

LSI/AR

An das Schweizerische Bundesgericht

Av. du Tribunal-Fédéral 29

1005 Lausanne 14

BESCHWERDECHRIFT EGGER

Bernard Egger (geb. 1945, Adresse, Wohnort)

Beschwerdeführer

vertreten durch Team 1755

gegen

Valérie Vuichard (geb. 1946, Adresse, Bern)

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Team X

betreffend

die Beschwerde in Zivilsachen

gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Bern vom 10. Oktober 2018

(Muttersprache: Deutsch)

Team 1755

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	III
RECHTSBEGEHREN	1
BEGRÜNDUNG	1
I. FORMELLES	1
A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen	1
1. Anfechtungsobjekt	1
2. Beschwerdegründe	1
3. Beschwerdefrist	1
4. Formvorschriften	2
B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen	2
1. Zivilrechtsstreitigkeit	2
2. Streitwert	2
3. Vorinstanz	2
4. Beschwerdelegitimation	2
5. Parteivertretung	2
II. TATSÄCHLICHES	3
III. MATERIELL-RECHTLICHES	4
A. Angefochtene Punkte des kantonalen Entscheides	4
B. Begründung der Begehren des Beschwerdeführers.....	4
1. Erbvertrag.....	4
a) Errichtung.....	4
b) Abgrenzung Anfechtbarkeit – Nichtigkeit.....	6
c) Klage aus Erbvertrag.....	7
d) Eventualiter: Konversion in öffentliche letztwillige Verfügung.....	7
2. Testament vom 26. Januar 2014.....	9
a) Eigenhändiges Testament	9
b) Auslegung des unklaren Testaments.....	9

c)	Abgrenzung Bedingung – Auflage	9
d)	Gesetzliche Erbfolge infolge Nichterfüllung der Bedingung	10
e)	Beachtung inhaltlicher Schranken	11
aa)	Keine unsittliche Bedingung	11
bb)	Keine unsinnige Bedingung	12
f)	Ungültigkeit der mit der Bedingung verknüpften Begünstigung	13
g)	Ungültigkeit der mit der Auflage verknüpften Begünstigung	13
h)	Keine Anwendung der clausula rebus sic stantibus	14
3.	Eventualbegehren	16
a)	Einsetzung je zur Hälfte	16
b)	Anspruch auf den Pflichtteil nach Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907)	16
aa)	Geschwisterpflichtteil	17
bb)	Gewährung des ursprünglichen Geschwisterpflichtteils	17
c)	Kein Pflichtteil für Konkubinatspartner	18
d)	Zuteilung von Nachlassgegenständen	18
aa)	Keine Anwendung von Art. 612a Abs. 1 ZGB	19
bb)	Gerichtliche Zuteilungskompetenz	19

LITERATURVERZEICHNIS

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung - Nachlassabwicklung - Willensvollstreckung - Prozessführung - Internationales Privatrecht - Steuerrecht, 3. Auflage, Basel 2015 (zit.: PraxKomm ErbR-BEARBEITER/IN)
- AEBI-MÜLLER REGINA E./WIDMER CARMEN, Die nichteheliche Gemeinschaft im schweizerischen Recht, in: Jusletter 12. Januar 2009 (zit.: AEBI-MÜLLER/WIDMER)
- BAUMANN LORENZ, Von grauen und farbigen Brunnen, die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen, in: successio 2010, S. 241 ff. (zit.: BAUMANN)
- BOLLIGER GIERI, Die Tötung von Tieren aus Verhaltensgründen aus rechtlicher Sicht, Zusammenfassung des Referats am „VETS 2011“, 2011 (zit.: BOLLIGER)
- BREITSCHMID PETER, Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata – rechtsvergleichend - de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments, in: Zürich Studien zum Privatrecht, Zürich 1982 (zit.: BREITSCHMID, Formvorschriften)
- BREITSCHMID PETER, Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, in: St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bern 1991 (zit.: BREITSCHMID)
- BREITSCHMID PETER/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: BREITSCHMID et al.)
- BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Zürich 2012 (zit.: BRÜCKNER/WEIBEL)
- BÜCHLER ANDREA, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: RUMO-JUNGO ALEXANDRA/PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, S. 59 ff. (zit.: BÜCHLER)
- BÜCHLER ANDREA/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Auflage, Basel 2017 (zit.: KUKO ZGB-BEARBEITER/IN)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002 (zit.: DRUEY)
- EGGEL MARTIN, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, AJP 2018, S. 407 ff. (zit.: EGGEL)

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER/IN)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: HRUBESCH-MILLAUER)
- HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, in: ZBJV 103/1967, S. 249 ff. (zit.: HUBER)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), ZGB, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, 2016 (zit.: OFK ZGB-BEARBEITER/IN)
- LÜDI MICHAEL, Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Universität Zürich 2016, in: ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 272, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: LÜDI)
- MOOSER MICHEL, La participation des parties et le principe de l'unité de l'acte dans la procédure ordinaire d'instrumentation des actes de déclaration, in: RNRF 86/2005, S. 73 ff. (zit.: MOOSER)
- MÜLLER FRANZ, Die erbrechtliche Auflage im Testament, Diss. Universität Zürich 1961 (zit.: MÜLLER)
- SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Zürich 2017 (zit.: SEILER)
- UFFER-TOBLER BEATRICE, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Universität Zürich, Bern 1982 (zit.: UFFER-TOBLER)
- WEIMAR PETER, Berner Kommentar ZGB, Die Erben: Die gesetzlichen Erben / Die Verfügung von Todes wegen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit.: BK ZGB-BEARBEITER/IN)
- WOLF STEPHAN, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, in: ZBJV 143/2007, S. 301 ff. (zit.: WOLF)
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, 1. Teil, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel 2012 (zit.: WOLF/GENNA)
- WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017 (zit.: WOLF/HRUBESCH-MILLAUER)

Namens und im Auftrag des Beschwerdeführers stellen die Unterzeichnenden nachfolgende

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 10. Oktober 2018 aufzuheben.
2. Die letztwillige Verfügung des Edouard Egger, †Herbst 2016, zuletzt wohnhaft in Bern, vom 26. Januar 2014, verfasst in Bern, sei ungültig zu erklären und es sei dem Beschwerdeführer der gesamte Nachlass zuzuweisen.
3. Eventualiter sei gerichtlich festzustellen, dass der Beschwerdeführer zur Hälfte am Nachlass beteiligt ist.
4. Subeventualiter sei gerichtlich festzustellen, dass der Beschwerdeführer zu einem Viertel am Nachlass beteiligt ist.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdegegnerin.

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen

1. Anfechtungsobjekt

1. Anfechtungsobjekt bildet der Endentscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 10. Oktober 2018. Dieser ist ein taugliches Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 90 BGG (SR 173.110).

2. Beschwerdegründe

2. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern verletzt nach Ansicht des Beschwerdeführers Bundesrecht, weshalb ein zulässiger Beschwerdegrund nach Art. 95 lit. a BGG besteht.

3. Beschwerdefrist

3. Mit der Einreichung der Beschwerdeschrift am 5. November 2018 wird die 30-tägige Beschwerdefrist nach Art. 100 Abs. 1 BGG gewahrt.

