

**LSI / AR**

**An das Schweizerisches Bundesgericht**

**Av. du Tribunal-Fédéral 29**

**1000 Lausanne 14**

## **BESCHWERDECHRIFT EGGER**

von

**Bernard Egger** (Adresse, Wohnort)

vertreten durch Team 1628

**Beschwerdeführer**

gegen

**Valérie Vuichard** (Adresse, Wohnort)

vertreten durch X

**Beschwerdegegnerin**

**betreffend**

**die Beschwerde in Zivilsachen gegen**

**das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern (ZK 18 xxx)**

**vom 10. Oktober 2018**

**Team 1628**

## INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS .....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	VIII
RECHTSBEGEHREN .....	1
BEGRÜNDUNG .....	2
<b>I. FORMELLES</b> .....	<b>2</b>
<b>A. Allgemeine Beschwerde Voraussetzungen</b> .....	<b>2</b>
1. Anfechtungsobjekt .....	2
2. Beschwerdegründe.....	2
3. Beschwerdefrist.....	2
<b>B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen</b> .....	<b>2</b>
1. Zivilrechtliche Angelegenheit .....	2
2. Vorinstanz .....	2
3. Streitwert .....	2
4. Beschwerderecht .....	3
<b>C. Verfahrens Antrag</b> .....	<b>3</b>
<b>D. Weitere Hinweise (Anhang)</b> .....	<b>3</b>
1. Vollmacht.....	3
2. Angefochtener Entscheid .....	3
<b>II. TATSÄCHLICHES</b> .....	<b>4</b>
<b>III. MATERIELL-RECHTLICHES</b> .....	<b>4</b>
<b>A. Einleitung und Aufbau</b> .....	<b>4</b>
<b>B. Hauptstandpunkt: Alleinerbenstellung des Beschwerdeführers</b> .....	<b>5</b>
1. Alleinberechtigung am Nachlass gestützt auf den Erbvertrag .....	5
a. Gültigkeit des Erbvertrags .....	5
b. Anfechtungsklage gegen das Testament wegen Erbvertragswidrigkeit .....	6
aa. Aktiv- und Passivlegitimation .....	6
bb. Vorliegen eines rechtswirksamen Erbvertrags .....	6
cc. Unvereinbarkeit des Testaments mit dem Erbvertrag .....	6
dd. Umfang der Herabsetzung .....	7
ee. Einhaltung der Verwirkungsfrist .....	7
c. Wirkung der Anfechtungsklage .....	7

<b>2. Alleinberechtigung des Beschwerdeführers gestützt auf die gesetzliche Erbfolge .....</b>	<b>7</b>
a. Einordnung als Bedingung .....	8
b. Zulässige Testamentsklausel (Bedingung) .....	9
aa. Kein Verstoss der Bedingung gegen zwingendes Recht .....	9
bb. Kein Verstoss der Bedingung gegen die guten Sitten .....	10
cc. Keine Unsinnigkeit der Bedingung .....	10
dd. Zwischenfazit .....	10
c. Wirkung der Bedingung .....	11
d. Im Falle der Rechts-/Sittenwidrigkeit: Ungültigkeit des gesamten Testaments .....	11
e. Gesetzliche Erbfolge.....	12
<b>3. Feststellungsklagen des Hauptstandpunkts.....</b>	<b>12</b>
a. Allgemeine Voraussetzungen der beiden Feststellungsklagen .....	12
aa. Aktiv- und Passivlegitimation .....	12
bb. Feststellungsinteresse .....	13
cc. Ungewissheit der Rechtsstellung der Beschwerdeführerin .....	13
dd. Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit.....	13
ee. Keine Leistungs- oder Gestaltungsklage möglich (Subsidiarität) .....	13
b. Feststellung des Beschwerdeführers als Alleinerbe.....	14
c. Feststellung des Alleineigentums des Beschwerdeführers .....	14
<b>4. Schlussfolgerung aus dem Hauptstandpunkt.....</b>	<b>14</b>
<b>C. Eventualstandpunkt: Erbteilung .....</b>	<b>14</b>
<b>1. Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft .....</b>	<b>15</b>
a. Regeln bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung .....	15
b. Auslegung im vorliegenden Fall.....	15
<b>2. Feststellungsklage im Eventualstandpunkt .....</b>	<b>16</b>
a. Aktiv- und Passivlegitimation .....	16
b. Ungewissheit der klägerischen Rechtsstellung.....	16
c. Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit.....	16
d. Keine Leistungs- oder Gestaltungsklage möglich (Subsidiarität) .....	16
e. Schlussfolgerung .....	16
<b>3. Erbteilung.....</b>	<b>16</b>
a. Grundsatz der Anspruchsgleichheit – Grundlagen .....	17
b. Grundsatz der Gleichbehandlung – Auswirkungen .....	17
aa. Erbrechtliche Argumentation .....	17

bb. Zivilprozessuale Argumentation.....	18
c. Prozessuales Vorgehen.....	19
d. Zwischenfazit.....	19
<b>IV. KOSTEN .....</b>	<b>19</b>
<b>V. ABSCHLUSS.....</b>	<b>20</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

- ABT DANIEL, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002 (zit. ABT, S. ...).
- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Auflage, Basel 2015 (zit. PraxKomm-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
- BOHNET FRANÇOIS, Commentaire Pratique, Actions civiles, Conditions et conclusions, Basel 2014 (zit. CPra-BOHNET, § ... N ...).
- BOLLIGER GIERI/RICHNER MICHELLE/RÜTTIMANN ANDREAS, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, Zürich 2011 (zit. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN, S. ...).
- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2018 (zit. KuKo ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).
- BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Zürich 2012 (zit. BRÜCKNER/WEIBEL, N ...).
- DRUEY JEAN NICOLAS, Besprechung der Dissertation von Lionel Harald Seeberger, AJP 4/1993, S. 479 f. (zit. DRUEY, Besprechung, S. ...).
- DRUEY JEAN NICOLAS, Der Kommentar zum Entscheid, Zuweisung von Erbschaftsgegenständen durch das Los – kein alter Zopf, ZGRG 3/2017, S. 109-113 (zit. DRUEY, Der Kommentar zum Entscheid, S. ...).
- EIGENMANN ANTOINE/ROUILLER NICOLAS (Hrsg.), Commentaire du droit des successions, Bern 2012 (zit. CS CC-BEARBEITER/IN, ART. ... N ...).

ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Zweite Abteilung, Der Erbgang, Art. 537-640, Zürich 1960 (zit. ZK-ESCHER, Art. ... N ...).

GAUTSCHI EDWIN, Die öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1932 (zit. GAUTSCHI, S. ...).

GOETSCHEL ANTOINE F., Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz, Bern 1986 (zit. GOETSCHEL, Kommentar Art. ... Nr. ...).

GÖKSU TARKAN: Die Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, S. 127-146 (zit. GÖKSU, S. ...).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK ZGB IIBEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Habil. Zürich 2008 (zit. HRUBESCH-MILLAUER, N ...).

HUBER HANS, Auswirkungen des bundesrechtlichen Beurkundungsbegriffs auf die kantonalen Verfahren, ZBJV 103/1967, S. 258-281 (zit. HUBER, S. ...).

JOOS GREGOR, Testamentsformen in der Schweiz und in der USA, Diss. Zürich 2001 (zit. JOOS, S. ...).

JUNGO ALEXANDRA, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, AJP 1/2016, S. 5-26 (zit. JUNGO, S. ...).

MARTI HANS, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989 (zit. MARTI, S. ...).

MERZ HANS, Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Zürich 1946, S. 85-107 (zit. MERZ, S. ...).

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

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Auflage, Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2014 (zit. KuKo ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

PIOTET PAUL, Partage judiciaire et constitution de propriétés par étages, ZSR 113/1994 I, S. 207-222 (zit. PIOTET, S. ...).

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

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

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

TUOR PETER, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben, Art. 457-536, Bern 1952 (zit. BK-TUOR, Art. ... N ...).

WEIMAR PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Das Erbe, Band III, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR, Art. ... N ...).

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619, Bern 2014 (zit. BK-BEARBEITER, Art. ... N ...).

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Erster Teilband, in: Von Büren Roland/Chappuis Christine/Girsberger Daniel/Kramer Ernst A./Sutter-Somm Thomas/Hofer Sibylle/Wiegand Wolfgang/Wolf Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, S. ...).

WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017 (zit. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N ...).



