericht als "fast einhellig" dargelegten Lehre, spricht sich denn auch ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre im Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis dafür aus, dass die Erben mit dem Erbgang grundsätzlich auch die Geheimnisherrschaft über den Nachlass erlangen und allfällige Geheimnisträger folglich von ihrer Schweigepflicht entbinden können - zumindest

### **\*\* successio 2010 Seite 304 \*\***

sofern es sich nicht um höchstpersönliche Informationen des Erblassers handelt <sup>23</sup>. Eine etwas differenziertere Auffassung vertritt Bernard Cobroz, welcher nach der Art der infrage stehenden Informationen unterscheidet. Soweit es sich um Informationen handelt, an welchen die Erben ein legitimes Interesse haben, weil sie Aufschluss über die Existenz eines Testaments und dessen Gültigkeit oder über die Aktiven und Passiven des Nachlasses geben, soll ihnen das Berufsgeheimnis nicht entgegengehalten werden können. Anders dagegen, wenn es sich um Informationen handelt, welche die Intimsphäre des Verstorbenen tangieren <sup>24</sup>. Damit verlagert sich das Problem auf die Frage, welche Informationen dem höchstpersönlichen Bereich des Erblassers zuzuordnen sind - eine Frage, die in der Lehre ebenfalls kontrovers diskutiert wird und vom Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht entschieden werden musste <sup>25</sup>. Allein die Tatsache, dass der Erblasser bestimmte Informationen gegenüber seinen Erben geheim halten wollte, kann wohl nicht ausschlaggebend sein, zumindest dann nicht, wenn damit erbrechtliche Pflichtteilsansprüche vereitelt werden <sup>26</sup>.

Ein anderer Teil der Lehre folgt demgegenüber mit dem Bundesgericht der Auffassung, in Bezug auf das Anwaltsgeheimnis würden die Erben nicht Geheimnisherren, weshalb der Anwalt den Erben gegenüber grundsätzlich uneingeschränkt zur Geheimhaltung verpflichtet sei <sup>27</sup>.

Schiller unterscheidet in seinen Ausführungen schliesslich danach, ob das Mandatsverhältnis mit dem Tod des Auftraggebers erlischt oder ob es über den Tod hinaus fortbesteht. Im ersten Fall würden die Erben nicht Klienten des bisherigen Mandates und damit folglich auch nicht Geheimnisherren der entsprechenden Informationen <sup>28</sup>. Sofern das Mandatsverhältnis mit dem Tod nicht aufgelöst, sondern fortgesetzt werde, räumt Schiller den Erben des Klienten demgegenüber die Stellung als "Geheimnisherren aus abgeleitetem Recht" ein. Daraus schliesst er, dass ihnen gegenüber keine Schweigepflicht bestehe und eine Offenlegung der Informationen ohne Entbindung durch die Aufsichtsbehörde erlaubt sei <sup>29</sup>. Einschränkungen ergeben sich aufgrund des Persönlichkeitsschutzes mit Blick auf die Geheimsphäre des verstorbenen Klienten, aus dem Inhalt des Mandates sowie aus einem allfälligen lebzeitigen Verzicht des Erblassers auf vertragliche Informationsansprüche. Es hänge mithin entscheidend vom Willen des Klienten ab, ob ein Mandat über den Tod hinaus bestehen bleibe und die Erben Geheimnisherren werden oder nicht <sup>30</sup>. Mit Blick auf den oftmals undeutlichen Umfang der geschützten Informationen und den nicht immer klar geäusserten Willen des Erblassers erachtet Schiller jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Offenlegung vertraulicher Informationen als angezeigt. <sup>31</sup>

### **3.3 Die Entbindung vom Berufsgeheimnis**

Folgt man der Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Erben nicht Geheimnisherren werden und der Anwalt gegenüber den Erben seines Klienten vollumfänglich an das Berufsgeheimnis gebunden

bleibt, ist im Weiteren die Frage zu untersuchen, unter welchen Umständen und von wem der Anwalt von seinem Berufsgeheimnis entbunden werden kann.