4. Formvorschriften

4. Die vorliegende Beschwerdeschrift entspricht den Formerfordernissen von Art. 41 Abs. 1 BGG. Die Auslegung einer Verfügung von Todes wegen prüft das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung frei, sodass das qualifizierte Rügeprinzip im Sinne von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht einschlägig ist.¹

B. Besondere Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen

1. Zivilrechtsstreitigkeit

5. In vorliegender Sache handelt es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit. Der Beschwerdeführer erhebt demnach das ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 Abs. 1 BGG.

2. Streitwert

6. Der Streitwert beläuft sich vorliegend auf die Höhe des Gesamtnachlasses des Erblassers von insgesamt CHF 5'000'000.00. Die Streitwertgrenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG wird demnach eindeutig überschritten.

3. Vorinstanz

7. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern stellt ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid im Sinne von Art. 75 BGG dar.

4. Beschwerdelegitimation

8. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Zudem wird er durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Die Anforderungen nach Art. 76 Abs. 1 lit. a und b BGG sind somit erfüllt.

5. Parteivertretung

9. Die Unterzeichnenden sind zur Vertretung des Beschwerdeführers vor Bundesgericht im Sinne von Art. 40 Abs. 1 BGG gehörig bevollmächtigt. Die Vollmacht liegt bereits in den Akten.

¹ BGE 120 II 182, E. 2 a); 131 III 106, E. 2; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, N 59.

II. TATSÄCHLICHES

10. Im Herbst 2016 verstarb der 1940 geborene, kinderlose Erblasser Edouard Egger. Der einzige noch lebende Verwandte ist sein Bruder, der 1945 geborene Beschwerdeführer Bernard Egger. Er hinterlässt seine Lebenspartnerin, die Beschwerdegegnerin Valérie Vuichard. Die beiden lebten seit fast zwanzig Jahren in einer eheähnlichen Gemeinschaft in der Wohnung des Erblassers in Bern, wobei sie manch ein Aussenstehender lediglich für Mitbewohner hielt. Im Jahre 2013 schaffte sich der Verstorbene einen Schäferhund namens Tesoro an.
11. Der Nachlass beläuft sich auf ein Nettovermögen von CHF 5'000'000.00. Dazu gehört unter anderem eine Wohnung in der Berner Altstadt.
12. Aufgrund der Scheidung des Erblassers von seiner damaligen Frau und des Todes der Eltern im Jahre 1981 hatten die Egger-Brüder ein sehr enges Verhältnis. So verbrachten beide auch viel Zeit miteinander. Im Jahre 1983 errichteten die beiden Brüder daher einen Erbvertrag mit folgendem Inhalt: „Die Parteien verfügen wie folgt:
 1. Herr Edouard Egger setzt Herrn Bernard Egger als Alleinerben seines Nachlasses ein.
 2. Herr Bernard Egger setzt Herrn Edouard Egger als Alleinerben seines Nachlasses ein.“
13. Der Beschwerdeführer konnte spontan aus beruflichen Gründen bei der Beurkundung am 15. Juni 1983 nicht anwesend sein. Die Brüder beschlossen im telefonisch hergestellten Einvernehmen, dass das Beurkundungsverfahren zunächst nur mit dem Verstorbenen durchgeführt werden soll. Aus diesem Grund forderten sie den Notar auf, die Beurkundung schnellstmöglich vorzunehmen. Die Beurkundung des Erbvertrags erfolgte daraufhin am 15. Juni 1983 mit dem Verstorbenen alleine. Eine Woche später, am 22. Juni 1983, erfolgte die Beurkundung mit dem Beschwerdeführer.
14. Am 26. Januar 2014 verfasste der Verstorbene folgendes handschriftliches Testament: „Mein grösster Wunsch ist es, mit meinem lieben Tesoro gemeinsam die ewige Ruhe zu finden. Mein Hab und Gut soll meiner langjährigen Freundin Valérie zustehen, sofern diese darum besorgt ist, dass Tesoro eingeschläfert und mit mir zusammen beerdigt wird. Mein Bruder und treuer Weggefährte Bernard soll aber immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten. Das ist mein letzter Wille. (...)“
15. Dieses Testament führte bei der Beschwerdegegnerin zu Entsetzen, da sie ihre anfängliche Skepsis gegenüber Tesoro abgelegt hatte. Sie nahm den Hund deshalb bei sich auf und beschloss für ihn zu sorgen. Der Verstorbene wurde daraufhin ohne seinen Hund bestattet.

16. Aufgrund der unklaren Erbenstellung wurde noch kein Erbenschein ausgestellt. Die zuständige Behörde der Stadt Bern ordnete deshalb eine Erbschaftsverwaltung an.
17. Mit seinem Urteil vom 10. Oktober 2018 erkannte das Obergericht des Kantons Bern, dass der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte Erben von Edouard Egger sind. Weiter hat das Obergericht entschieden, dass die Zuweisung einzelner Nachlassgegenstände – wie namentlich der in casu strittigen Wohnung – nicht in der Kompetenz des Gerichtes liege. Sollten sich die Parteien über die Verteilung der Erbschaftsobjekte nicht einigen können, so sei diesbezüglich vielmehr ein Zufallsentscheid mittels Losziehung zu treffen.

III. MATERIELL-RECHTLICHES

A. Angefochtene Punkte des kantonalen Entscheides

18. Das Obergericht des Kantons Bern anerkannte im Urteil vom 10. Oktober 2018, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte Erben des Verstorbenen sind.
19. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass der Beschwerdegegnerin eine Erbenstellung zukommt.

B. Begründung der Begehren des Beschwerdeführers

1. Erbvertrag

a) Errichtung

20. Ein Erbvertrag ist gemäss Art. 494 ZGB (SR 210) ein vertragliches Rechtsgeschäft von Todes wegen, bei welchem bindende Anordnungen für den Todesfall getroffen werden.² Verfügen beide Parteien von Todes wegen, liegt ein beidseitiger Erbvertrag vor.³ Er bedarf zur Gültigkeit zwingend der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung (Art. 512 Abs. 1 i.V.m. Art. 499 ZGB), das heisst er muss öffentlich beurkundet werden. Nach Art. 512 Abs. 2 ZGB haben die Vertragsschliessenden dem Beamten gleichzeitig ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben. Die Willensäusserungen müssen demnach in einem Akt abgegeben werden.⁴ Der Grundsatz der Einheit des Aktes bezweckt, dass die Vertragsparteien vom genauen Ver-

² WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 502.

³ BK ZGB-WEIMAR, Art. 512 N 4.

