

**LSI/AR**

An das Schweizerische Bundesgericht

Av. du Tribunal-Fédéral 29

1005 Lausanne 14

## **BESCHWERDESCHRIFT VUICHARD**

Valérie Vuichard (geb. 1946, Adresse, Bern)

**Beschwerdeführerin**

vertreten durch Team 1755

gegen

Bernard Egger (geb. 1945, Adresse, Wohnort)

**Beschwerdegegner**

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
I. Formelles .....	1
A. Allgemeine Beschwerdevoraussetzungen .....	1
1. Anfechtungsobjekt.....	1
2. Beschwerdegründe .....	1
3. Beschwerdefrist .....	2
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 .....	4
B. Begründung.....	4
1. Erbvertrag.....	4
a) Nichtigkeit beziehungsweise Ungültigkeit des Erbvertrags .....	4
b) Ablehnung der Konversion des Erbvertrags in eine letztwillige Verfügung .....	6
2. Testament vom 26. Januar 2014 .....	7
a) Anordnung der Bestattung .....	7
aa) Auslegung des Testaments.....	7
ab) Abgrenzung Bedingung/Auflage .....	8
ac) Konsequenzen der Qualifikation.....	9

b)	Sittenwidrigkeit der Auflage.....	10
c)	Unsinnigkeit der Auflage.....	12
d)	Einschläfern und gemeinsam bestatten ist nicht unmöglich.....	13
e)	Eventualstandpunkt: Clausula rebus sic stantibus.....	14
f)	Subeventualstandpunkt.....	15
g)	Aufschiebung der Bestattung.....	16
3.	Wohnungszuweisung.....	17
a)	Ausübung des Wahlrechts nach Art. 612 Abs. 1 ZGB analog.....	17
b)	Keine Begünstigung des Beschwerdegegners.....	18

## LITERATURVERZEICHNIS

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Internationales Privatrecht, Steuerrecht, 3. Auflage, Basel 2015 (zit. PraxKomm. ErbR-BEARBEITER)

BAUMANN LORENZ, Von grauen und farbigen Brunnen, die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen, *Successio* 2010, S. 241-247 (zit. BAUMANN)

BOLLIGER GIERI, Die Tötung von Tieren aus Verhaltensgründen aus rechtlicher Sicht, Zusammenfassung des Referats am „VETS 2011“, 2011 (zit. BOLLIGER)

BOLLIGER GIERI/GOETSCHEL ANTOINE F./RICHNER MICHELLE/SPRING ALEXANDRA, Tier im Recht Transparent, Zürich 2008 (zit. BOLLIGER *et al.*)

BOLLIGER GIERI / RÜTTIMANN ANDREAS, Rechtlicher Schutz der Tierwürde – Status quo und Zukunftsperspektiven, in: AMMANN CHRISTOPH/CHRISTENSEN BIRGIT/ENGI LORENZ /MICHEL MARGOT (Hrsg.), Würde der Kreatur, ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept, Zürich 2015, 65-92 (zit. BOLLIGER/RÜTTIMANN)

BREITSCHMID PETER, Erbrechtliche Fragen alterstypischer Familienkonstellationen – Erbrecht als Teil des Alters – erbrechtliche Fragen des Alters, *AJP* 2009, S. 1427-1434 (zit. BREITSCHMID, *AJP* 2009)

BREITSCHMID PETER, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), *Successio* 2014, S. 7-27 (zit. BREITSCHMID, *Successio* 2014)

BREITSCHMID PETER/EITEL PAUL/FRANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BREITSCHMID *et al.*)

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002 (zit. DRUEY)

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)

LÜDI MICHAEL, Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts (Diss.), in: ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht, Band/Nr. 272, Zürich 2016 (zit. LÜDI)

LÖTSCHER CORDULA, (K)ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartner?, Successio 2018, S. 1662-2650 (zit. LÖTSCHER)

MÜLLER FRANZ, Die erbrechtliche Auflage beim Testament (Diss.), Zürich 1981 (zit. MÜLLER)