Unter Verweis auf Art. 321StGB hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang klargestellt, dass eine Offenlegung nur in zwei klar definierten Fällen erfolgen darf, ohne sich der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig zu machen: Mit lebzeitigem Einverständnis des Klienten oder aber bei Vorliegen einer Entbindung durch die zuständige Aufsichtskommission. Offengelassen hat das Bundesgericht dabei die Frage, ob der Anwalt nach dem Tod des Klienten wegen der Verletzung des Berufsgeheimnisses überhaupt noch strafrechtlich verfolgt werden kann. Da es sich bei Art. 321StGB um ein Antragsdelikt handelt, welches nach h.L. nur auf Antrag des Geheimnisherrn strafbar ist, wäre dies nur möglich, wenn die Erben ihrerseits Geheimnisherrn werden, was das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid aber ja gerade verneint <sup>32</sup>.

**a. Die Entbindung durch den Geheimnisherrn**

Dem Erblasser steht es grundsätzlich frei, den Anwalt bereits zu Lebzeiten von der Schweigepflicht zu entbinden und eine Erklärung abzugeben, dass und in welchem Umfang seinen Erben Informationen offengelegt werden sollen bzw. dürfen <sup>33</sup>. Eine entsprechende lebzeitige Entbindung durch den Erblasser kann grundsätzlich auch stillschweigend bzw. konkludent erfolgen <sup>34</sup>. Mit der Frage, wann von einer konkludenten Entbindung auszugehen ist, musste sich das Bundesgericht bislang soweit ersichtlich nicht auseinandersetzen. Eine solche bereits immer dann anzunehmen, wenn die Offenlegung der Informationen dem mutmasslichen Willen des Erblassers entspricht, erscheint nach hier vertretener Auffassung heikel <sup>35</sup>. Denn eine mutmassliche, stillschweigende Entbindung dürfte im Streitfall unweigerlich zu Beweisschwierigkeiten führen, weshalb der vorsichtige Anwalt gut beraten ist, sich im Zweifelsfalle durch die Aufsichtskommission vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen.

Klargestellt hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid, dass den Erben ihrerseits kein Entbindungsrecht zusteht, zumal sie nicht Geheimnisherrn werden.

**b. Die Entbindung durch die Aufsichtskommission**

Fehlt es an einer eindeutigen Entbindung durch den Erblasser, bleibt dem auskunftswilligen Anwalt nach der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung einzig der Gang zur Aufsichtsbehörde.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht implizit darauf hingewiesen, dass nur der Anwalt ein Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis stellen kann, nicht aber die Erben <sup>36</sup>. Die Erben bleiben damit auf die Gunst des Anwaltes angewiesen, was zumindest dann, wenn die verlangten Informationen erforderlich sind, um allfällige Pflichtteilsansprüche geltend zu machen, stossend erscheint. Im Ergebnis dürfte die Frage, ob auch die Erben ein entsprechendes Gesuch an die Aufsichtsbehörden stellen können, jedoch von untergeordneter Bedeutung sein, zumal es dem Anwalt - wie das Bundesgericht deutlich zum Ausdruck gebracht - trotz Entbindung vom Berufsgeheimnis ohnehin freisteht, jegliche Auskunft zu verweigern. <sup>37</sup>

Nicht auseinandersetzen musste sich das Gericht mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein entsprechendes Gesuch von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist. Dem Gesetz lässt sich hierzu nichts entnehmen, weshalb letztlich ein Gegenüberstellen und Abwägen der auf dem Spiel stehenden Interessen erforderlich ist. Mithin muss das Interesse an der Offenbarung jenem der Geheimhaltung

gegenübergestellt werden, wobei nach herrschender Lehre nur ein deutlich höherwertiges öffentliches oder privates Interesse eine Entbindung zu rechtfertigen vermag <sup>38</sup>. Mit einzubeziehen ist dabei auch das mutmassliche Geheimhaltungsinteresse des Erblassers bzw. sein Interesse an einer allfälligen Offenbarung <sup>39</sup>. Liegt eine Offenlegung im mutmasslichen Interesse des Erblassers, so wird in der Lehre teilweise vertreten, ein entsprechender Nachweis reiche für eine Entbindung aus <sup>40</sup>. Unklar ist, in welcher Form ein entsprechender Nachweis erbracht werden kann. Demgegenüber erscheint das alleinige Abstellen auf den mutmasslichen Willen des Erblassers dann problematisch, wenn ein Geheimhaltungswille des Erblassers anzunehmen ist und gleichzeitig andere Interessen, namentlich pflichtteilsgeschützter Erben, für eine Offenlegung von Informationen sprechen <sup>41</sup>.