⁴ BGE 60 II 269, E. 1; PraxKomm ErbR-GRUNDMANN, Art. 512 N 13.

tragsinhalt Kenntnis nehmen und sich der Notar davon überzeugen kann, dass der zu beurkundende Vertrag dem Willen der Parteien entspricht.⁵

21. Die Brüder vereinbarten den Beurkundungstermin am 15. Juni 1983. Da der Beschwerdeführer an diesem Tag aber spontan geschäftlich verhindert war, haben sich die Brüder telefonisch darauf geeinigt, dass das Beurkundungsverfahren zunächst nur mit dem Erblasser durchgeführt werden soll. Dieses Begehren haben beide Brüder dem Notar mitgeteilt und ihn entsprechend zur sofortigen Vornahme der Beurkundung angewiesen.
22. Aufgrund dieser mündlichen übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Brüder und deren Mitteilung gegenüber dem Notar liegt eine gleichzeitige Willensäußerung vor. In der heutigen Zeit muss auch eine telefonische Konsensmitteilung genügen, eine gleichzeitige Anwesenheit ist in diesem Fall obsolet. Gefordert wird nämlich nicht, dass sich die Erbvertragsparteien beim Notar sehen, sondern dass die Zeugen die Willenserklärungen der Parteien und die Ausführungen der Beurkundungsperson wahrnehmen.⁶ Möglich ist beispielsweise auch ein Paravent als Trennvorrichtung, falls sich die Parteien nicht sehen wollen.⁷ Zudem sollen die Vertragsschliessenden vom Zustandekommen des Vertrages Kenntnis nehmen.⁸ Zwischen den Brüdern bestand unbestritten Konsens, den sie gegenüber dem Notar zum Ausdruck brachten. Ferner konnten die Zeugen die Parteien je separat, am 15. bzw. 22. Juni 1983, als Erblasser wahrnehmen.
23. Insbesondere verlangt der Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB keine gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vor dem Notar, sondern lediglich eine gleichzeitige Willenserklärung. Die Parteien verfügten klarerweise im Einvernehmen und der Erbvertrag wurde vor dem Notar und den Zeugen vorschriftsgemäss unterschrieben.
24. Das Argument der Beschwerdegegnerin, es sei zwingend eine gleichzeitige Anwesenheit beim Notar erforderlich, ist nicht zu hören. Gerade vor dem Hintergrund der Auslegung der Formvorschriften wäre eine Abmilderung der Formalitäten zwingend angezeigt, sofern es mit deren Zweck vereinbar ist.⁹ Ziel der öffentlichen Beurkundung ist es, dass die Parteien vor einem übereilten Vertragsschluss geschützt werden und sich der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst werden.¹⁰

⁵ MOOSER, S. 75.

⁶ BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 5; HUBER, S. 277 f.

⁷ BK ZGB-WEIMAR, Art. 512 N 8; BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 5.

⁸ BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 5; HUBER, S. 277 f.

⁹ BK ZGB-WEIMAR, Vorbemerkungen zu Art. 498 N 7; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 5; SEILER, N 699.

¹⁰ BGE 118 II 273, E. 5.a).

25. Wie bereits ausgeführt, müssen daher auch die gleichzeitigen telefonischen Willensäusserungen und die separat geführten Beurkundungsvorgänge dem Zweck der Formvorschriften genügen, solange sichergestellt ist, dass die Parteien keinen übereilten Entschluss treffen. Auf die gleichzeitige physische Anwesenheit kommt es folglich nicht an.
26. Alle Formalitäten des Beurkundungsverfahrens wurden an beiden Terminen vollumfänglich eingehalten. Der Erbvertrag ist somit gültig zustande gekommen. Die beiden Brüder haben sich dadurch in verbindlicher Weise gegenseitig als Alleinerben eingesetzt.

b) Abgrenzung Anfechtbarkeit – Nichtigkeit

27. Falls das Gericht wider Erwarten von einem Formmangel ausgeht, so ist der Erbvertrag nicht per se nichtig, sondern es bedarf der Geltendmachung der Ungültigkeit.¹¹ Es gilt der Grundsatz der Anfechtbarkeit von Verfügungen von Todes wegen.¹² Gemäss Art. 520 Abs. 1 ZGB muss eine Verfügung, die an einem Formmangel leidet, für ungültig erklärt werden. Nichtigkeit soll nur in Extremfällen eintreten.¹³ So zum Beispiel bei fehlendem Testierwillen¹⁴ oder bei Verfügungen, die inhaltlich unter keine erbrechtliche Verfügungsart subsumiert werden können.¹⁵ Nach dem Bundesgericht sollen jedoch auch schwerwiegende Formmängel, wie beispielsweise handgeschriebene Erbverträge, lediglich zur Anfechtbarkeit des Erbvertrags führen.¹⁶
28. Vorliegend geht es zu weit, vom Grundsatz der Anfechtbarkeit abzuweichen und Nichtigkeit anzunehmen. Formwidrige Willenserklärungen betreffend den Nachlass sind nur nichtig, wenn gar kein Verpflichtungswille des Erblassers ersichtlich ist.¹⁷ Der Wille beider Parteien letztwillig zu verfügen, liegt aber zweifelsohne vor. Die Beurkundungsvorgänge entsprechen ferner beide den Formvorschriften der öffentlichen letztwilligen Verfügung nach Art. 499 ff. ZGB, die gemäss Art. 512 Abs. 1 ZGB auch für die Errichtung eines Erbvertrags gelten. Entgegen dem gegnerischen Vorbringen erreicht der Mangel deshalb nicht die erforderliche Schwere zur Annahme der Nichtigkeit.
29. Dies wird umso deutlicher, als dass der Notar für den Formfehler verantwortlich ist. Die beiden Brüder – beides juristische Laien – waren sich dessen gar nicht bewusst. Es kann und darf ihnen deshalb nicht zu Nachteil gereichen. Nichtigkeit des Erbvertrags anzunehmen, wäre unter diesen Umständen offensichtlich unhaltbar.

¹¹ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 923.

¹² DRUEY, §12 N 39.

¹³ PraxKomm ErbR-ABT, Art. 519 N 5; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 972.

¹⁴ BREITSCHMID, S. 63; SEILER, N 781.

¹⁵ PraxKomm ErbR-ABT, Art. 519 N 7.

¹⁶ BGE 89 II 87, E. 3; 113 II 270, E. 3.

¹⁷ BGE 113 II 270, E. 3.a.; SEILER, N 781.

30. Der Erbvertrag ist somit nichtichtig.

c) Klage aus Erbvertrag

31. Widerspricht eine nach Abschluss des Erbvertrags errichtete letztwillige Verfügung dem Inhalt des Erbvertrags, so ist sie nach Art. 494 Abs. 3 ZGB anfechtbar. Der Erblasser hat in diesem Fall aufgrund Nichtbeachtung des Erbvertrags seine Verfügungsbefugnis überschritten.¹⁸ Es handelt sich um einen der Herabsetzungsklage nachgebildeten Rechtsbehelf.¹⁹ Die Bestimmungen über die Herabsetzungsklage sind analog anwendbar.²⁰ Die nach Vertragsabschluss errichtete letztwillige Verfügung ist insoweit anfechtbar, als dass sie mit dem Vertrag unvereinbar ist.²¹ Aufgehoben werden sämtliche mit dem Erbvertrag unvereinbare Verfügungen von Todes wegen.²² Die gleichzeitige Erhebung der Ungültigkeitsklage ist nur möglich, wenn die mit dem Erbvertrag unvereinbare Verfügung von Todes wegen mangelbehaftet im Sinne von Art. 519 ZGB ist.²³

32. Der fristgerecht erhobenen Anfechtungsklage gemäss Art. 494 Abs. 3 i.V.m. Art. 533 Abs.1 ZGB ist stattzugeben, denn das Testament vom 26. Januar 2014 widerspricht diametral der Alleinerbeneinsetzung des Beschwerdeführers im zeitlich früher errichteten Erbvertrag (vgl. Rz. 14 und 25). Das Testament ist deshalb anfechtbar und als Ganzes aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist und bleibt somit Alleinerbe.

d) Eventualiter: Konversion in öffentliche letztwillige Verfügung

33. Falls der Erbvertrag als ungültig erachtet und für ungültig erklärt wird, stellt sich die Frage nach der Konversion des Erbvertrags in zwei öffentliche letztwillige Verfügungen.