SCHWANDER IVO, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, AJP 1994, S. 918-928 (zit. SCHWANDER)

UFFER-TOBLER BEATRICE, Die erbrechtliche Auflage (Diss.), Bern 1982 (zit. UFFER-TOBLER)

WEIMAR PETER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügung von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen (Art. 457-516 ZGB), Bern 2009 (zit.: BK ZGB-WEIMAR)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Viertes Band, Erster Teilband, Erbrecht, Basel 2015 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1)

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

Namens und im Auftrage der Beschwerdeführerin stellen die Unterzeichnenden nachfolgende

## RECHTSBEGEHREN

1. Das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 10. Oktober 2018 sei aufzuheben.
2. Der Erbvertrag zwischen Edouard Egger und Bernard Egger vom 15. bzw. 22. Juni 1983 sei nichtig zu erklären bzw. aufzuheben.
3. Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Beschwerdeführerin Alleinerbin des Nachlasses des im Herbst 2016 verstorbenen Edouard Egger ist, und es sei ihr – allenfalls mit der Auflage, den Hund Tesoro einzuschläfern – der gesamte Nachlass zur freien Verfügung zuzuweisen.
4. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin die Wohnung in Bern unter Anrechnung an ihren Erbanspruch zuzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% MWST zu Lasten des Beschwerdegegners.

### **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 i.S.v. Art. 90 BGG (SR 173.110).

##### **2. Beschwerdegründe**

2. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern verletzt nach Ansicht der Beschwerdeführerin 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 i.S.v. Art. 106 Abs. 2 BGG nicht einschlägig ist.<sup>1</sup>

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

### **1. Zivilrechtsstreitigkeit**

5. In vorliegender Sache handelt es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit. Die Beschwerdeführerin 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, sprich 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 einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid i.S.v. Art. 75 BGG dar.

### **4. Beschwerdelegitimation**

8. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Zudem wird sie 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 der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht i.S.v. Art. 40 Abs. 1 BGG gehörig bevollmächtigt. Die Vollmacht liegt bereits in den Akten.

---

<sup>1</sup> 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. Er hinterlässt seine langjährige Lebenspartnerin, die Beschwerdeführerin Valérie Vuichard. Die beiden lebten seit fast zwanzig Jahren in einer eheähnlichen Gemeinschaft in der Wohnung des Erblassers in Bern zusammen. Im Jahre 2013 schaffte sich der Verstorbene einen Schäferhund namens Tesoro an. Der einzige noch lebende Verwandte ist der 1945 geborene Beschwerdegegner Bernard Egger, der Bruder des Verstorbenen. Die beiden Brüder pflegten seit mehreren Jahren keinen Kontakt mehr.
11. Im Nachlass befindet sich 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:
13. 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.»
14. Der Beschwerdegegner war aus beruflichen Gründen bei der Beurkundung am 15. Juni 1983 nicht anwesend. Nach telefonisch hergestelltem Einvernehmen wurde die Beurkundung des Erbvertrags mit dem Verstorbenen alleine durchgeführt. Eine Woche später, am 22. Juni 1983, erfolgte die Beurkundung mit dem Beschwerdegegner.
15. 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. (...)»
16. Dieses Testament erschütterte die Beschwerdeführerin verständlicherweise, da sie Tesoro nach anfänglicher Skepsis ins Herz geschlossen hatte. Die Beschwerdeführerin ist willens, den Hund bei sich aufzunehmen und für ihn zu sorgen. Der Verstorbene wurde in der Folge ohne seinen Hund bestattet.
17. Aufgrund der unklaren Erbenstellung konnte noch kein Erbenschein ausgestellt werden. Die zuständige Behörde der Stadt Bern ordnete deshalb eine Erbschaftsverwaltung an.



18. Mit seinem Urteil vom 10. Oktober 2018 erkannte das Obergericht des Kantons Bern, dass die Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner 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**

19. Das Obergericht des Kantons Bern anerkannte im Urteil vom 10. Oktober 2018, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch der Beschwerdegegner je zur Hälfte Erben des Verstorbenen sind.
20. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass dem Beschwerdegegner eine Erbenstellung zukommt.
21. Die Beschwerdeführerin ficht an, dass die Wohnungszuteilung auf dem Wege der Losziehung stattzufinden hat.