Wie der im vorliegenden Sachverhalt erwähnte Entscheid der Genfer Aufsichtskommission zeigt, sind die Aufsichtsbehörden in der Praxis eher zurückhaltend, wenn es darum geht, den Anwalt gegenüber den Erben des Klienten von seinem Berufsgeheimnis zu entbinden <sup>42</sup>.

Dies bestätigt auch ein unveröffentlichter Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 5. November 2009, welcher unabhängig vom hier besprochenen Entscheid erging<sup>43</sup>. Anwalt Y., früherer Berater des Erblassers X. und gleichzeitig Willensvollstrecker im Nachlass X., ersuchte die Aufsichtskommission um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis, um den Erben des X. Auskunft über seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Nachlassplanung des Erblassers geben zu können. Im Vordergrund standen Informationen zu verschiedenen Testamentsentwürfen sowie einer beabsichtigten Stiftungserrichtung. Dem Gesuch ging ein einvernehmliches Ersuchen der Erben voraus, welche sich über die vermögensrechtliche Situation des Erblassers und über die Auslegung einzelner Anordnungen im Testament uneinig waren und sich aus den Informationen Aufschluss über den tatsächlichen Willen des Erblassers und den Verbleib allenfalls noch nicht lokalisierter Vermögenswerte erhofften. Sowohl Y. als auch die Erben waren der Meinung, es hätte dem Willen des Erblassers entsprochen, dass Y. die Erben über die beabsichtigten Anpassungen der letztwilligen Verfügung und die geplanten Stiftungen informiert und ihnen Einsicht in die entsprechenden Entwürfe gewährt.

Das Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis wurde weitgehend abgewiesen. Die Aufsichtskommission wies in ihrer Begründung darauf hin, ein Gesuch sei nur zu bewilligen, wenn das Interesse an der Offenbarung im konkreten Fall dasjenige an der Geheimhaltung übertreffe, wobei grundsätzlich strenge Anforderungen an das Vorliegen eines höheren Offenbarungsinteresses zu stellen seien. Dabei müsse berücksichtigt werden, welche Informationen offenbart werden sollen und zu welchem Zweck dies geschehe. Mit einzubeziehen sei auch das objektive mutmassliche Geheimhaltungsinteresse der verstorbenen Person bzw. ihr Interesse an einer allfälligen Offenbarung. Mit Blick auf die zwischen den Erben bestehende Uneinigkeit über den Verbleib des Nachlassvermögens führte die Aufsichtskommission weiter aus, die Erben hätten grundsätzlich zwar ein legitimes Interesse an der richtigen Feststellung des Nachlasses. Die Rechtsordnung stelle jedoch nicht immer einen Informationsanspruch zur Verfügung, wenn die Information zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen nötig oder geeignet wäre. Die Informationsbeschaffung könne durch spezifische Verschwiegenheitspflichten, wie namentlich durch das Anwaltsgeheimnis, eingeschränkt werden<sup>44</sup>. Im konkreten Fall könnten nur die bestehenden, zur Eröffnung gelangten Testamente Gegenstand allfälliger erbrechtlicher Auseinandersetzungen sein, nicht jedoch allfällige Entwürfe. Demzufolge sei der Gesuchsteller nur insoweit vom Berufsgeheimnis zu entbinden, als er Angaben zur konkreten Auslegung der früheren, d.h. der eröffneten, Testamente machen könne.