34. Voraussetzungen für eine Konversion sind einerseits das Vorliegen eines Formmangels und die Erfüllung aller Form- und Gültigkeitsvorschriften eines anderen Rechtsgeschäfts. Andererseits müssen die Beteiligten objektiv betrachtet und nach ihrem mutmasslichen Willen der Umwandlung zugestimmt haben, weil das formgültige Rechtsgeschäft einen ähnlichen Zweck wie das ungültige Rechtsgeschäft verfolgt.²⁴ Die gegenseitige Bindung an ihre Verfügung darf nicht so entscheidend gewesen sein, dass die Parteien ihre Verfügungen bei Fehlen einer solchen nicht aufrecht erhalten wollten.²⁵

¹⁸ BK ZGB-WEIMAR, Art. 494 N 13.

¹⁹ BGE 101 II 305, E. 3b.

²⁰ BREITSCHMID et al., Kapitel 3 N 70.

²¹ BGE 101 II 305, E. 3b.

²² HRUBESCH/MILLAUER, N 590.

²³ BRÜCKNER/WEIBEL, N 99b.

²⁴ PraxKomm ErbR-ZEITER, Vorbemerkungen zu Art. 467 ff. N 49; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 316.

²⁵ BGE 46 II 11, E. 4.

35. Kommt das Gericht zum Schluss, dass die gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsschliessenden vor dem Notar zwingend ist, leidet der Erbvertrag an einem Formmangel. Gleichzeitig sind aber alle formellen Voraussetzungen der öffentlichen letztwilligen Verfügung nach Art. 499 ff. ZGB erfüllt: Der Notar hat das in Art. 499 f. ZGB geregelte Beurkundungsverfahren korrekt durchgeführt und die gemäss Art. 501 Abs. 2 ZGB notwendigen zwei Zeugen waren anwesend.
36. Ein gemeinschaftliches Testament liegt vor, wenn mindestens zwei Erblasser letztwillig in der gleichen Urkunde verfügen, wobei die einzelnen Anordnungen eindeutig dem jeweiligen Verfasser zugeordnet werden können.²⁶ Gegenseitig ist das Testament dann, wenn sich die Erblasser beispielsweise je zum Erben einsetzen und damit ein inhaltlicher Zusammenhang vorliegt. Dies heisst aber noch nicht, dass die Verfügungen auch wechselseitig beziehungsweise korrespektiv sind.²⁷ Unzulässig ist nämlich nur die Errichtung von zwei letztwilligen Verfügungen, bei welchen die Wirksamkeit der einen Verfügung von der Wirksamkeit der anderen abhängt.²⁸
37. Die beiden Brüder verfügen in der gleichen Urkunde letztwillig. Die Anordnungen sind aufgrund der Formulierung und Nummerierung klar dem Verstorbenen oder seinem Bruder zuzuordnen. Eine inhaltliche Abstimmung liegt vor. Dem Wortlaut der Urkunde ist aber keine Verknüpfung oder Bedingung zu entnehmen. Beide Parteien wurden über Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen belehrt. Hätten sie die Alleinerbeneinsetzung voneinander abhängig machen wollen, so hätte sich das im Wortlaut der Urkunde niederschlagen müssen. Dies gerade auch deshalb, weil der Vertragswortlaut durch den Notar bestimmt wurde und nicht durch juristische Laien. Korrespektivität ist somit zu verneinen.
38. Mit der Konversion wird der Beschwerdeführer als Alleinerbe eingesetzt, was dem Ziel des Erbvertrages klarerweise entspricht. Aufgrund des sehr engen Verhältnisses der Brüder liegt die Umwandlung auch in ihrem mutmasslichen Willen, wollten sie einander doch vollumfänglich begünstigen. Die gegenseitige Bindung stand dabei nicht im Vordergrund, primäres Ziel war die Begünstigung.
39. Aus diesen Gründen ist die Konversion des Erbvertrags in zwei öffentliche letztwillige Verfügungen zulässig.

²⁶ WOLF/GENNA, S. 178; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 462.

²⁷ BREITSCHMID, Formvorschriften, Nr. 659.

²⁸ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 464.

2. Testament vom 26. Januar 2014

a) Eigenhändiges Testament

40. Eine letztwillige Verfügung nach Art. 505 Abs. 1 ZGB muss vom Erblasser von Anfang bis zum Ende eigenhändig verfasst, datiert und unterschrieben werden.
41. Das Testament vom 26. Januar 2014 erfüllt die oben genannten Formvoraussetzungen.

b) Auslegung des unklaren Testaments

42. Bei der Testamentsauslegung gilt das Willensprinzip, das heisst es muss ermittelt werden, was der Erblasser anordnen wollte.²⁹ Der Wortlaut ist primäres, aber nicht einziges Auslegungsmittel. Ist der Wortlaut klar, entfallen weitere Abklärungen.³⁰ Ist der Wortlaut jedoch unklar und werden Testamentsbestimmungen im einen oder anderen Sinne verstanden, dürfen Beweismittel ausserhalb der Testamentsurkunde herbeigezogen werden.³¹ Nach der Andeutungstheorie müssen aussertestamentarische Elemente aber zumindest andeutungsweise in der Verfügung selbst vorhanden sein.³²

c) Abgrenzung Bedingung – Auflage

43. Nach Art. 482 Abs. 1 ZGB kann ein Erblasser seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen. Mit einer Bedingung will der Erblasser den Bestand oder Nichtbestand einer Verfügung von Todes wegen vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig machen. Mit einer Auflage will der Erblasser den Beschwerten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten.³³ Ob im Einzelfall eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei dabei keine Vermutung gilt.³⁴
44. Nachfolgend wird dargelegt, dass die vom Erblasser verwendete Formulierung im Testament zweifellos als Bedingung angesehen werden muss.
45. Für eine Bedingung spricht die Verwendung des Wortes „wenn“, sodass die Abhängigkeit der Verfügung vom Sachverhalt zum Ausdruck kommt. Die Verwendung des Wortes „als“ spricht eher für eine Zweckbestimmung der Verfügung und damit für eine Auflage. Das Fehlen einer Frist für die Erfüllung ist lediglich ein Indiz für eine Auflage.³⁵

²⁹ BK ZGB-WEIMAR, Vorbemerkungen zu Art. 481 N 9.

³⁰ statt vieler: BGE 132 III 106, E. 1.1.

³¹ BGE 115 II 323, E. 1b.

³² BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 303.

³³ PraxKomm ErbR-LIATOWITSCH/SCHÜRSMANN, Art. 482 N 1.

³⁴ BGE 120 II 182, E. 2c.

³⁵ BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 1.