## **ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

Abs.	Absatz
act.	Aktenstelle
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm. d. Verf.	Anmerkung der Verfasser
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.100
BK	Berner Kommentar
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CC	Code Civil
CPra	Commentaire Pratique
CS	Commentaire Stämpfli
Diss.	Dissertation
EG ZGB	Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Bern vom 28. Mai 1911, BSG 211.1
etc.	et cetera
f.	und folgende (Seite, Artikel, Paragraph et cetera)
ff.	und fortfolgende (Seiten, Artikel, Paragraphen et cetera)
GB	Grundbuch
GSOG	Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 11. Juni 2009 BSG 161.1
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber/in/schaft
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
KuKo	Kurzkomentar
lit.	littera
N	Note, Randnummer, Randziffer et cetera
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
PKV	Verordnung über die Bemessung des Parteikostensatzes des Kantons Bern vom 17. Mai 2006 (Parteikostenverordnung), BSG 168.811
PraxKomm	Praxiskommentar
S.	Seite, Seiten
SchlT	Schlusstitel
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
TSchG	Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005, SR 455
TSchV	Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, SR 455.1
vgl.	vergleiche
VKD	Dekret betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 24. März 2010 (Verfahrenskostendekret), BSG 161.12
Vorbem.	Vorbemerkung
VTNP	Verordnung über tierische Nebenprodukte vom 25. Mai 2011, SR 916.441.22
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar/Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 10. Oktober 2018 (ZK 18 xxx) aufzuheben.
2. Eine allfällige Beschwerde in Zivilsachen der Beschwerdegegnerin sei mit der vorliegenden Beschwerde des Beschwerdeführers in einem bundesgerichtlichen Verfahren zu vereinigen.
3. Im **Hauptstandpunkt** sei wie folgt zu entscheiden:
  - a. Es sei die letztwillige Verfügung von Edouard Egger vom 26. Januar 2014 errichtet in Bern zugunsten der Beschwerdegegnerin für ungültig zu erklären.
  - b. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer Alleinerbe des am TT.MM.2016 verstorbenen Edouard Egger ist.
  - c. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer Alleineigentümer aller Erbschaftsgegenstände gemäss folgender Aufzählung ist.

[Liste mit allen beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche im Steuerinventar des Nachlasses vom TT.MM.2016 enthalten sind]
4. Im **Eventualstandpunkt** sei wie folgt zu entscheiden:
  - a. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit einer Quote von 50 % Erbe vom Nachlass des am TT.MM.2016 verstorbenen Edouard Egger ist.
  - b. Es sei die Sache zur Erbteilung ans Regionalgericht Bern-Mittelland zurückzuweisen mit der Weisung, dass dieses zwei gleich grosse Lose zu bilden habe und eines davon durch Losziehung dem Beschwerdeführer verbindlich zugewiesen wird. Eventualiter sei die Sache zur Erbteilung ans Obergericht Bern zurückzuweisen mit der Weisung, dass dieses zwei gleich grosse Lose zu bilden habe und eines davon durch Losziehung dem Beschwerdeführer verbindlich zugewiesen wird.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

## **BEGRÜNDUNG**

### **I. FORMELLES**

#### **A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen**

##### **1. Anfechtungsobjekt**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid des Obergerichts des Kantons Bern i.S.v. Art. 72 Abs. 1 und Art. 90 BGG und ist somit selbstständig anfechtbar.

##### **2. Beschwerdegründe**

Aus Sicht des Beschwerdeführers verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht. Dies stellt nach Art. 95 lit. a BGG einen zulässigen Beschwerdegrund dar. Eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz wird durch den Beschwerdeführer nicht gerügt.

##### **3. Beschwerdefrist**

Mit vorliegender Eingabe wird die dreissigtägige Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG gewahrt.

### **B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen**

#### **1. Zivilrechtliche Angelegenheit**

Zwischen den Parteien liegt eine zivilrechtliche Streitigkeit vor. Der Beschwerdeführer erhebt aus diesem Grund das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG.

#### **2. Vorinstanz**

Das Obergericht ist gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a sowie Art. 35 Abs. 1 GSOG<sup>1</sup> die letzte kantonale Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG).

#### **3. Streitwert**

In erbrechtlichen Angelegenheiten richtet sich der Streitwert nach dem potentiellen Prozessgewinn des Beschwerdeführers.<sup>2</sup> Als Alleinerbe wäre der Beschwerdeführer am ganzen Nachlass im Umfang von CHF 5'000'000 berechtigt. Gemäss Bundesgericht ist bei einer Klage mit Haupt- und Eventualbegehren der höhere Streitwert massgebend.<sup>3</sup> Aufgrund der höheren Berechtigung des Beschwerdeführers

---

<sup>1</sup> Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, BSG 161.1.

<sup>2</sup> BRÜCKNER/WEIBEL, N 99k i.V.m. N 80.

<sup>3</sup> BGer 4A\_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 1.3.

am Nachlass bei Gutheissung des Hauptbegehrens ist dessen Streitwert ausschlaggebend. Die Streitwertgrenze von CHF 30'000 gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG wird damit überschritten.

#### **4. Beschwerderecht**

Art. 76 BGG bestimmt, wer zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt ist. Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG muss der Beschwerdeführer einerseits am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen haben (formelle Beschwer). Andererseits muss er durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt sein und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung haben (materielle Beschwer). Beide Punkte sind vorliegend gegeben. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen. Des Weiteren ist er durch den Entscheid besonders berührt, weil er 50 % des Nachlasses erben soll, statt als Alleinerbe anerkannt zu werden. Deshalb ist ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Urteils des Obergerichts vom Kanton Bern vom 18. Oktober 2018 (ZK 18 xxx) zu bejahen.

#### **C. Verfahrens Antrag**

Für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 18. Oktober 2018 (ZK 18 xxx) ebenfalls eine Beschwerde in Zivilsachen einreicht, beantragt der Beschwerdeführer nach Art. 71 BGG i.V.m. der sinngemässen Anwendung von Art. 24 BZP, dass die beiden Beschwerdeverfahren vereinigt werden. Ein enger Zusammenhang der beiden Beschwerden ist insbesondere aus folgenden Gründen gegeben: Auf der einen Seite betreffen beide Beschwerden den Nachlass von Edouard Egger. Auf der anderen Seite richten sich beide Beschwerden gegen dasselbe Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 18. Oktober 2018 (ZK 18 xxx).<sup>4</sup> Zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile rechtfertigt es sich somit die beiden Beschwerdeverfahren zu vereinigen und in einem einzigen Verfahren zu erledigen.<sup>5</sup>

#### **D. Weitere Hinweise (Anhang)**

##### **1. Vollmacht**

Das Team 1628 ist befugt den Beschwerdeführer vor dem Bundesgericht zu vertreten (Art. 40 Abs. 1 BGG). Im Anhang liegt die erforderliche Vollmacht vor.

##### **2. Angefochtener Entscheid**

Im Anhang befindet sich zudem das Original des angefochtenen Urteils des Obergerichts des Kantons Bern (ZK 18 xxx).

---

<sup>4</sup> Zum Ganzen: BSK BGG-GELZER, Art. 71 N 4.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch: BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125 N 14.

## **II. TATSÄCHLICHES**

Nachfolgend wird der relevante Sachverhalt zusammengefasst wiedergegeben, wie er bereits von der Vorinstanz beweismässig festgestellt wurde. Im Herbst 2016 verstarb der Schriftsteller Edouard Egger (nachfolgend: Erblasser). Er hinterliess einen Nettonachlass im Umfang von CHF 5'000'000. Dazu gehörte unter anderem eine Eigentumswohnung in der Berner Altstadt (GB Nr. xxx) mit einem Verkehrswert von CHF 800'000. Als einziger gesetzlicher Erbe blieb dessen Bruder Bernard Egger (nachfolgend: Beschwerdeführer) zurück. Die Beziehung der beiden Brüder war sehr vertraut. So wurde viel gemeinsam unternommen (Ferien, Golfen etc.). Ausserdem fand ein reger Austausch auf einer sehr persönlichen Ebene statt. Neben dem Beschwerdeführer existieren keine weiteren Verwandten mehr. Die gemeinsamen Eltern sind 1981 gestorben. Dieser tragische Verlust schweisste die beiden Brüder noch enger zusammen. Im Jahre 1983 wurde ein gegenseitiger Erbvertrag (nachfolgend: Erbvertrag) öffentlich beurkundet. Nach dem Tod wurde im Nachlass des Erblassers eine letztwillige eigenhändige Verfügung vom 26. Januar 2014 (nachfolgend: Testament) gefunden, welche – entgegen dem Erbvertrag – unter anderem auch dessen Lebensgefährtin Valérie Vuichard (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) begünstigt. Des Weiteren enthält das Testament noch eine Bedingung: Die Beschwerdegegnerin soll die Einschläferung von Tesoro, dem Hund des Erblassers, übernehmen und ihn zusammen mit dem Erblasser beerdigen. In der Folge war vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland und dem Obergericht Bern strittig, welche Partei allein an der Erbschaft berechtigt ist. Im Falle, dass beide Miterben – wie vom Obergericht Bern angenommen – seien, besteht Uneinigkeit bezüglich einer allfälligen Teilung des Nachlasses. Dazu stellte die Beschwerdegegnerin auch ein Begehren auf Zuweisung der Eigentumswohnung (GB Nr. xxx).

Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurde noch kein Erbschein ausgestellt. Als Sicherungsmassregel ordnete das Erbschaftsamt der Stadt Bern eine Erbschaftsverwaltung an.

## **III. MATERIELL-RECHTLICHES**

### **A. Einleitung und Aufbau**

Im Hauptstandpunkt (III.B) dieser Beschwerdeschrift beansprucht der Beschwerdeführer die Stellung des Alleinerben. Diese Auffassung wird damit begründet, dass das Testament infolge der Anfechtung wegen Erbvertragswidrigkeit für ungültig zu erklären ist (III.B.1.b). Dabei wird im Vorfeld ebenfalls dargelegt, dass der Erbvertrag gültig ist (III.B.1.a). Sollte das Bundesgericht eine andere Ansicht vertreten, muss beachtet werden, dass das Testament die Beschwerdegegnerin lediglich bei Bedingungseintritt begünstigt. Da Tesoro unbestrittenermassen nicht eingeschläfert und zusammen mit dem Erblasser begraben wurde, trat diese Bedingung nicht ein. Demzufolge kann die Beschwerdegegnerin auch

aus diesem Grund keinen erbrechtlichen Anspruch aus dem Testament geltend machen. Dagegen bringt die Beschwerdegegnerin jedoch vor, dass im Testament nicht eine Bedingung, sondern eine Auflage statuiert worden sei. Zudem erhob die Beschwerdegegnerin eine Teilungsgültigkeitsklage aufgrund von Rechts- und/oder Sittenwidrigkeit in Bezug auf diese Bedingung. Des Weiteren wird von ihr behauptet es handle sich um eine unsinnige Klausel. Zu diesen Argumenten wird in dieser Eingabe ebenfalls Stellung genommen (III.B.2). Auch falls diese Bestimmung des Testaments entgegen der hier vertretenen Ansicht unzulässig sei, müsste wie von Art. 482 Abs. 2 und Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vorgesehen das ganze Testament für ungültig erklärt werden und nicht bloss die Bedingung des Testamentes (III.B.2.d).

Im Eventualstandpunkt (III.C) wird ausgeführt aus welchen Überlegungen der Beschwerdeführer zumindest Miterbe ist (III.C.1). Dazu wird erläutert, welches teilungsrechtliche Vorgehen im vorliegenden Erbfall gewählt werden muss (III.C.3). In diesem Schritt wird zudem dargelegt, warum das Zuweisungsbegehren der Beschwerdegegnerin um Zuteilung der Eigentumswohnung (GB Nr. xxx) abzuweisen ist.

## **B. Hauptstandpunkt: Alleinerbenstellung des Beschwerdeführers**

### **1. Alleinberechtigung am Nachlass gestützt auf den Erbvertrag**

Im Jahre 1983 schlossen der Erblasser und der Beschwerdeführer einen Erbvertrag. Wie aus der Urschrift des Notars hervorgeht waren beide Parteien jeweils als Alleinerben des Vertragspartners eingesetzt worden. Nachfolgend wird die Gültigkeit des Erbvertrages belegt (a) sowie die darauf basierende Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit des Testaments eingehend begründet (b).

#### **a. Gültigkeit des Erbvertrags**

Die Beschwerdegegnerin erhob gestützt auf Art. 520 Abs. 1 ZGB sowie Art. 520 Abs. 3 i.V.m. Art. 519 Abs. 2 ZGB eine Ungültigkeitsklage gegen den Erbvertrag. Dazu führt die Beschwerdegegnerin aus, dass der Erbvertrag an einem Formmangel leide. Wie den Akten des vorinstanzlichen Verfahrens entnommen werden kann, fand das Beurkundungsverfahren mit dem Erblasser in einem Zug am 15. Juni 1983 statt und am 22. Juni 1983 wurde das Beurkundungsverfahren mit dem Beschwerdeführer durchgeführt. An beiden Tagen wirkten die von Gesetzes wegen vorgesehenen Zeugen mit. Gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin hätten jedoch nach Art. 512 Abs. 2 ZGB beide Parteien zur selben Zeit beim Notar anwesend sein müssen, um ihren Vertragsabschlusswillen zu erklären. Allerdings stellt das Erfordernis der «Gleichzeitigkeit» keine Ausweitung des Grundsatzes der Einheit des Aktes dar.<sup>6</sup> Dieses Prinzip fordert, dass das Hauptverfahren in einem Zug sowie ohne wesentliche

---

<sup>6</sup> BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 5.

Unterbrechung durchgeführt wird.<sup>7</sup> Sinn und Zweck ist, dass jede Partei genaue Kenntnis des Urkundeninhalts hat und der Beamte deren Willen sicherstellen kann.<sup>8</sup> Demzufolge ist es ausreichend, wenn die Einheit des Aktes bei beiden Parteien jeweils einzeln gewahrt worden ist.<sup>9</sup> Auch der Konsens ist unbestritten. Vom gegenseitigen Einvernehmen der beiden Vertragsparteien konnte sich der Notar am 15. Juni 1983 am Telefon selbst überzeugen. Das gleichzeitige Erscheinen beider Parteien vor dem Notar ist nicht erforderlich.<sup>10</sup> Da die Einheit des Aktes sowohl beim Beschwerdeführer, als auch beim Erblasser gewahrt wurde, handelt es sich um einen rechtsgültigen Erbvertrag. Da kein Formmangel vorliegt, ist die Ungültigkeitsklage der Beschwerdegegnerin abzuweisen.

#### **b. Anfechtungsklage gegen das Testament wegen Erbvertragswidrigkeit**

Soeben wurde dargelegt, aus welchen Gründen kein Formmangel vorliegt.<sup>11</sup> Der Erbvertrag vom 15. bzw. 23. Juni ist gültig zustande gekommen. In Ziff. 1 des Erbvertrags wird der Beschwerdeführer als Alleinerbe eingesetzt. Da das Testament die Beschwerdegegnerin zu begünstigen gedenkt, liegt vorliegend eine Inkompatibilität mit dem Erbvertrag vor. Aus diesem Grund hob der Beschwerdeführer form- und fristgerecht die Anfechtungsklage gegen das Testament an. Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen der Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 i.V.m. Art. 522 ff. ZGB<sup>12</sup> dargelegt.

#### **aa. Aktiv- und Passivlegitimation**

Als Begünstigter des Erbvertrages ist der Beschwerdeführer zur Anfechtungsklage aktivlegitimiert.<sup>13</sup> Die Beschwerdegegnerin ist als Bedachte des Testaments passivlegitimiert.<sup>14</sup>

#### **bb. Vorliegen eines rechtswirksamen Erbvertrags**

Wie oben dargelegt ist der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und dem Beschwerdeführer gültig zustande gekommen.<sup>15</sup> Dabei wurde der Beschwerdeführer in Ziff. 1 des Erbvertrags als Alleinerbe eingesetzt.

#### **cc. Unvereinbarkeit des Testaments mit dem Erbvertrag**

Das Testament steht der erbvertraglichen Bestimmung (Ziff. 1), wonach der Beschwerdeführer Alleinerbe ist, entgegen. Es ist nicht möglich, dass der Beschwerdeführer neben der Beschwerdegegnerin als

---

<sup>7</sup> JOOS, S. 133; MARTI, S. 78.

<sup>8</sup> MARTI, S. 78; MOOSER, N 604.

<sup>9</sup> HUBER, S. 279.

<sup>10</sup> GAUTSCHI, S. 118.

<sup>11</sup> Siehe: III.B.1.a.

<sup>12</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 494 N 9.

<sup>13</sup> BRÜCKNER/WEIBEL, N 99g.