### **\*\* successio 2010 Seite 307 \*\***

Diese Begründung überzeugt nach der hier vertretenen Auffassung nicht. Einerseits können sich auch aus Testamentsentwürfen sehr wohl Hinweise über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder die Zusammensetzung des Nachlassvermögens ergeben. Andererseits plädiert die überwiegende Lehre dafür, dass auch Testamentsentwürfe der Einlieferungspflicht nach Art. 556ZGB unterliegen und den Erben auf diese Weise zugänglich gemacht werden sollen.<sup>45</sup> Dem ist grundsätzlich beizupflichten. Nicht erfasst von der Einlieferungspflicht werden jedoch Dokumente, welche von vornherein keine letztwilligen Verfügungen sein können, wie beispielsweise maschinengeschriebene Testamentsentwürfe, welche nicht vom Erblasser selbst stammen und damit auch keine Willenserklärung des Erblassers enthalten.<sup>46</sup>

#### **3.4 Schlussbemerkungen**

Aus Sicht der Anwaltschaft ist der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts durchaus zu begrüssen, zumal er das Berufsgeheimnis als solches und damit auch den Stand des Anwaltsberufes deutlich stärkt<sup>47</sup>.

Aus Sicht der Erben ist der Entscheid demgegenüber bedauerlich und in seiner Begründung wenig überzeugend. Er verstärkt die im Todesfall regelmässig ohnehin bestehende Informationsnot der Erben<sup>48</sup> und führt im Extremfall dazu, dass den Erben Informationen über den Verbleib von Nachlassvermögen gänzlich verschlossen bleiben<sup>49</sup>. Namentlich mit Blick auf das Pflichtteilsrecht kann eine solche Informationsnot der Erben zu stossenden Ergebnissen führen und es wäre wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht unter Verweis auf das Rechtsmissbrauchsverbot zumindest auf die Schranken des Berufsgeheimnisses hingewiesen hätte<sup>50</sup>.

\* Urteil des Bundesgerichts vom 15. September 2009.

\*\* Lic. iur. Andrea Dorjee-Good, Rechtsanwältin, Schellenberg Wittmer, Zürich; im Sinne der Transparenz sei darauf hingewiesen, dass Schellenberg Wittmer am vorliegend besprochenen Entscheid nicht beteiligt war.

<sup>1</sup> Kritisch zu BGE 133 III 664 die Urteilsbesprechung von Andreas Schröder, in: successio 3/08, S. 225 ff.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 135 III 597, E. 3.4.

<sup>3</sup> Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, N 377; Michael Pfeifer, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 13 N 5 ff.; vgl. auch Walter Schlupe, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994, N 44, mit dem Hinweis, dass die Schweigepflicht des Anwalts als Voraussetzung der Inanspruchnahme seiner Dienstleistung auch das verfassungsmässige Recht des Klienten auf rechtliches Gehör betrifft.

<sup>4</sup> François Bohnet/Vincent Marenet, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1792 ff.

<sup>5</sup> In diesem Sinne auch Iole Fargnoli, Urteilsbesprechung zu BGE 135 III 597, in: AJP 2010, S. 380 ff., S. 383.

<sup>6</sup> Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 52 ff.; Hans Vest, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 2008, Art. 321 N 21.

<sup>7</sup> Zu Geltungsbereich und Abgrenzungsfragen betreffend Art. 321StGB und Art. 13BGFA vgl. insb. Vest (Fn. 6), Art. 321 N 5 und N 21; Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 10 ff.; Schiller (Fn. 3), N 397 ff.

<sup>8</sup> Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 31 ff. mit Hinweis auf die in der Praxis uneinheitlich Terminologie; es werden auch Begriffe wie "anwaltsspezifische Tätigkeit", "klassische Anwaltstätigkeit", "eigentliche Anwaltstätigkeit" verwendet, vgl. auch Schiller (Fn. 3), N 328.

<sup>9</sup> Vgl. insb. BGE 112 Ib 608; BGE 117 Ia 349; BGE 120 Ib 118; BGE 115 Ia 199; BGE 132 III 105; Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 32 f.; Niklaus Oberholzer, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB II, Basel 2007, Art. 321 N 13; Schiller (Fn. 3), N 326 ff., plädiert dafür, dass die Abgrenzung anhand des Kriteriums "Zugang zum Recht" erfolgt. Der Klient, der Rechtsberatung verlangt, sucht den Zugang zum Recht; die entsprechende Rechtsberatung erfordert stets die Anwendung des Berufsgeheimnisses. Für andere Dienstleistungen sei dies nicht unbedingt erforderlich.