46. Bei einer Bedingung entscheidet der Eintritt oder Ausfall der Bedingung ipso iure über die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäftes. Im Gegensatz dazu greifen die Wirkungen der Verfügung bei einer Auflage vorbehaltlos und fallen auch nicht dahin, wenn der Auflage nicht Folge geleistet wird.³⁶ Die Erfüllung der Auflage kann auch erzwungen werden, wohingegen die Bedingung auf der Freiwilligkeit der Beschwerten beruht. Die Bedingung ist zudem eine Nebenbestimmung, die die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Verfügung von Todes wegen ihre Wirkung entfalten soll.³⁷
47. Im vorliegenden Testament lässt der Erblasser sein Hab und Gut der Beschwerdegegnerin zukommen, „sofern“ diese darum besorgt ist, dass sein Hund eingeschläfert und mit ihm zusammen beerdigt wird. „Sofern“ wird als „vorausgesetzt, dass“ verstanden, wobei als Synonyme „falls“ und „wenn“ gelten. Mit der Verwendung des Wortes „sofern“ macht der Erblasser die Erbenstellung der Beschwerdegegnerin davon abhängig, ob sie den Wunsch des Erblassers erfüllt oder nicht. Damit wirkt das Testament erst, wenn das vom Erblasser Verlangte eintritt. Es besteht keine vorbehaltlose Begünstigung durch das Testament. Die Einschläferung des Hundes und die gemeinsame Bestattung sind dabei zweifellos ein zukünftiges, ungewisses Ereignis. Ob die Beschwerdegegnerin den Wunsch des Erblassers erfüllt, ist ihr dabei freigestellt.
48. Zudem enthält die Bestimmung eine implizite zeitliche Befristung: Die Beschwerdegegnerin soll nämlich den Hund zusammen mit dem Erblasser beerdigen. Folglich ist der Wunsch des Erblassers zwar nicht konkret datiert, kann jedoch nicht endlos lang erfüllt werden. Ist der Erblasser einmal beerdigt, kann eine gemeinsame Bestattung mit dem Hund nicht mehr stattfinden. Dies spricht klar für eine Bedingung und gegen eine Auflage.
49. Nach dem klaren Wortlaut ist die Testamentsbestimmung damit als Bedingung anzusehen.

d) Gesetzliche Erbfolge infolge Nichterfüllung der Bedingung

50. Von einer Suspensivbedingung im Sinne von Art. 151 ff. OR (SR 220) spricht man, wenn die Rechtswirkungen der Verfügung von Todes wegen erst mit dem Eintritt oder dem definitiven Ausbleiben eines bestimmten Ereignisses eintreten sollen.³⁸ Ein eingesetzter Erbe wird damit erst mit Eintritt der Bedingung zum Erben.³⁹ Tritt das ungewisse Ereignis nicht ein, fällt die Anwartschaft auf die Begünstigung dahin.⁴⁰ Es liegt keine

³⁶ MÜLLER, S. 143.

³⁷ UFFER-TOBLER, S. 33 ff.

³⁸ LÜDI, S. 277.

³⁹ PraxKomm ErbR-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 8.

⁴⁰ LÜDI, S. 294.

Unmöglichkeit, sondern der Ausfall der Bedingung vor, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der Eintritt der Bedingung erst im Erbgang unmöglich wird.⁴¹

51. Die Beschwerdegegnerin hätte vorliegend den Hund einschläfern und zusammen mit dem Erblasser beerdigen sollen. Stattdessen hat sie jedoch den Hund bei sich aufgenommen und den Erblasser alleine bestatten lassen. Die Bedingung ist damit offensichtlich nicht erfüllt worden und kann auch nicht mehr nachträglich erfüllt werden. Folglich hat die Beschwerdegegnerin keine Erbenstellung erlangt und kann diese auch nicht mehr erlangen.
52. Im Testament vom 26. Januar 2014 wird neben der Beschwerdegegnerin auch der Beschwerdeführer begünstigt. Dieser soll „immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten“. Nach der gesetzlichen Erbfolge – auf welche der Erblasser im Testament verweist – tritt der Beschwerdeführer an Stelle der vorverstorbenen Eltern der Egger Brüder (Art. 458 Abs. 3 ZGB). Der Beschwerdeführer hat somit als einziger noch lebender Verwandter Anspruch auf die ganze Erbschaft.
53. Der Beschwerdeführer ist folglich sowohl nach der gesetzlichen Erbfolge als auch nach dem Testament Alleinerbe.

e) Beachtung inhaltlicher Schranken

aa) Keine unsittliche Bedingung

54. Nach Art. 482 Abs. 2 ZGB machen unsittliche Auflagen oder Bedingungen die Verfügung ungültig. Eine Bedingung ist sittenwidrig, wenn sie gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die ethischen Prinzipien der Gesamtrechtsordnung verstösst.⁴² Dies wäre der Fall, wenn weitgehend in die Freiheit des Beschwerten eingegriffen werden würde.⁴³
55. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin liegt Sittenwidrigkeit vor. Dem ist dezidiert zu widersprechen. Gemäss Art. 641a ZGB sind Tiere zwar keine Sachen, werden rechtlich aber als solche behandelt. Der Eigentümer des Tieres kann grundsätzlich frei über sein Haustier verfügen und daher auch jederzeit eine Euthanasie anordnen.⁴⁴ Es war der grösste Wunsch des Erblassers mit seinem Hund bestattet zu werden, weshalb aus seiner Sicht ein legitimes Interesse besteht. Auf Befindlichkeiten Aussenstehender muss dabei

⁴¹ BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 119.

⁴² BGE 136 III 474, E. 3.

⁴³ UFFER-TOBLER, S. 107.

⁴⁴ BOLLIGER, S. 1.

keine Rücksicht genommen werden. Folglich ist es nicht sittenwidrig, dass der Erblasser bestimmt hat, dass Tesoro mit ihm beerdigt werden soll.

56. In die Freiheit der Beschwerdegegnerin wird zudem nicht in übermässiger Weise eingegriffen. Es ist nachvollziehbar, dass die Euthanasie des Hundes keine leichte Aufgabe für die Beschwerdegegnerin ist. Gleichzeitig hat aber auch der Verstorbene das Recht, dass sein letzter Wunsch erfüllt wird. Der Eingriff kann also keinesfalls übermässig sein.

bb) Keine unsinnige Bedingung

57. Nach Art. 482 Abs. 3 ZGB werden lästige oder unsinnige Auflagen oder Bedingungen als nicht vorhanden betrachtet. Unsinnig sind Bedingungen dann, wenn ihnen auch auf dem Wege der Auslegung kein Sinn abgewonnen werden kann. Mit anderen Worten, wenn sie widersprüchlich oder unverständlich sind oder keinen objektiv nachvollziehbaren Zweck enthalten.⁴⁵ Sinnlosigkeit wird bei einer Auflage nur in absoluten Extremfällen angenommen. Noch grössere Zurückhaltung ist geboten, wenn eine Bedingung als sinnlos qualifiziert wird, da deren Erfüllung vom Willen des Begünstigten abhängt. Die Auslegung des Erblasserwillens und die objektive Betrachtung der Bedingung müssen kumulativ ergeben, dass die Bedingung völlig sinnlos erscheint. Ist sie bloss für Aussenstehende unsinnig, reicht dies nicht aus. Zusätzlich muss die Bedingung den Beschwerzten sinnlos belästigen. Im Rahmen des Gesetzes sind eigenartige Wünsche des Erblassers anzuerkennen.⁴⁶
58. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin im bisherigen Prozess liegt keine unsinnige Bedingung vor. Der Erblasser selbst hat den Hund drei Jahre vor seinem Tod angeschafft. Die Beschwerdegegnerin war Hunden gegenüber hingegen sehr skeptisch eingestellt. Der grösste Wunsch des Erblassers war es, mit seinem Hund gemeinsam die ewige Ruhe zu finden. Dies ist gut nachvollziehbar, ist ein Hund doch oft ein treuer Wegbegleiter und guter Freund eines Menschen. Auch war der Erblasser offensichtlich um die Fürsorge des Hundes besorgt, da die Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Skepsis gegenüber Hunden im Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahre 2014 sicher nicht als Betreuerin in Frage kam. Es ist daher nicht völlig unverständlich, weshalb der Erblasser gemeinsam mit seinem Haustier, zu dem er eine starke emotionale Beziehung aufgebaut hatte, bestattet werden wollte. Es mag zwar zutreffen, dass die Einschläferung des Hundes für die Beschwerdegegnerin keine leichte Aufgabe ist. Doch nur so kann dem nachvollziehbaren letzten Wunsch des Erblassers entsprochen werden. Den erblasserischen Willen gilt es zu respektieren, auch wenn dieser für Aussenstehende eigenartig erschei-

⁴⁵ BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 113; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 43.