#### **B. Begründung**

##### **1. Erbvertrag**

###### **a) Nichtigkeit beziehungsweise Ungültigkeit des Erbvertrags**

22. Nach Art. 520 Abs. 1 ZGB (SR 210) kann eine formmangelbehaftete Verfügung auf Klage hin für ungültig erklärt werden. Vom Begriff der Verfügung wird dabei auch der Erbvertrag umfasst.<sup>2</sup> Liegt ein Formmangel vor, wird die gesamte Verfügung aufgehoben.<sup>3</sup> In gravierenden Fällen, in denen eine Verfügung mit elementaren Mängeln behaftet ist, kann sie sogar nichtig sein.<sup>4</sup> Die Nichtigkeit ist dabei von Amtes wegen zu beachten.<sup>5</sup> Ebenfalls in diese Kategorie fallen Verfügungen, die unter extremen Formmängeln leiden, so etwa wenn die notwendige öffentliche Beurkundung bei Erbverträgen nicht stattgefunden hat.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519 f. N 22.

<sup>3</sup> PraxKomm. ErbR-ABT, Art. 520 N 4.

<sup>4</sup> BREITSCHMID *et al.*, § 3 N 45; PraxKomm. ErbR-ABT, Art. 519 N 5.

<sup>5</sup> PraxKomm. ErbR-ABT, Art. 519 N 2.

<sup>6</sup> PraxKomm. ErbR-ABT, Art. 519 N 7.

23. Nach Art. 512 Abs. 1 i.V.m. Art. 499 ZGB bedarf der Erbvertrag zur Gültigkeit einer öffentlichen Beurkundung. Zudem muss der Erbvertrag durch die Vertragsschliessenden gleichzeitig vor zwei Zeugen unterzeichnet werden. Die Parteien haben dabei gemeinsam vor dem Notar zu erscheinen und ihren Willen zu bekunden (Art. 512 Abs. 2 ZGB). Sie müssen somit während des ganzen Hauptverfahrens gleichzeitig anwesend sein.<sup>7</sup> Eine Vertretung ist nur beim Vertragspartner des Erblassers möglich, sofern er nicht selbst auch eine Verfügung von Todes wegen erlässt.<sup>8</sup>
24. Eine Sukzessivbeurkundung ist damit ausgeschlossen.<sup>9</sup> Die Unterzeichnung der Urkunde hat gleichzeitig, also uno actu, zu erfolgen.<sup>10</sup>
25. Der Erbvertrag ist nichtig, was wie folgt begründet wird: Am 15. Juni 1983 wurde das Beurkundungsverfahren für den Erbvertrag im Notariatsbüro mit dem Verstorbenen durchgeführt. Der Beschwerdegegner war dabei nicht anwesend. Seine Willensbekundung erfolgte nur auf telefonischem Wege. Unterzeichnet wurde der Erbvertrag an diesem Tag einzig durch den Verstorbenen. Die Beurkundung mit dem Beschwerdegegner wurde eine Woche später, am 22. Juni 1983, vorgenommen. Damit liegt offensichtlich eine unzulässige Sukzessivbeurkundung vor. Beim Beurkundungsverfahren wurde somit gegen eine der elementarsten Regelungen des erbrechtlichen Beurkundungsverfahrens verstossen. Der Erbvertrag ist daher nichtig. Das Argument des Beschwerdegegners, dass die Willensbekundung der Vertragsparteien gleichzeitig erfolgte, da der Beschwerdegegner während der Beurkundung in telefonischem Kontakt mit dem Notar war, ist nicht zu hören. Es trifft zu, dass die weiteren Voraussetzungen, namentlich die Anwesenheit der zwei Zeugen, erfüllt sind. In einer solchen Konstellation kann aber sicherlich nicht von einem einheitlichen Akt oder gar einer gleichzeitigen Unterzeichnung des Erbvertrags gesprochen werden.
26. Erachtet das Gericht die Mängel des Erbvertrages nicht als genügend erheblich für eine Nichtigkeitsklärung, ist immerhin der fristgemäss erhobenen Ungültigkeitsklage nach Art. 520 Abs. 1 ZGB stattzugeben.