<sup>14</sup> PraxKomm-GRUNDMANN, Art. 494 N 28.

<sup>15</sup> Dazu: III.B.1.a.



Erbin zugleich Alleinerbe sein kann. Das charakteristische Merkmal der Alleinerbschaft ist, dass es daneben keine weiteren Erben gibt.

#### **dd. Umfang der Herabsetzung**

Um dem Beschwerdeführer die Stellung des Alleinerben einzuräumen, ist eine Herabsetzung der Erbenstellung der Beschwerdegegnerin in vollem Umfang erforderlich. Erst wenn die Beschwerdegegnerin überhaupt nicht aus dem Testament begünstigt wird, kann der Erbvertrag eingehalten werden. Nebenbei sei erwähnt, dass allfällige Pflichtteilsrechte dem Erbvertrag selbstverständlich vorgehen würden.<sup>16</sup> Konkubinatspartner sind allerdings nicht pflichtteilsgeschützt (Art. 471 Ziff. 3 ZGB e contrario).<sup>17</sup> Die Beschwerdegegnerin und der Erblasser waren nicht verheiratet.

#### **ee. Einhaltung der Verwirkungsfrist**

Durch die rechtzeitige Einleitung des Schlichtungsverfahrens hielt der Beschwerdeführer die einjährige relative Verwirkungsfrist nach Art. 494 Abs. 3 i.V.m. Art. 533 Abs. 1 ZGB ein (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO).<sup>18</sup>

#### **c. Wirkung der Anfechtungsklage**

Die obig beschriebene Anfechtung bewirkt in casu die Aufhebung des Testaments mit Wirkung zwischen den beiden Parteien. Dadurch wird der Beschwerdeführer gestützt auf den Erbvertrag als Alleinerbe am Nachlass berechtigt. Das Testament erlangt folglich keine Gültigkeit.<sup>19</sup>

### **2. Alleinberechtigung des Beschwerdeführers gestützt auf die gesetzliche Erbfolge**

Sollte das Bundesgericht zur Erkenntnis gelangen, dass der soeben beschriebenen Anfechtungsklage (III.B.1.b) nicht stattgegeben werden kann, kommt aus folgenden Gründen die gesetzliche Erbfolge zum Zug. Im Testament hatte der Erblasser folgende Bedingung eingebaut, welche im vorliegenden Fall unstrittig nicht erfüllt wurde.

*«Mein Hab und Gut soll meiner langjährigen Freundin Valérie zustehen, sofern diese darum besorgt ist, dass Tesoro (der Schäferhund des Erblassers; Anm. d. Verf.) eingeschlafert und mit mir zusammen beerdigt wird.»<sup>20</sup>*

Die Beschwerdegegnerin wendet jedoch ein, dass es sich dabei um eine Auflage handelt. Weiter führt sie aus, dass diese Bestimmung sollte sie – entgegen ihrer Auffassung – als Bedingung qualifiziert werden zudem rechts- bzw. sittenwidrig ist. Gestützt auf ihre Klage wäre dieser Teil des Testaments

---

<sup>16</sup> BRÜCKNER/WEIBEL, N 99d.

<sup>17</sup> JUNGO, S. 6.

<sup>18</sup> Siehe die Bestätigung der Litispendenz in der Verfügung der regionalen Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland vom TT.MM.2017 (Art. 62 Abs. 2 ZPO).

<sup>19</sup> PraxKomm-GRUNDMANN, Art. 494 N 18.

<sup>20</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

somit für ungültig zu erklären. Die Beschwerdegegnerin reichte überdies noch eine Klage zur Feststellung der Nichtigkeit nach Art. 482 Abs. 3 ZGB ein, weil sie diese Bedingung für unsinnig hält. Der Beschwerdeführer legt nun dar, dass diese Bestimmung als Bedingung zu qualifizieren ist (a). Im Anschluss wird die Zulässigkeit dieser Testamentsklausel begründet (b). Weiter werden die Wirkungen dieser Bedingung beschrieben (c). Ausserdem wird erläutert, warum im Falle der Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit das gesamte Testament – wie Art. 482 Abs. 2 und Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vorsieht – ungültig wäre (d).

#### **a. Einordnung als Bedingung**

Im Gegensatz zum Bedingungseintritt stellt die Erfüllung der Auflage keine notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen dar.<sup>21</sup> Mit der Begründung, dass im Testament bloss eine Auflage vorliegt, hält die Beschwerdegegnerin an ihrer Rechtsstellung als Erbin fest. Ob eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, entscheidet sich nach dem Willen des Erblassers.<sup>22</sup> Ein starkes Indiz für die Bedingung ist die Verwendung der Konjunktion «*sofern*» im vorliegenden Testament. Wie aus dem DUDEN hervorgeht ist «*wenn*» ein Synonym von «*sofern*».<sup>23</sup> Der Ausdruck «*wenn*» spricht gemäss der Lehre gegen eine Auflage.<sup>24</sup> Dazu hat der Beschwerdeführer sowohl für die Bedingung als auch für die Einräumung der erbrechtlichen Stellung der Beschwerdegegnerin bloss einen Satz verwendet. Daraus wird die enge Verknüpfung der beiden Elemente (Erbeinsetzung sowie Bedingung) ersichtlich. Ausserdem äussert sich bereits der erste Satz des Testaments zu diesem Wunsch: «*Mein grösster Wunsch ist es, mit meinem lieben Tesoro gemeinsam die ewige Ruhe zu finden.*» Auch daraus wird ersichtlich, dass der Fokus des Testaments ganz klar auf dem Beerdigungswunsch des Erblassers liegt. Die Art und Weise der Bestattung war für den Erblasser derart zentral, dass davon auch die Position des Erben abhing. Wäre der im Testament geäusserte Wunsch lediglich zweitrangig hätte der Erblasser zwei Hauptsätze geschrieben und sich ferner sicherlich nicht der Konstruktion des Konditionalsatzes bedient. Als Schriftsteller hat der Erblasser durchaus die Fähigkeit die Bedeutung seiner Satzkonstruktionen richtig einzuschätzen.

Im Verfahren vor den kantonalen Instanzen konnte auch festgestellt werden, dass die Beziehung zwischen dem Erblasser und der Beschwerdegegnerin den meisten Personen aus ihrem Umfeld gar nicht bekannt war. Schlussendlich kann folgender Schluss gezogen werden: Der Erblasser wollte die Be-

---

<sup>21</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 759.

<sup>22</sup> BK-TUOR, Art. 482 N 12.

<sup>23</sup> DUDEN, Das Synonymwörterbuch, Bd. 8, 6. Aufl. 2014, Stichwort «*sofern*».

<sup>24</sup> KuKo ZGB-GRÜNIGER, Art. 482 N 1; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 1; LÜDI, S. 31; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 1; für den französischen Ausdruck «*si*»: CS CC-HUBERT-FROIDEVAUX, Art. 482 N 6.

schwerdegegnerin nicht begünstigen, falls sie seinen letzten Wunsch nicht erfüllt und ihn damit schwer enttäuscht hätte.

**b. Zulässige Testamentsklausel (Bedingung)**

Für den Fall, dass diese Anordnung als Bedingung eingestuft wird, erhob die Beschwerdegegnerin eine Ungültigkeitsklage gestützt auf Art. 482 Abs. 2 sowie Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin ist die diskutierte Bestimmung aus dem Testament jedoch weder rechts- noch sittenwidrig (aa bzw. bb). Auch eine Nichtigkeit gestützt auf Art. 482 Abs. 3 ZGB fällt ausser Betracht (cc).