<sup>10</sup> BGE 135 III 597, E. 3.3, siehe auch BGE 132 II 103, E. 2.1; in BGE 5A\_620/2007, E. 7.3.2, wurde auch die Errichtung und Verwaltung eines Trusts als nicht anwaltsspezifische Tätigkeit qualifiziert.

<sup>11</sup> Vest (Fn. 6), Art. 321 N 21, m.w.H.

<sup>12</sup> Vgl. insbesondere Bohnet/Martenet (Fn. 4), N 1919 ff.; Vest (Fn. 6), Art. 321 N 28; Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 72; Giovanna Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 147 ff., S. 149; Christian Favre/Patrick Stoudmann, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, in: L'avocat moderne 1998, S. 305; Lorenz Erni, Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren, Zürich 1997, N 29; Lelio Vieli, Der Anwalt als Partei im Zivilrecht, Zürich 1994, S. 47 ff., S. 61; Jürg Boll, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, Zürich 1983, S. 104; Paul Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Zürich 1969, S. 171; Schiller (Fn. 3), N 480 f. vertritt die Ansicht, den Erben stünden grundsätzlich dieselben Auskunftsrechte wie dem Erblasser zu, sodass ihnen das Berufsgeheimnis nicht entgegengehalten werden könne.

<sup>13</sup> Vgl. auch BGE 133 III 664 sowie die Urteilsbesprechung von Schröder (Fn. 1), S. 225 ff., welcher dem Bundesgericht insbesondere dahingehend beipflichtet, dass das Recht auf Geheimhaltung im Erbfall grundsätzlich auf die Erben übergeht. Allerdings finde immer dann, wenn der Erblasser seine Angelegenheiten vor seinen Erben geheim halten wolle, kein Übergang des Rechts auf Geheimhaltung statt, soweit nicht zwingendes Pflichtteilsrecht tangiert sei.

<sup>14</sup> BGE 135 III 597, E. 3.3 in fine; vgl. auch Fargnoli (Fn. 5), S. 384, welche die Meinung vertritt, das Bundesgericht hätte die Frage nicht aufgrund von Art. 321StGB und Art. 13BGFA beurteilen müssen, sondern aufgrund des Auftragsrechts, zumal die Erben nicht als Dritte im Sinne von Art. 13BGFA qualifiziert werden können.

<sup>15</sup> Vgl. Schiller (Fn. 3), N 480 f.

<sup>16</sup> Schiller (Fn. 3), N 480 f., mit Verweis auf den zum Bankgeheimnis ergangenen Entscheid BGE 133 III 664.

<sup>17</sup> Schiller (Fn. 3), N 482.

<sup>18</sup> Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 14; Pfeifer (Fn. 3), Art. 13 N 77.

<sup>19</sup> Schiller (Fn. 3), N 467.

<sup>20</sup> BGE 133 III 664, E. 2.5; vgl. auch BGE 89 II 87 E. 6, wonach der Erbe das Recht hat "d'être pleinement renseigné sur tout ce qui concerne le patrimoine du défunt. Cette connaissance lui est nécessaire pour faire valoir ses droits".

<sup>21</sup> Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 8; zum Bankgeheimnis vgl. auch Rolf H. Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), BSK OR, Basel 2007, Art. 400 N 9.

<sup>22</sup> In diesem Sinne auch Fargnoli (Fn. 5), S. 383, welche in ihrer Urteilsbesprechung zu Recht darauf hinweist, dass die Erben Universalsukzessoren des Klienten sind und mithin keine ausserstehenden Dritte, soweit sie in die Rechtsstellung des Verstorbenen eingetreten sind; ebenso Peter Breitschmid/Isabel Matt, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, in: successio 2/10, S. 85 ff., S. 105 f.