⁴⁶ LÜDI, S. 178 f. und 308.

nen mag. Unter Würdigung aller Umstände ist es nicht angebracht, den erblasserischen Willen zu ignorieren. Die vorliegende Bedingung ist somit nicht unsinnig.

f) Ungültigkeit der mit der Bedingung verknüpften Begünstigung

59. Falls die Bestimmung im Testament vom 26. Januar 2014, entgegen unserer Auffassung, als sittenwidrig qualifiziert wird, so ist die mit der Bedingung verknüpfte Begünstigung der Beschwerdegegnerin als Ganzes ungültig. Aufgrund der gesetzlichen Erbfolge ist der Beschwerdeführer somit Alleinerbe.
60. Eine unsittliche Bedingung macht nach Art. 482 Abs. 2 ZGB die Verfügung von Todes wegen ungültig, das heisst nach dem Wortlaut fällt die gesamte mit der Bedingung verknüpfte Begünstigung dahin.⁴⁷ In der Lehre wird zwar die Meinung vertreten, dass Art. 482 Abs. 2 ZGB enger auszulegen ist und bloss die Vermutung besteht, dass die gesamte Verfügung von Todes wegen ungültig ist. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden, wenn nach Auslegung des erblasserischen Willens die Begünstigung auch ohne die sittenwidrige Bedingung verbleiben soll.⁴⁸ Für diesen Gegenbeweis braucht es keine besonderen Anforderungen.⁴⁹ Der Nachweis, dass die Begünstigung trotz Wegfall der Bedingung erhalten werden soll, ist bei Suspensivbedingungen nur schwer zu erbringen. Diese zeichnet sich ja gerade durch ihre Verknüpfung der Begünstigung mit der Bedingung aus.⁵⁰
61. Der Erblasser hat die Erbenstellung der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Testament gerade davon abhängig gemacht, dass sie den Hund einschläfern und gemeinsam mit ihm bestatten lässt. Es liegt eine Suspensivbedingung vor (vgl. Rz. 49). Damit entspricht eine Teilungültigkeit nicht dem erblasserischen Willen. Folglich greift die Vermutung, wonach die gesamte Begünstigung der Beschwerdegegnerin im Testament ungültig ist.
62. Damit treten die oben genannten Rechtsfolgen ein (vgl. Rz. 51). Der Beschwerdeführer ist aufgrund der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe.

g) Ungültigkeit der mit der Auflage verknüpften Begünstigung

63. Falls die Bestimmung im vorliegenden Testament, entgegen unserer Meinung, als unsittliche Auflage qualifiziert wird, so ist auch hier die mit der Auflage verknüpfte Begünstigung der Beschwerdegegnerin als Ganzes ungültig.

⁴⁷ BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 76; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 33; LÜDI, S. 96.

⁴⁸ BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 85; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 34; WOLF/GENNA, S. 321; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 792.

⁴⁹ OFK ZGB-STUDHALTER, Art. 482 N 15.

⁵⁰ BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 35.

64. Bei einer sittenwidrigen Auflage gilt wie bei einer sittenwidrigen Bedingung (vgl. Rz. 59) die widerlegbare Vermutung, dass die gesamte Verfügung von Todes wegen dahinfällt.⁵¹ Möchte der Erblasser, dass nur die Auflage dahinfällt, muss er dies in der Verfügung zum Ausdruck bringen. Dieser Wille muss somit in der Verfügung zumindest andeutungsweise vorhanden sein.⁵²
65. Im Testament bringt der Erblasser zuerst klar zum Ausdruck, dass es sein grösster Wunsch ist, mit seinem Hund gemeinsam die ewige Ruhe zu finden. Erst danach, nämlich im zweiten Satz, spricht er der Beschwerdegegnerin als Begünstigte mit der Auflage sein Hab und Gut zu. Mit der Auflage will er sicherstellen, dass die Beschwerdegegnerin auch tatsächlich seinen Wunsch erfüllt. Die Begünstigung der Beschwerdegegnerin soll gewährleisten, dass sich überhaupt jemand um die gemeinsame Bestattung mit dem Hund kümmert. Der Erblasser hätte demnach die Beschwerdegegnerin ohne die sittenwidrige Auflage nicht begünstigt.
66. Zudem gibt es keine Andeutungen im Testament, dass nach dem erblasserischen Willen nur die Auflage dahinfallen soll. Im Gegenteil: Die Systematik und Wortwahl im Testament zeigen, dass die Begünstigung der Verwirklichung der Auflage dient und damit ein enger Zusammenhang zwischen Begünstigung und Auflage vorliegt. Gerade auch vor dem Hintergrund der ergänzenden Auslegung nach dem hypothetischen Erblasserwillen (vgl. Rz. 69) kann die blossе Hypothese, der Erblasser hätte die Beschwerdegegnerin auch ohne Auflage begünstigt, mangels Andeutungen im Testament nicht geschützt werden. Eine Teilungültigkeit ist deshalb nicht gerechtfertigt. Somit ist die sittenwidrige Auflage samt der dazugehörenden Begünstigung der Beschwerdegegnerin ungültig.
67. Damit treten die oben genannten Rechtsfolgen ein (vgl. Rz. 51). Der Beschwerdeführer ist aufgrund der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe.

h) Keine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*

68. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin im bisherigen Prozess ist die *clausula rebus sic stantibus* nicht auf das Testament vom 26. Januar 2014 anwendbar.
69. Für deren Anwendung müssen sich die Verhältnisse nachträglich verändert haben, wobei diese Veränderung nicht voraussehbar gewesen sein darf. Aufgrund der Einseitigkeit des Testaments ist entscheidend, ob die Veränderung der Verhältnisse so erheblich ist, dass die Auflagen oder Bedingungen nicht mehr mit dem erblasserischen Willen überein-

⁵¹ BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 85; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 34.