**aa. Kein Verstoß der Bedingung gegen zwingendes Recht**

Rechtswidrigkeit ist anzunehmen, wenn der Inhalt einer Verfügung einer zwingenden objektiven Rechtsnorm widerspricht.<sup>25</sup> In ihren Ausführungen macht die Beschwerdegegnerin geltend, die Tötung des Hundes sei gestützt auf Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG<sup>26</sup> strafrechtlich untersagt und damit offensichtlich rechtswidrig. Allerdings ergibt sich weder aus dieser Bestimmung noch aus anderen Normen des TSchG sowie der TSchV<sup>27</sup> ein Verbot den Wunsch des Erblassers zu ermöglichen. Bei einer korrekt durchgeführten Euthanasie erleidet Tesoro keine Qualen.<sup>28</sup> Demzufolge liegt auch keine Tötung aus Mutwillen vor. Darunter wird eine bewusste und provozierende Boshaftigkeit oder Leichtfertigkeit verstanden.<sup>29</sup> Ein derartiges Verhalten läge bei der Beschwerdegegnerin jedoch nicht vor, wenn sie dem Wunsch des Erblassers Folge geleistet hätte. Mutwillige Tötung ist gekennzeichnet durch das Fehlen eines vernünftigen Grundes für die Tat.<sup>30</sup> Eine gemeinsame Beerdigung auf Wunsche des ehemaligen Tierhalters stellt jedoch einen vernünftigen Grund dar. Die Bestattung ist für die meisten Menschen von grosser Relevanz. Bei der Gestaltung seiner eigenen Beerdigung, muss dem Erblasser ein gewisser Spielraum zugestanden werden. Zusätzlich zum angeblich strafrechtlichen Aspekt dieser Bedingung bringt die Beschwerdegegnerin vor, dass eine entsprechende Bestattung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstösst. Nach Art. 3 lit. a VTNP<sup>31</sup> würde es sich beim getöteten Tesoro um einen Tierkörper handeln. Das Testament regelt jedoch nicht präzise die Modalitäten der Beerdigung. So wäre es beispielsweise möglich die Asche von Tesoro zusammen mit dem Erblasser zu begraben. Zweck der VTNP ist, dass tierische Nebenprodukte die Gesundheit der Menschen nicht gefährden (Art. 1 lit. a VTNP). Durch eine Einäscherung wäre jedoch kein Tierkörper mehr vorhanden. Die Asche von Tesoro kann keine Krankheiten mehr verbreiten. Dadurch wäre der Anwendungsbereich der

---

<sup>25</sup> Anstatt vieler: HRUBESCH-MILLAUER, N 52.

<sup>26</sup> Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005, SR 455.

<sup>27</sup> Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, SR 455.1.

<sup>28</sup> BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN, S. 139 f.

<sup>29</sup> BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN, S. 144.

<sup>30</sup> GOETSCHEL, Kommentar Art. 22 Nr. 5.

<sup>31</sup> Verordnung über tierische Nebenprodukte vom 25. Mai 2011, SR 916.441.22.

VTNP ausgeschlossen. Einer gemeinsamen Beerdigung mit dem Erblasser steht folglich nichts entgegen. Die Art des Begräbnisses ist für den Erblasser weniger wichtig als der Umstand, dass die Beerdigung zusammen mit seinem geliebten Hund erfolgen sollte. Demzufolge ist die Realisierung dieser Bedingung in Einklang mit der Rechtsordnung möglich.

**bb. Kein Verstoss der Bedingung gegen die guten Sitten**

Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn die Bedingung ein unsittliches Verhalten zum Inhalt hat. Als sittenwidrig gelten Bedingungen, welche den Bedachten zu Verhaltensweisen veranlassen sollen, die der der höchstpersönlichen Sphäre angehören.<sup>32</sup> Es wäre sittenwidrig, wenn der Erblasser von der Beschwerdegegnerin die eigenhändige Tötung von Tesoro verlangen würde. Die Beschwerdegegnerin kennt sich mit der Euthanasie von Lebewesen nicht aus. Der Erblasser ist aus diesem Grund a priori nicht an einer von der Beschwerdegegnerin eigenhändig durchgeführten Euthanasie interessiert. Schliesslich war der Erblasser sehr stark mit Tesoro verbunden und wollte gewiss nicht, dass ihm ein Leid zugefügt wird. Aus diesem Grund tangiert diese Bedingung sicherlich nicht den höchstpersönlichen Lebensbereich der Beschwerdegegnerin. Diese Aufgabe kann und soll die Beschwerdegegnerin an eine Tierärztin oder einen Tierarzt delegieren. Von der Beschwerdegegnerin wird lediglich die Organisation des Bestattungswunschs des Erblassers – nicht jedoch dessen eigenhändige Ausführung – verlangt.

**cc. Keine Unsinnigkeit der Bedingung**

Unsinnige Bedingungen werden laut Art. 482 Abs. 3 ZGB als nicht vorhanden betrachtet. Die Rechtsfolge ist somit die Nichtigkeit der Bedingung.<sup>33</sup> Unsinnig ist eine Bedingung, welche entweder gar keinen Sinn ergibt oder im Widerspruch zum Hauptinhalt der Verfügung steht.<sup>34</sup> Aus diesem Grund verlangte die Beschwerdegegnerin die Feststellung der Nichtigkeit. Diese Haltung respektiert die Bedürfnisse des Erblassers in Bezug auf dessen Bestattung keinesfalls. Der Erblasser hat sehr wohl ein Interesse daran wie und mit welchen Grabbeigaben er beigesetzt wird. Die Beerdigung sollte möglichst wunschgemäss ausgestaltet sein. Ferner ist ein Widerspruch zum Rest des Testamentes von vornherein nicht ersichtlich. Ergo kann gestützt auf Art. 482 Abs. 3 ZGB keine Nichtigkeit begründet werden.

**dd. Zwischenfazit**

Aufgrund der fehlenden Rechts- und Sittenwidrigkeit der Bestimmung, muss die Teilungültigkeitsklage der Beschwerdegegnerin abgewiesen werden. Da keine unsinnige Bedingung vorliegt, sollte auch das Begehren der Beschwerdegegnerin um Feststellung der Nichtigkeit abgewiesen werden.

---

<sup>32</sup> KuKo ZGB-GRÜNIGER, Art. 482 N 11; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 37; CHK ZGB-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 482 N 14.

<sup>33</sup> STEINAUER, N 605.

<sup>34</sup> PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 52.

**c. Wirkung der Bedingung**

In casu handelt es sich um eine Suspensivbedingung. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Schäferhund Tesoro noch lebt. Folglich ist die gültig verfügte Bedingung nicht eingetreten. Der erbrechtliche Anspruch der Beschwerdegegnerin ist damit gar nicht erst entstanden.<sup>35</sup>

**d. Im Falle der Rechts-/Sittenwidrigkeit: Ungültigkeit des gesamten Testaments**

Für den Fall, dass auch das Bundesgericht – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – zur Überzeugung gelangt, diese Klausel sei rechts- bzw. sittenwidrig, wird in diesem Abschnitt aufgezeigt aus welchen Gründen in dieser Situation das gesamte Testament für ungültig zu erklären sei.

Gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 7 ZGB ist auch eine Teilungültigkeit in sachlicher Hinsicht möglich.<sup>36</sup> Dafür ist erforderlich, dass der Erblasser die Beschwerdegegnerin auch ohne diese Bedingung, als Alleinerbin einsetzen wollte.<sup>37</sup> Massgebend für die Eruierung des subjektiven Willens ist stets der Zeitpunkt der Errichtung.<sup>38</sup> Die Aufgabe der Euthanasie von Tesoro sowie die anschliessend durchzuführende gemeinsame Beerdigung konnte der Erblasser nur der Beschwerdegegnerin übertragen. Die Beschwerdegegnerin kannte den Hund am besten und hatte aufgrund des gemeinsamen Haushalts direkten Kontakt. Zum Zeitpunkt der Anschaffung von Tesoro war die Beschwerdegegnerin noch sehr skeptisch gegenüber Hunden eingestellt. Im Verlauf der Jahre änderte sich diese Haltung zugunsten von Tesoro. Dieser Sinneswandel ist der Errichtung des Testaments (26. Januar 2014) nachgegangen. Wie oben erwähnt, ist jedoch lediglich der Errichtungszeitpunkt relevant. Da der Erblasser damals von der Skepsis der Beschwerdegegnerin ausging, setzte er in seinem Testament auch eine Bedingung für die Zuwendung an die Beschwerdegegnerin ein. Die Zuwendung war als «Belohnung» für die Organisation seines letzten Wunschs gedacht. Ohne diesen Wunsch hätte der Erblasser die Beschwerdegegnerin nicht erbrechtlich bedacht. Im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin unterstützte der Beschwerdeführer den Erblasser in dessen schweren Zeiten (Scheidung sowie Tod der Eltern). Aufgrund dessen ist die ganze Verfügung für ungültig zu erklären. Ausserdem wird bei Suspensivbedingungen in der Lehre jeweils angenommen, dass in der Regel die ganze Verfügung ungültig sei. Die Bedingung bildet zusammen mit der ihr zugrundeliegenden Verfügung eine untrennbare Einheit, wodurch die Verfügung das Schicksal einer durch Rechts- oder Sittenwidrigkeit infizierten Bedingung zu teilen hat.<sup>39</sup> Dem Rechtsbegehren 3a ist aufgrund der in III.B.1.b beschriebenen Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit des Testaments gutzuheissen. Möglich ist jedoch auch die Ungültigkeitserklärung auf-

---

<sup>35</sup> CHK ZGB-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 482 N 3.