<sup>23</sup> Vgl. insb. Schröder, Informationspflichten im Erbrecht, Basel 2000, S. 109, m.w.H.; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen ZPO, Zürich 1997, Art. 159 N 20, N 25; Jean Jaques Schwab, Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces, Lausanne 1976, S. 66; Georg Gautschi, Die Auskunftsspflicht der Bank gegenüber Erben, in: SJZ 62/1966, S. 199 ff.; in diesem Sinne auch Fargnoli (Fn. 5), mit dem Hinweis, dass das Berufsgeheimnis gegenüber den Erben nur greift, wenn eine Auskunft die höchstpersönliche Sphäre des Erblassers betrifft.

<sup>24</sup> Semaine Judiciaire, 1993, S. 92.

<sup>25</sup> Vgl. insb. Michael Hamm/Gian Andri Töndury, Auskunftsrechte von Erben gegenüber Schweizer Banken - fast grenzenlose Auskunftsansprüche, in: ST 2009, S. 659 ff., S. 662, m.w.H.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch Schröder (Fn. 1), S. 229; Breitschmid/Matt (Fn. 22), S. 100; anders offenbar ZR 64 (1965) Nr. 136, E. 3 und ZR 101 (2002), S. 101, welche den Willen des Erblassers zur Geheimhaltung als massgebend erachten.

<sup>27</sup> BJM 2002, S. 278, E. 3a; ZR 82, 1983, Nr. 15 mit dem Hinweis, es könne nicht angenommen werden, allfällige Geheimnisse des Erblassers bzw. die Berechtigung, darüber zu verfügen, seien mit dessen Tod eo ipso auf die Erben übergegangen; ebenso: Wegmann (Fn. 12), S. 171; Lorenz Erni (Fn. 12), S. 15; vgl. auch Vest (Fn. 6), Art. 321 N 28; Matthias Häuptli, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 560 N 22.

<sup>28</sup> Schiller (Fn. 3), N 480, unter Hinweis, dass den Erben aber auch in diesem Fall gestützt auf die vertraglichen Informationsrechte ein Auskunftsrecht zustehe und keine Entbindung von der Aufsichtsbehörde eingeholt werden müsse.

<sup>29</sup> Schiller (Fn. 3), N 470.

<sup>30</sup> Schiller (Fn. 3), N 467 ff.; vgl. auch Schröder (Fn. 23), S. 156, welcher sich ebenfalls dafür ausspricht, dass der Anwalt auch nach dem Tod des Geheimnisherrn an die Geheimhaltungspflicht gebunden bleibt, wenn dies seinem mutmasslichen Willen entspricht; nach Schröder sollte auch in Bezug auf die Auskunftsspflicht der Banken auf den Willen des Erblassers abgestellt werden. Wollte der Erblasser seine Angelegenheiten vor seinen Erben geheim halten, so finde kein Übergang des Rechts auf Geheimhaltung statt, weshalb diesfalls dem Informationsanspruch der Erben die Geheimhaltungspflicht der Bank entgegenstehe, soweit nicht zwingendes Pflichtteilsrecht entgegenstehe, vgl. Schröder (Fn. 1), S. 225 ff., S. 229, ebenso Häuptli (Fn. 27), Art. 560 N 22.



31 Schiller (Fn. 3), N 484.

32 Vgl. insb. Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 bis N 26, unter Hinweis, dass grundsätzlich nur der Geheimnisherr antragsberechtigt ist; ebenso Vest (Fn. 6), Art. 321 N 27 f., unter Hinweis, dass die Antragstellung bei Verletzung des Geheimnisses eines Toten nicht möglich ist und das Antragsrecht nicht auf die Erben übergeht; dies mit der Folge, dass der Geheimnisträger straflos bleibt, wobei disziplinarische Massnahmen vorbehalten bleiben.

33 Schiller (Fn. 3), N 476.

34 Bohnet/Martenet (Fn. 4), N 1921; Vest (Fn. 6), Art. 321 N 28, mit dem Hinweis, dass das Gesetz für die Einwilligung keine Formvorschriften aufstellt; ebenso Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 18; bei einer schriftlichen Einwilligung muss allenfalls auch die Frage geprüft werden, ob eine solche den Anforderungen an eine Verfügung von Todes wegen zu genügen hat, oder ob es sich dabei um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Soll die Einwilligung erst für die Zeit nach dem Tod gelten, so müssen m.E. die Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen eingehalten werden.