⁵² BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 83; UFFER/TOBLER, S. 119.

stimmen.⁵³ Die veränderten Umstände müssen folglich zu einer so gravierenden Äquivalenzstörung führen, sodass die Bedingung (objektiv) nicht mehr tragbar erscheint und anzunehmen ist, dass der Erblasser die Begünstigung mit dieser Bedingung so nicht gemacht hätte.⁵⁴

70. Eine solche ergänzende Auslegung des Testaments nach dem hypothetischen Erblasserwillen wird zwar heute von der Mehrheit der Lehre bejaht.⁵⁵ Jedoch muss sich mit grosser Wahrscheinlichkeit ermitteln lassen, was der Erblasser in Kenntnis dieser Veränderung angeordnet hätte. Reine Spekulationen sind ausgeschlossen, denn sonst würde die Meinung des Auslegers an die Stelle des Erblasserwillens treten.⁵⁶ Auch kann unter dem Grundsatz des favor testamenti nur der wirkliche Wille des Erblassers geschützt werden, nicht aber eine von einem Dritten aufgestellte Hypothese.⁵⁷
71. Es mag zutreffen, dass die Beschwerdegegnerin in den letzten fünf Jahren ihre anfängliche Skepsis gegenüber Hunden abgelegt hat. Aus diesem Grund hat sie beschlossen, den Hund des Erblassers bei sich aufzunehmen, anstatt wie vom Erblasser verlangt, ihn einzuschläfern und gemeinsam mit dem Verstorbenen bestatten zu lassen. Aufgrund dieser Entwicklung der Beschwerdegegnerin kann aber nicht automatisch vermutet werden, der Erblasser hätte in Kenntnis darüber die Anordnung nicht in gleicher Weise getroffen. Denn es war der grösste Wunsch des Erblassers, dass er gemeinsam mit seinem Hund die ewige Ruhe findet. Wenn ihm das Überleben des Hundes wichtiger gewesen wäre, hätte er sich um einen guten Platz für ihn kümmern oder mit der Beschwerdegegnerin die Betreuung des Hundes regeln können. Ob nun die Beschwerdegegnerin in der Zwischenzeit eine emotionale Bindung zum Hund aufgebaut hat oder nicht, kann nur eine Nebenrolle spielen und nicht so gewichtig sein, dass der erblasserische Wille ignoriert werden darf. Für eine solche Interpretation des hypothetischen Erblasserwillens bestehen zu wenig Anhaltspunkte im Testament. Die *clausula rebus sic stantibus* ist damit nicht anwendbar.

⁵³ LÜDI, S. 203 ff.

⁵⁴ LÜDI, S. 209.

⁵⁵ BAUMANN, S. 243; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 459 N 30.

⁵⁶ BAUMANN, S. 243; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 80.

⁵⁷ BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel N 81.

3. Eventualbegehren

a) Einsetzung je zur Hälfte

72. Wird das Hauptbegehren des Beschwerdeführers nicht gutgeheissen und die Beschwerdegegnerin als eingesetzte Erbin anerkannt, so hat der Beschwerdeführer wenigstens Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses.
73. Nach dem Wortlaut des Testaments soll die Beschwerdegegnerin das „Hab und Gut“ des Erblassers und der Beschwerdeführer „immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende“ erhalten.
74. Bei der Testamentsauslegung gelten die obigen Ausführungen (vgl. Rz. 41).
75. An Stelle der vorverstorbenen Eltern der Egger Brüder tritt gemäss Art. 458 Abs. 3 ZGB der Beschwerdeführer. Nach der gesetzlichen Erbfolge – auf welche der Erblasser verweist – hat er als einziger noch lebender Verwandter Anspruch auf die ganze Erbschaft.
76. Daran ändert auch die Verwendung des Wortes „immerhin“ im Testament nichts. „Immerhin“ muss in diesem Kontext im Sinne von „trotzdem“ oder „trotz allem“ ausgelegt werden. Der Wille des Erblassers, die Begünstigung seines Bruders aufrecht zu erhalten, ist ohne Zweifel aus dem Testament ersichtlich. Dies wird umso deutlicher durch die Alleinerbeneinsetzung im Erbvertrag beziehungsweise im konvertierten Testament.
77. Dies steht im Widerspruch zur Erbeinsetzung der Beschwerdegegnerin. Es muss aber berücksichtigt werden, dass es sich beim Erblasser um einen juristischen Laien handelt. Nach dem Willen des Erblassers sollen sowohl die Beschwerdegegnerin als auch sein Bruder am ganzen Nachlass begünstigt werden. Der Erblasser verfügt somit doppelt über seinen ganzen Nachlass. Verhältnismässig und als einzige dem erblasserischen Willen gerecht werdende Auslegung ist in diesem Fall deshalb eine Herabsetzung auf jeweils die Hälfte.
78. Somit erben der Beschwerdeführer sowie die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte.

b) Anspruch auf den Pflichtteil nach Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907)

79. Falls weder das Haupt- noch das Eventualbegehren gutgeheissen wird, besteht subeventualiter ein Anspruch auf den Pflichtteil von $\frac{1}{4}$ nach Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907).

aa) Geschwisterpflichtteil

80. Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907) sah einen Pflichtteil für die Geschwister in der Höhe eines Viertels ihres Erbanspruches vor. Dies wurde am 1. Januar 1988 aufgehoben. Dementsprechend besteht nach dem heutigen Art. 471 ZGB kein Pflichtteil mehr für die Geschwister.
81. Der Erblasser hat in seinem Testament vom 26. Januar 2014 festgehalten, dass der Beschwerdeführer immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten solle. Falls nun das Gericht bei seiner Testamentsauslegung zum Schluss kommt, dass mit „von Gesetzes wegen“ der Pflichtteil gemeint ist, würde der Beschwerdeführer damit nichts mehr erhalten, da nach Art. 471 ZGB e contrario kein Pflichtteil des Bruders besteht.

bb) Gewährung des ursprünglichen Geschwisterpflichtteils

82. Testamente sind gemäss den obigen Ausführungen auszulegen (vgl. Rz. 41).
83. Der Erblasser brachte mit der Formulierung „[...] [der Beschwerdeführer] soll aber immerhin das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten. [...]“ zum Ausdruck, dass der Beschwerdeführer sicher an seinem Nachlass beteiligt werden sollte. Das „immerhin von Gesetzes wegen Zustehende“ ist dabei als Hinweis auf den Pflichtteil zu verstehen. Der Pflichtteil beschränkt die Verfügungsfreiheit des Erblassers und soll die Familie und das Familienvermögen schützen.⁵⁸ Er stellt folglich eine Art minimaler Anspruch auf das Erbe dar, was sich in der Verwendung der Worte des Erblassers wie „immerhin“ und „von Gesetzes wegen Zustehende“ im Testament widerspiegelt. Zu beachten ist auch, dass es sich beim Erblasser, einem Schriftsteller, um einen juristischen Laien handelte. Von ihm kann nicht erwartet werden, dass er den korrekten Rechtsbegriff „Pflichtteil“ in seinem eigenständig verfassten Testament verwendet. Die Auslegung des Testaments ergibt somit, dass der Erblasser dem Beschwerdeführer den ursprünglichen Geschwisterpflichtteil geben wollte.
84. Zudem kann als aussertestamentarisches Element der Erbvertrag zwischen dem Erblasser und dem Beschwerdeführer beziehungsweise das konvertierte Testament hinzugezogen werden, worin der Beschwerdeführer als Alleinerbe vorgesehen ist. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Erbvertrages im Jahre 1983 war das Geschwisterpflichtteilsrecht noch in Kraft. Im Rahmen der Beurkundung des Erbvertrages hatte der Notar die Parteien auch über die rechtlichen Wirkungen aufgeklärt. Der Erblasser wurde dabei über den Geschwisterpflichtteil informiert. Demgegenüber hatte der Erblasser als Laie von der Abschaffung des Geschwisterpflichtteilsrechts keine Kenntnis und verfasste im

⁵⁸ KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 470 N 1.