<sup>36</sup> CS CC-EIGENMANN, Art. 519 N 32; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 29.

<sup>37</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 993.

<sup>38</sup> BK-WEIMAR, Art. 505 N 15.

<sup>39</sup> Dazu: ABT, S. 128; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 40; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 33.

grund der Rechts- bzw. Sittenwidrigkeit. Auch aus diesem Grund kann diesem Rechtsbegehren stattgegeben werden.

#### **e. Gesetzliche Erbfolge**

Wie oben beschrieben trat die Bedingung nicht ein. Falls von der Ungültigkeit der Bedingung ausgegangen wird, ist das ganze Testament ungültig. Infolgedessen muss gemäss der Begründung der Vorinstanz, welche den Erbvertrag für ungültig hielt, der Nachlass im Rahmen des Intestaterbrechts verteilt werden. Dabei leitet sich die gesetzliche Erbberechtigung des Beschwerdeführers aus dem Eintrittsprinzip gemäss Art. 458 Abs. 3 ZGB ab. Der Erblasser hinterliess keine Nachkommen (Art. 457 Abs. 1 ZGB). Die Eltern des Erblassers und des Beschwerdeführers sind 1981 verstorben (Art. 458 Abs. 1 ZGB). Zudem existieren ausser dem Beschwerdeführer keine weiteren Verwandten in der zweiten Parentel (Art. 458 Abs. 3 und 4 ZGB). Zudem heiratete der Erblasser nach der Scheidung im Jahre 1977 nicht erneut (Art. 462 ZGB). Aus diesem Grund tritt der Beschwerdeführer als Bruder des Erblassers an die Stelle der verstorbenen Eltern und ist insofern mangels weiterer Erben Alleinerbe (Art. 458 Abs. 3 ZGB).

### **3. Feststellungsklagen des Hauptstandpunkts**

In 3b und c des Rechtsbegehrens erhob der Beschwerdeführer zwei Feststellungsklagen. Auf der einen Seite handelt es sich um eine Feststellungsklage mit dem Ziel, der Feststellung der Rechtsstellung als Alleinerbe (3b des Rechtsbegehrens). Damit die Berechtigung über einzelne Erbschaftsgegenstände klar ist, leitete der Beschwerdeführer auf der anderen Seite eine Eigentumsfeststellungsklage ein (3c des Rechtsbegehrens). Ein Vorspann stellt die allgemeinen Klagevoraussetzungen (a) dar. Dort wird auch das Feststellungsinteresse abgehandelt. Anschliessend wird die materielle Grundlage der Feststellungsklage der Rechtsstellung als Alleinerbe (b) und der Eigentumsfeststellungsklage (c) ausgeführt.

#### **a. Allgemeine Voraussetzungen der beiden Feststellungsklagen**

##### **aa. Aktiv- und Passivlegitimation**

Zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin herrscht Uneinigkeit über die Rechtsstellung in Bezug auf den Nachlass. Da der Beschwerdeführer ein Interesse daran hat, dass zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin Klarheit herrscht, ist er aktivlegitimiert. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin aus dem Erbgang (Art. 537 Abs. 1 ZGB) Rechte ableiten kann. Aus diesem Grund ist die Beschwerdegegnerin passivlegitimiert.

**bb. Feststellungsinteresse**

Bei Gutheissung der beiden Feststellungsklagen kann der Beschwerdeführer beim Erbschaftsamt der Stadt Bern erwirken, dass einerseits die Erbschaftsverwaltung aufgehoben wird und ihm andererseits die Erbschaftsgegenstände ausgehändigt werden. Der Vorteil der Eigentumsfeststellungsklage ist, dass Gewissheit über das Eigentum der einzelnen Gegenstände besteht. Das Feststellungsinteresse des Beschwerdeführers ist durch die Eigentumsfeststellungsklage nicht vollständig abgedeckt. Möglicherweise wurden nicht alle Erbschaftsgegenstände im Steuerinventar des Nachlasses vom TT.MM.2016 (act.) erfasst. Das Begehren um Feststellung des Beschwerdeführers als Alleinerbe (3c des Rechtsbegehrens) bewirkt auch Klarheit punkto nicht erfasster Objekte. Aufgrund der sich überschneidenden Wirkungskreise sind beide Feststellungsbegehren erforderlich und gutzuheissen.

**cc. Ungewissheit der Rechtsstellung der Beschwerdeführerin**

Zwischen den Parteien muss eine Meinungsverschiedenheit bestehen.<sup>40</sup> Vorliegend behaupten beide Parteien Alleinerbe sowie Alleigentümer der Gegenstände, welche im Steuerinventar des Nachlasses vom TT.MM.2016 (act.) enthalten sind, zu sein. Aufgrund dieses Streits wurde auch eine Erbschaftsverwaltung angeordnet. Somit liegt die Ungewissheit in casu vor.

**dd. Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit**

Diese Ungewissheit ist für den Beschwerdeführer unzumutbar. Über den im Streit liegenden Nachlass ordnete das Erbschaftsamt der Stadt Bern (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. g EG ZGB<sup>41</sup>) die schärfste Sicherungsmassregel – die Erbschaftsverwaltung – an. Aufgrund der Erbschaftsverwaltung, welche die Erbschaftsgegenstände verwahrt, ist es dem Beschwerdeführer nicht möglich über sein Eigentum zu verfügen.

**ee. Keine Leistungs- oder Gestaltungsklage möglich (Subsidiarität)**

Gegenüber der Leistungs- und Gestaltungsklage ist die Feststellungsklage subsidiär.<sup>42</sup> Mangels Besitz der Beschwerdegegnerin scheidet im vorliegenden Fall eine Leistungsklage (Erbschaftsklage<sup>43</sup>, Vindikationsklage<sup>44</sup>) aus. Nach Art. 87 ZPO verlangt die klagende Partei die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Auch diese Möglichkeit kommt nicht in Betracht, weil im vor-

---

<sup>40</sup> KuKo ZPO-OBERHAMMER, Art. 88 N 13.

<sup>41</sup> Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Bern vom 28. Mai 1911, BSG 211.1.

<sup>42</sup> ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, Art. 88 N 17.

<sup>43</sup> Vgl.: BRÜCKNER/WEIBEL, N 111.

<sup>44</sup> Siehe bei: BOHNET, § 39 N 29.

liegenden Fall das Eigentum des Beschwerdeführers aufgrund der Universalsukzession ex lege bereits besteht und das Privatrecht für diesen Fall ohnehin keine Gestaltungsklage vorsieht.<sup>45</sup>

#### **b. Feststellung des Beschwerdeführers als Alleinerbe**

In III.B.1.a wird ersichtlich, dass der Erbvertrag gültig ist. Im Anschluss wurde das Testament geprüft. Diese Prüfung ergab in III.B.2, dass die erbrechtliche Verfügung zugunsten der Beschwerdegegnerin vom Bedingungseintritt (Beerdigung des Hundes zusammen mit dem Erblasser) abhängt. Aus den Begründungen in III.B.1 und III.B.2 wird der Schluss gezogen, dass der Beschwerdeführer Alleinerbe ist.

#### **c. Feststellung des Alleineigentums des Beschwerdeführers**

Voranehend wurde eine kurze Übersicht aufgeführt aus welchen Gründen der Beschwerdeführer Alleinerbe ist. Gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB geht das Eigentum ex lege auf den Alleinerben über.<sup>46</sup> Der Beschwerdeführer begehrt ein Feststellungsurteil, welches sich auf alle vom Steuerinventar des Nachlasses vom TT.MM.2016 (act.) erfassten Erbschaftsgegenstände bezieht.