---

<sup>7</sup> BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 5.

<sup>8</sup> BSK ZGB II-JEITZINER/RUF, Art. 512 N 8.

<sup>9</sup> PraxKomm. ErbR-GRUNDMANN, Art. 512 N 13.

<sup>10</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 512 N 8.

**b) Ablehnung der Konversion des Erbvertrags in eine letztwillige Verfügung**

27. Die Konversion eines Erbvertrags in eine letztwillige Verfügung scheint nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Eine solche ist allerdings nur möglich, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese Verfügung auch vorgenommen hätte, ohne eine entsprechende Gegenleistung von der Gegenseite zu erhalten.<sup>11</sup>
28. War für die Parteien aber die gemeinsame Bindung entscheidend für die Wahl des Rechtsinstituts des Erbvertrags, ist eine Konversion ausgeschlossen, da sonst ein unzulässiges korrespondierendes Testament vorliegt.<sup>12</sup>
29. Es mag zutreffen, dass die beiden Brüder ein sehr enges Verhältnis zueinander pflegten. Im zur Diskussion stehenden Erbvertrag wurde aber der Beschwerdegegner als Alleinerbe des Verstorbenen eingesetzt. Vice versa begünstigte der Beschwerdegegner allerdings auch den Verstorbenen als Alleinerben. Die Idee, einen Erbvertrag aufzusetzen, war für die Parteien vielmehr ein gemeinsames Zeichen ihrer Verbundenheit, nachdem sie aufgrund diverser Schicksalsschläge eng zusammengeschweisst wurden. Daraus kann klar gefolgert werden, dass sich die beiden Klauseln des Erbvertrags gegenseitig bedingen. Der Verstorbene hätte niemals einen solchen Erbvertrag aufsetzen lassen, wenn er nicht gleichzeitig durch den Beschwerdegegner vollumfänglich begünstigt worden wäre. Gerade die Verbindlichkeit und die nur schwer widerrufbare Form des Erbvertrags waren bei der Wahl der Verfügungsform massgeblich. Schliesslich wäre es dem Verstorbenen jederzeit möglich gewesen, eine eigenhändige letztwillige Verfügung zu errichten und den Beschwerdegegner als Alleinerben einzusetzen, wenn er ihn ohne die gegenseitige Erbeinsetzung hätte begünstigen wollen. Dabei wäre es ihm aber auch offen gestanden, dieses Testament jederzeit zu widerrufen, was in casu ja auch nachträglich erfolgt ist.
30. Ein grundsätzlich zulässiges kaptatorisches Testament liegt nicht vor. Dieses kennzeichnet sich dadurch, dass zwei Personen je eine eigene Testamentsurkunde verfassen und ihren Inhalt aufeinander abstimmen.<sup>13</sup> Mit der kaptatorischen Klausel macht der Erblasser die Erbeinsetzung von seiner eigenen Begünstigung oder der Begünstigung eines Dritten abhängig.<sup>14</sup> Damit ist die letztwillige Verfügung an eine Bedingung geknüpft.<sup>15</sup>
31. Der vorliegende Erbvertrag erfüllt die Merkmale einer kaptatorischen Verfügung offensichtlich nicht. Einerseits liegen keine separaten Urkunden vor, andererseits sind die Verfügungen an keine Bedingungen geknüpft.

---

<sup>11</sup> BGE 46 II 11, E. 4; PraxKomm. ErbR-GRUNDMANN, Vorbemerkungen zu Art. 494 ff. N 71.

<sup>12</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 404.

<sup>13</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 466.

<sup>14</sup> PraxKomm. ErbR-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 47.

<sup>15</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 180.