35 Anders offenbar BJM 2002, S. 279 ff.

36 Vgl. BGE 135 III 597, E. 3.3: "sur proposition de l'avocat" und "les héritiers du client ne jouissent d'aucune prérogative particulier"; a.M. Bohnet/Martenet (Fn. 4), N 1919; vgl. auch Bohnet, in: SZPP 2010, Heft 1, S. 47, mit Hinweis auf zwei Entscheidungen des Tribunal Cantonal Neuchâtel ( RJN 2005 299; RJN 2005 300); nach Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 19, kann das Gesuch nur vom Geheimnisträger selbst gestellt werden, nicht aber von einem Dritten, ebenso Erni (Fn. 12), S. 16.

37 Vgl. BGE 135 II 597, E. 3.2; ebenso Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 20; Schluep (Fn. 3), S. 51; Bohnet (Fn. 36), S. 49, hält demgegenüber dafür, dass dies zumindest dann nicht gelten kann, wenn der Erblasser seinen Mandaten zur Auskunft angewiesen hat.

38 Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 19; Erni (Fn. 12), S. 16; zu den verschiedenen zu berücksichtigenden Interessen vgl. auch Wegmann (Fn. 12), S. 170 ff.

39 ZR 82, 1983, Nr. 14; BJM 2002 S. 280.

40 Vgl. insb. Testa (Fn. 12), S. 171 f.; vgl. auch Schröder (Fn. 23), S. 156, welcher von einer stillschweigenden Einwilligung des Erblassers zur Offenlegung ausgeht, wenn die Offenlegung seinem mutmasslichen Willen entspricht; ebenso BJM 2002, S. 280.

41 In diesem Sinne auch Häuptli (Fn. 27), Art. 560 N 22, mit dem Hinweis, dass gegenüber einem pflichtteilsgeschützten Erben, zu dessen Nachteil der Erblasser lebzeitig oder von Todes wegen verfügt hat, wohl immer ein Geheimhaltungswille des Erblassers zu vermuten ist.

42 Vgl. auch Oberholzer (Fn. 9), Art. 321 N 19, wonach eine Offenlegung aufgrund der überragenden Bedeutung des Berufsgeheimnisses nur mit Zurückhaltung zu gestatten ist; ebenso BJM 2002, S. 279: Die Praxis der baselstädtischen Aufsichtskommission verlangt im Hinblick auf die grosse Bedeutung des Berufsgeheimnisses, dass die Aufhebung der Schweigepflicht durch ein höheres Interesse als "zwingend geboten" erscheint.

43 Schellenberg Wittmer war aufseiten der Gesuchsteller in den zitierten Entscheid involviert; der Entscheid kann auf successio online abgerufen werden.

44 Unter Hinweis auf Schiller (Fn. 3), N 647.

45 Vgl. insb. Frank Emmel, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, Art. 556 N 5 m.W.H., welcher die Einlieferungspflicht auch für nichtige Testamente bejaht; ebenso Martin Karrer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), BSK ZGB II, Basel 2007, Art. 556 N 7 f.; zu den nichtigen Testamenten vgl. auch Hans Michael Riemer, Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Peter Forstmoser/Anton Heini/Hans Giger/Walter R. Schluep (Hrsg.), FS für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 245 ff., welcher ebenfalls für die Einlieferungspflicht nichtiger Testamente plädiert.

46 In diesem Sinne auch Karrer (Fn. 46), Art. 556 N 7.

47 So auch Urs Meier, in: ius.focus 3/2009, S.11.

48 Vgl. auch Schröder (Fn. 1), S. 225, mit dem Hinweis, dass die Informationsnot der Erben gewissermassen "systemimmanent" ist.

49 Kritisch zu diesem unbefriedigenden Ergebnis auch Fargnoli (Fn. 5), S. 383.

50 Zur Schranke des Rechtsmissbrauchs vgl. etwa Vest (Fn. 6), Art. 321 N 20.