### **4. Schlussfolgerung aus dem Hauptstandpunkt**

Aus den obigen Ausführungen wird der Schluss gezogen, dass die Beschwerdegegnerin überhaupt keine Rechte aus dem Tod des Erblassers und dessen Testament ableiten kann. Wie unter III.B.1.a dargelegt, ist der Erbvertrag gültig. Basierend auf diesem Erbvertrag führte der Beschwerdeführer aus, dass das widersprechende Testament für ungültig zu erklären ist (III.B.1.b). Sollte der Anfechtungsklage nicht stattgegeben werden, ist der Beschwerdeführer auch gestützt auf die gesetzliche Erbfolge Alleinerbe (III.B.2). Die Bedingung des Testaments (gemeinsame Beerdigung des Erblassers mit seinem Hund Tesoro) trat nicht ein. Die Zulässigkeit dieser Bedingung wird oben in III.B.2.b erörtert. Da der Beschwerdeführer somit als Alleinerbe anzuerkennen ist, stellen sich im Hauptstandpunkt dieser Beschwerde mangels Vorliegens einer Erbengemeinschaft keine Fragen bezüglich der Erbteilung.<sup>47</sup>

### **C. Eventualstandpunkt: Erbteilung**

Falls das Bundesgericht der obigen Ansicht (III.B), dass der Beschwerdeführer Alleinerbe ist, nicht folgt, findet sich in diesem Teil die rechtliche Begründung des Eventualstandpunkts. Die Beschwerdegegnerin vertrat im kantonalen Verfahren die Meinung, sie sei am Nachlass als Alleinerbin berechtigt. Aus diesem Grund wird zuerst dargelegt, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer zumindest Miterbe und folglich Teil der Erbengemeinschaft ist (III.C.1). Auf diesen Abschnitt folgen Ausführungen zur Feststellung dieses Rechtsverhältnisses (III.C.2). Der nächste Abschnitt befasst sich mit dem teilungsrechtlichen Vorgehen (III.C.3).

---

<sup>45</sup> Zur Universalsukzession anstatt vieler: BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 560 N 1.

<sup>46</sup> KuKo ZGB-BÜRGLI, Art. 560 N 1; WOLF/GENNA, S. 24.

<sup>47</sup> Vgl.: BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, Art. 602 N 2.



## **1. Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft**

Basierend auf dem von ihr eingelieferten Dokument, behauptet die Beschwerdegegnerin Alleinerbin zu sein. Dabei zieht die Beschwerdegegnerin jedoch aus folgendem Satz des Testaments die falschen Schlüsse:

*«Mein Bruder und treuer Weggefährte Bernard soll aber immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten.»*

Damit die Bedeutung dieses Satzes eruiert werden kann erfolgt nun eine Auslegung.

### **a. Regeln bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung**

Bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist der Wille des Erblassers massgebend (Willensprinzip).<sup>48</sup> Zur Auslegung sind auch Externa (nicht im Testament enthaltene Anhaltspunkte) zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Dazu zählen auch der Bildungsstand, die Schreibgewohnheiten sowie die Beziehungen des Erblassers zu den im Testament erwähnten Personen.<sup>50</sup> Gemäss der Andeutungstheorie muss der Wille des Erblassers zumindest im Wortlaut der letztwilligen Verfügung andeutungsweise zum Vorschein treten.<sup>51</sup>

### **b. Auslegung im vorliegenden Fall**

Wie aus dem letzten Satz des Testaments klar hervorgeht, plante der Erblasser auch ungefähr 31 Jahre nach dem Abschluss des Erbvertrags den Beschwerdeführer als Erben einzusetzen. Aufgrund der sehr vertrauensvollen brüderlichen Beziehung des Erblassers zum Beschwerdeführer kann davon ausgegangen werden, dass der Erblasser in seinem Testament auch den Beschwerdeführer bedenken wollte. Dabei übersah der Erblasser jedoch, dass in der zweiten Parentel lediglich die Eltern einen Pflichtteilsanspruch gemäss Art. 471 Ziff. 2 ZGB geltend machen können. An der in Art. 471 Ziff. 2 ZGB erwähnten Hälfte orientierte sich der Erblasser. Demzufolge kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgehalten werden, dass der Erblasser den Beschwerdeführer zumindest mit einer hälftigen Quote an seinem Nachlass beteiligen wollte.

Die Auslegung des Testaments gelangt zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer mit einer Quote von 50 % des Nachlasses an der Erbengemeinschaft des Erblassers berechtigt ist.

---

<sup>48</sup> WOLF/GENNA, S. 398 f.

<sup>49</sup> BGer 5A\_106/2014 vom 26. Mai 2014 E. 6.

<sup>50</sup> PraxKomm-ZEITER/SCHRÖDER, Vorbem. zu Art. 467 ff. N 16.

<sup>51</sup> BGer 5A\_323/2013 vom 23. August 2013 E. 2.1.

## **2. Feststellungsklage im Eventualstandpunkt**

Gestützt auf die obigen Erwägungen wird der Schluss gezogen, dass der Beschwerdeführer Mitglied der Erbengemeinschaft ist.<sup>52</sup> Der Beschwerdeführer erhebt zudem ein Begehren zur Feststellung dieses Rechtsverhältnisses. Die Zulässigkeit dieser Feststellungsklage wird kurz erläutert.

### **a. Aktiv- und Passivlegitimation**

Damit überhaupt eine Erbteilung durchgeführt werden kann, muss feststehen, wer mit welcher Quote am Nachlass berechtigt ist. Dieser Punkt ist zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin strittig. Aufgrund der Behauptung des Beschwerdeführers, Erbe zu sein, ist er klageberechtigt.<sup>53</sup> Wegen der vehementen Bestreitung der Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zumindest als Miterben anzuerkennen, ist die Beschwerdegegnerin passivlegitimiert.<sup>54</sup>

### **b. Ungewissheit der klägerischen Rechtsstellung**

Aufgrund der Auffassung der Beschwerdegegnerin, dass der Beschwerdeführer überhaupt nicht Erbe sei, liegt zwischen den Parteien eine Meinungsverschiedenheit vor.<sup>55</sup>

### **c. Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit**

Die Ungewissheit ist unzumutbar, weil dadurch unklar ist, wer in welchem Ausmass an der Erbteilung beteiligt ist.

### **d. Keine Leistungs- oder Gestaltungsklage möglich (Subsidiarität)**

Erst die darauffolgende Erbteilungsklage ist eine Gestaltungsklage, nicht jedoch die Feststellung der Erbquote.<sup>56</sup> Da die Erbschaftsgegenstände aufgrund der Erbschaftsverwaltung nicht im Besitz der Beschwerdegegnerin sind, fällt eine Leistungsklage von vornherein ausser Betracht.

### **e. Schlussfolgerung**

Wie oben in III.C.1 dargelegt, hat die Auslegung des Testaments zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer zu 50 % Miterbe des Nachlasses ist. Sowohl die formellen, als auch die materiellen Voraussetzungen dieses Anspruchs sind gegeben. Deswegen ist dieser Feststellungsklage stattzugeben.

## **3. Erbteilung**

Soeben wurde dargelegt, dass der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin im Eventualstandpunkt eine Erbengemeinschaft bilden.<sup>57</sup> Nach Art. 604 Abs. 1 ZGB besteht jederzeit ein Anspruch auf

---

<sup>52</sup> III.C.1.

<sup>53</sup> BRÜCKNER/WEIBEL, N 103.

<sup>54</sup> CPra-BOHNET, § 34 N 11.

<sup>55</sup> KuKo ZPO-OBERHAMMER, Art. 88 N 13.

<sup>56</sup> BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 N 2.

Erbteilung. Ein Teilungsaufschub liegt nicht vor und wurde auch von der Beschwerdegegnerin bisher nicht geltend gemacht. Nachfolgend wird geklärt aus welchen Gründen die Teilung wie vom Beschwerdeführer beantragt durch Zufallsentscheid durchzuführen ist.<sup>58</sup> Vorerst wird der wichtige Grundsatz der Anspruchsgleichheit dargelegt (a). Darauffolgend wird die Bedeutung dieses Grundsatzes im Kontext des Erbteilungsprozesses beleuchtet (b). In diese Erörterung findet ebenfalls, das erst kürzlich gefällte Präjudiz BGE 143 III 425 Eingang, welches sich insbesondere ausführlich mit der Bedeutung des Grundsatzes der Anspruchsgleichheit für das Teilungsgericht befasste. Danach folgen kurze Ausführungen zum prozessualen Vorgehen in diesem Fall (c).

#### **a. Grundsatz der Anspruchsgleichheit – Grundlagen**

Nach Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 Abs. 1 ZGB haben alle Erben bei der Teilung, insofern keine weiteren Vorschriften einschlägig sind, den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft. Das vorliegende Testament enthält keine Teilungsvorschriften (Art. 608 Abs. 1 ZGB). Somit gilt der Grundsatz der Anspruchsgleichheit im vorliegenden Fall ausnahmslos.<sup>59</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung oberste Richtschnur für die Erbteilung.<sup>60</sup>

#### **b. Grundsatz der Gleichbehandlung – Auswirkungen**

In BGE 143 III 425 hat sich das Bundesgericht eingehend und durch fundiertes Studium der Literatur mit der Thematik der richterlichen Zuweisungskompetenz befasst. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Teilungsgericht nicht befugt ist einzelne Erbschaftsgegenstände einem der Erben zuzuweisen. Dabei stützt sich das Bundesgericht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung. Nachfolgend werden die Gründe für diesen aktuellen Bundesgerichtsentscheid näher erläutert. Gestützt auf die folgenden Gedanken, ist an dieser Rechtsprechung festzuhalten.