Vertrauen auf die alte Rechtsordnung sein eigenhändiges Testament im Jahre 2014. Folglich zeigt auch der Erbvertrag beziehungsweise das konvertierte Testament, dass es eindeutig nicht dem erblasserischen Willen entsprechen kann, wenn der Beschwerdeführer leer ausgehen würde. Aus dem Erbvertrag ist zweifellos erkennbar, dass sich der Erblasser und der Beschwerdeführer vollumfänglich begünstigen. Dies kann nicht einfach ignoriert werden. Der Erblasser wollte ihm zumindest den $\frac{1}{4}$ des alten Pflichtteilsrecht nach Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907) geben.

c) Kein Pflichtteil für Konkubinatspartner

85. Das Argument der Beschwerdegegnerin, sie sei in Bezug auf den Pflichtteil gleich wie eine Ehegattin zu behandeln, ist nicht zu hören.
86. Nach Art. 462 Ziff. 2 ZGB erhält die überlebende Ehegattin einen Pflichtteil von $\frac{3}{4}$ der Erbschaft. Konkubinatspartner sind davon jedoch nicht erfasst.⁵⁹
87. Auch eine analoge Anwendung von Art. 462 Ziff. 2 ZGB auf einen zumindest genügend gefestigten Konkubinatspartner wird von Lehre und Rechtsprechung einhellig abgelehnt.⁶⁰ Durch die Führung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft haben sich die Partner bewusst gegen eine Ehe entschieden. Zudem gibt es bei nichtehelichen Gemeinschaften eine breite Palette von Formen und Ausprägungen. Solche nun generell dem Eherecht gleichzustellen, kommt nicht in Frage.⁶¹
88. Die Beschwerdegegnerin führte mit dem Erblasser nur eine eheähnliche Lebensgemeinschaft, wobei sie für Aussenstehende lediglich als Mitbewohnerin wahrgenommen wurde. Folglich erhält die Beschwerdegegnerin keinen Pflichtteil nach Art. 462 Ziff. 2 ZGB analog.

d) Zuteilung von Nachlassgegenständen

89. Wird dem Hauptbegehren nicht stattgegeben und die Erbenstellung der Beschwerdegegnerin bejaht, so stellt sich die Frage nach der konkreten Zuteilung der Nachlassgegenstände, insbesondere der in casu strittigen Wohnung.
90. Mit Eröffnung des Erbgangs treten die gesetzlichen sowie die eingesetzten Erben eo ipso in die Rechtsstellung des Erblassers und werden zur gesamten Hand am Nachlass berechtigt und verpflichtet (Art. 560 ZGB).⁶² Sie bilden eine Erbengemeinschaft und es gilt das Einstimmigkeitsprinzip.⁶³ Die Erbteilung erfolgt entweder durch Teilungsvertrag der

⁵⁹ statt vieler: BK ZGB-WEIMAR, Art. 462 N 17.

⁶⁰ BGE 108 II 204, E. 3; AEBI-MÜLLER/WIDMER, Rz. 7; BÜCHLER, S. 73.

⁶¹ BGE 108 II 204, E. 3; AEBI-MÜLLER/WIDMER, Rz. 8 f.

⁶² BREITSCHMID et al., Kapitel 5 N 14.

⁶³ DRUEY, §14 N 22 f.

Miterben gemäss Art. 634 ZGB oder Teilungsurteil des Gerichts nach Art. 604 Abs. 1 ZGB. Kommt das Gericht zum Schluss, dass der Beschwerdegegnerin Erbenstellung zukommt, bilden sie und der Beschwerdeführer eine Erbengemeinschaft.

aa) Keine Anwendung von Art. 612a Abs. 1 ZGB

91. Nach Art. 612a Abs. 1 und Abs. 4 ZGB kann der überlebende Ehegatte oder der eingetragene Partner die Zuteilung des in der Erbschaft befindlichen Hauses oder der Wohnung verlangen. Konkubinatspartner sind somit nicht vom Anwendungsbereich erfasst.
92. Eine Gleichsetzung des Konkubinats mit einer Ehe ist entgegen den bisherigen Ausführungen der Beschwerdegegnerin abzulehnen. Es mag zwar zutreffen, dass die Beziehung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Erblasser eheähnlich war. Es soll aber nur bei der Eingehung einer Ehe auch von deren Wirkungen profitiert werden können. Konkubinatspaare wollen sich den Regelungen des Eherechts ja gerade nicht unterwerfen.⁶⁴ Der Beschwerdegegnerin und dem Erblasser hätte es ferner ohne Weiteres offen gestanden, die Wohnungszuteilung im Todesfall mittels expliziter testamentarischer Anordnung oder mittels Vertrags (zum Beispiel durch Errichtung eines Wohnrechts nach Art. 776 Abs. 1 ZGB) zu regeln. Die Beschwerdegegnerin kann sich folglich nicht auf Art. 612a Abs. 1 ZGB stützen, um die Wohnungszuteilung zu verlangen.

bb) Gerichtliche Zuteilungskompetenz

93. Nach Art. 607 Abs. 2 ZGB gelten für die Durchführung der Erbteilung der Grundsatz der freien, privaten Erbteilung sowie der Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB).
94. Nach der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das Erbteilungsgericht keine Kompetenz zur Zuweisung der Lose. Vorbehalten bleiben Teilungsvorschriften des Erblassers.⁶⁵ Auch der Erbteilungsrichter ist an Art. 611 Abs. 3 ZGB gebunden, ihm kommt keine freie Zuteilungskompetenz zu.⁶⁶ Das Erbteilungsgericht ist nur befugt, „Lose zu bilden, zur Losziehung zu schreiten und Erbschaftsgüter, die weder geteilt noch einem Los zugewiesen werden können, zu verkaufen und den Erlös zu verteilen“.⁶⁷
95. Im Testament sind keine Erbteilungs Vorschriften ersichtlich. Mit „Hab und Gut“ ist das ganze Vermögen des Erblassers gemeint. Er hat somit keine spezifische Zuteilung, insbesondere nicht betreffend der Wohnung in Bern, angeordnet.

⁶⁴ WOLF, S. 311.

⁶⁵ BGE 143 III 425, E. 5 ff.

⁶⁶ BGE 143 III 425, E. 5.9.

⁶⁷ BGE 143 III 425, E. 5.3.

96. Die Bildung von gleich grossen Losen ist im konkreten Fall problemlos möglich. Der Nachlass von CHF 5'000'000.00 wird hälftig geteilt: einerseits in CHF 2'500'000.00 und andererseits in die restlichen CHF 1'700'000.00 und der Wohnung (aktueller Verkehrswert CHF 800'000.00).
97. Die Loszuteilung muss demnach zufällig erfolgen, für sachliche Erwägungen besteht kein Raum mehr.⁶⁸ Diese spielen gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB nämlich nur im Rahmen der Losbildung eine Rolle.⁶⁹ Auf den emotionalen Wert der Wohnung für die Beschwerdegegnerin sowie auf den Umstand, dass sie die Wohnung seit zehn Jahren bewohnt, kommt es folglich nicht an.
98. Da die Zuteilung der Wohnung strittig ist, hat demnach ein Zufallsentscheid über die Zuteilung der Lose und somit auch der Wohnung zu ergehen.

Aus oben erwähnten Gründen ersuchen die Unterzeichnenden höflich, die eingangs gestellten Rechtsbegehren gutzuheissen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Team 1755

⁶⁸ EGGEL, S. 413.

⁶⁹ BGE 143 III 425, E. 5.9; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, Art. 611 N 15.