#### **aa. Erbrechtliche Argumentation**

Die Beschwerdegegnerin verlangt die Zuweisung der Liegenschaft zu Alleineigentum. Gegen eine freie richterliche Zuweisungskompetenz spricht jedoch, dass jeder Richter ganz unterschiedlich urteilen würde und es sich nicht begründen lässt, wer die bessere Berechtigung an einer bestimmten Sache hat.<sup>61</sup> So stellt sich das Bundesgericht zurecht die Frage nach welchen Kriterien Zuweisungsentscheide zu fällen wären.<sup>62</sup> DRUEY spricht in diesem Zusammenhang sogar von Kadijustiz.<sup>63</sup> Auch die Stimmen

---

<sup>57</sup> Dazu oben: III.C.1.

<sup>58</sup> Siehe: 4b des Rechtsbegehrens.

<sup>59</sup> BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 607 N 4.

<sup>60</sup> BGE 143 III 425 E. 4.3 S. 428; BGE 112 II 206 E. 2b S. 211.

<sup>61</sup> MERZ, S. 87; PIOTET, S. 210.

<sup>62</sup> BGE 143 III 425 E. 5.9 S. 449.

<sup>63</sup> DRUEY, Besprechung, S. 479.

aus der Lehre, welche das bundesgerichtliche Präjudiz kritisieren, bringen nicht spezifische justiziable Regeln, nach welchen eine Teilung durchzuführen ist, vor.

Ein weiteres Argument für die Losteilung ist, dass die Behörde unbestrittenermassen nach Art. 611 Abs. 3 ZGB gar nicht berechtigt ist die Lose verbindlich zuzuweisen.<sup>64</sup> Sollte es dem Erbteilungsgericht nicht gestattet sein eine Losziehung anzuordnen, könnte eine verbindliche Losziehung in keinem Fall durchgeführt werden. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin, wäre es gar nicht möglich, eine endgültige Teilung durch Losziehung durchzuführen, falls die Erben die Lose nicht entgegennehmen würden (vgl. Art. 634 Abs. 1 ZGB). In Art. 611 Abs. 3 ZGB ist die Losziehung ausserdem explizit kodifiziert.

#### **bb. Zivilprozessuale Argumentation**

Auch aus zivilprozessualen Überlegungen wird ersichtlich, dass die Zuteilung eines Loses durch Zufallsentscheid möglich ist. Auch im Erbteilungsprozess gilt vollumfänglich die Dispositionsmaxime.<sup>65</sup> Falls eine Partei wie hier die Losziehung beantragt, stimmt dieser Autor mit dem Bundesgericht überein, dass eine Losziehung gestützt auf Art. 611 Abs. 3 ZGB zulässig ist.<sup>66</sup>

DRUEY bringt überdies noch einen beweisrechtlichen Aspekt in seinem Kommentar zu BGE 143 III 425 in die Diskussion ein.<sup>67</sup> Dieser Autor stellt sich die Frage, wie der Erbteilungsrichter die Beweise zum Vorbringen der objektiven Kriterien würdigen soll. Nach Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Zudem sind die einzelnen Beweise nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenspiel mit dem Verhalten der Parteien.<sup>68</sup> Dabei muss man sich bewusst sein, dass die freie Beweismwürdigung immer eine subjektive Komponente (Intuition, Vernunft, Gefühl etc.) aufweist.<sup>69</sup> Diese Elemente sind der Grund dafür, dass bei freier richterlicher Zuweisungskompetenz das Urteil kaum voraussehbar ist. Bei jedem Richter bzw. Gericht ist die subjektive Komponente anders ausgestaltet. Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass im Gegensatz zu Forderungsprozessen meist keine Urkunden (E-Mails, Bestellungen, Mahnungen etc.) vorhanden sind. Aus diesem Grund müssen wie bereits DRUEY erwähnt, die Parteien und Zeugen einvernommen werden.<sup>70</sup> Weitere Beweismittel sind meist nicht vorhanden. Dabei stellen sich zwei weitere Probleme. Erstens stammen die Zeugen meistens aus dem familiären Umfeld der Parteien und sind gestützt auf Art. 165 ZPO berechtigt die Aussage zu verweigern. Nach Art. 162 ZPO darf das Schweigen nicht

---

<sup>64</sup> STEINAUER, N 1281; PraxKomm-WEIBEL, Art. 611 N 17; BK-WOLF, Art. 611 N 23.

<sup>65</sup> GÖKSU, S. 138.

<sup>66</sup> GÖKSU, S. 145 f.

<sup>67</sup> DRUEY, Der Kommentar zum Entscheid, S. 113.

<sup>68</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 157 N 19.

<sup>69</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 3.

<sup>70</sup> DRUEY, Der Kommentar zum Entscheid, S. 113.

in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden.<sup>71</sup> Zweitens gelten Zeugen im Vergleich zu anderen Beweismitteln ohnehin als unzuverlässiger.<sup>72</sup> Die allfälligen engen Beziehungen zu den Prozessparteien dürften gemeinhin noch verstärkend in diese Richtung wirken (vgl. Art. 172 lit. b ZPO).

#### **c. Prozessuales Vorgehen**

Da die kantonalen Instanzen näheren Bezug zum Verfahrensgegenstand aufweisen, sollte die Sache zur Losbildung und anschliessenden Losziehung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Zudem spricht auch der Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzugs für diese Herangehensweise.<sup>73</sup>

#### **d. Zwischenfazit**

Aufgrund der obigen rechtlichen Stellungnahme soll die Zuteilung der Lose von den kantonalen Instanzen durch Zufallsentscheid vorgenommen werden. Das von der Beschwerdegegnerin gestellte Zuweisungsbegehren ist aufgrund dieser Überlegungen (hauptsächlich der Verletzung des obengenannten Grundsatzes der Gleichbehandlung) abzuweisen.<sup>74</sup> Aus dem Bundesrecht ergibt sich kein Anspruch auf Zuweisung eines bestimmten Gegenstands.<sup>75</sup> Ausserdem sind nach konstanter Rechtsprechung für eine Praxisänderung ernsthafte und sachliche Gründe gefordert. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass solche Gründe nicht vorliegen.

### **IV. KOSTEN**

Gestützt auf Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG sind die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung antrags- und ausgangsmässig der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Bei Gutheissung des Hauptbegehrens begehrt der Beschwerdeführer, dass das Bundesgericht die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung des kantonalen Verfahrens entsprechend neu verteilt (Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG). Dadurch könnte verhindert werden, dass das Obergericht sich lediglich aufgrund der Kosten noch einmal mit diesem Fall befassen müsste. Ein solcher Entscheid dient der Verfahrensökonomie. Anwendbar sind dabei die kantonalen Bestimmungen (VKD<sup>76</sup> und PKV<sup>77</sup>).<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 162 N 4.

<sup>72</sup> BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 6a; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 157 N 14.

<sup>73</sup> BSK BGG-DORMANN, Art. 107 N 15.

<sup>74</sup> ZK-ESCHER, Art. 604 N 5b.

<sup>75</sup> BGE 143 III 425 E. 4.3 S. 429 und 450.

<sup>76</sup> Dekret betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 24. März 2010, BSG 161.12.

<sup>77</sup> Verordnung über die Bemessung des Parteikostensatzes des Kantons Bern vom 17. Mai 2006, BSG 168.811.

<sup>78</sup> Gerichtskosten: BSK BGG-GEISER, Art. 67 N 5; für die Parteientschädigung siehe den Hinweis bei: BSK BGG-GEISER, Art. 68 N 24.

## **V. ABSCHLUSS**

Aus obigen Gründen bitten wir Sie höflichst den eingangs gestellten Rechtsbegehren stattzugeben.

Im Namen des Beschwerdeführers

---

Team 1628

### **Anhang:**

- Vollmacht
- Original des angefochtenen Urteils (ZK 18 xxx)

### **Kopie an:**

- Beschwerdeführer