32. Im Übrigen kann die Frage, ob es zu einer Konversion gekommen ist, ohnehin unbeantwortet bleiben. Am 26. Januar 2014 errichtete der Erblasser nämlich ein neues – formgültiges – handschriftliches Testament, nachdem der Verstorbene und der Beschwerdegegner seit mehreren Jahren keinen Kontakt mehr miteinander pflegten. Dieses neuere Testament geht gemäss Art. 511 Abs. 1 ZGB dem älteren vor. In diesem begünstigte er die Beschwerdeführerin mit seinem «Hab und Gut». Dem Beschwerdegegner sprach der Verstorbene lediglich das zu, was ihm von Gesetzes wegen zusteht. Dieses zweite Testament stünde offensichtlich im Widerspruch zu einer letztwilligen Verfügung aus dem Jahre 1983, womit diese sowieso gegenstandslos wäre.

## **2. Testament vom 26. Januar 2014**

33. Eine letztwillige Verfügung kann gemäss Art. 498 ZGB eigenhändig errichtet werden. Betreffend Form ist nach Art. 505 Abs. 1 ZGB zu beachten, dass die Verfügung von Hand verfasst werden muss, mit Datum zu versehen und zu unterzeichnen ist. Der Verfügende muss zudem verfügungsfähig, sprich volljährig und urteilsfähig, sein (Art. 467 ZGB).

34. Die Beschwerdeführerin hat in den Nachlasspapieren des Verstorbenen ein eigenhändig abgefasstes Dokument gefunden. Dieses enthält Anordnungen im Sinne einer letztwilligen Verfügung und erfüllt unstreitig die entsprechenden Formerfordernisse. Weiter besteht kein Zweifel an der Verfügungsfähigkeit.

35. Folglich hat der Verstorbene am 26. Januar 2014 ein formgültiges Testament errichtet.

### **a) Anordnung der Bestattung**

#### **aa) Auslegung des Testaments**

36. Gemäss bundegerichtlicher Rechtsprechung muss ein Testament nach dem Willensprinzip ausgelegt werden.<sup>16</sup> Ergibt sich aus dem Wortlaut des Testaments bereits eine klare Aussage, bleibt kein Spielraum für weitere Interpretationen (Eindeutigkeitsregel).<sup>17</sup> Ist der Wortlaut des Testaments allerdings unklar, so kann mit Hilfe von Beweisen, die ausserhalb des Testaments liegen, und der allgemeinen Lebenserfahrung ausgelegt werden.<sup>18</sup> Von zwei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ist stets diejenige zu wählen, die das Testament aufrechterhält.<sup>19</sup> Gemäss dem Andeutungsprinzip müssen diese Auslegungselemente aber im Text zumindest angedeutet werden.<sup>20</sup> Im Grundsatz gilt stets das Prinzip des «favor testamenti».

---

<sup>16</sup> BGE 124 III 414, E. 3 = Pra 88 (1999) Nr. 7.

<sup>17</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 399; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, N 67.

<sup>18</sup> BGE 124 III 414, E. 3 = Pra 88 (1999) Nr. 7; BGE 131 III 106, E. 1.1.

<sup>19</sup> BGE 124 III 414, E. 3 = Pra 88 (1999) Nr. 7; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, N 58.

<sup>20</sup> BGE 124 III 414, E. 3 = Pra 88 (1999) Nr. 7; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, N 71.

Ein Testament ist also, trotz unrichtiger Bezeichnung oder Ausdrucksweise, immer so auszulegen, dass der tatsächliche Wille des Erblassers am besten umgesetzt wird («falsa demonstratio non nocet»).

#### ab) Abgrenzung Bedingung/Auflage

37. Der Erblasser hat bei seiner letztwilligen Verfügung verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Unter anderem kann er gemäss Art. 482 Abs. 1 ZGB seine Verfügung mit Auflagen oder Bedingungen versehen.
38. Eine *Bedingung* liegt vor, wenn der Bestand oder Nichtbestand der Verfügung von Todes wegen vom Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängt.<sup>22</sup> Mit anderen Worten fällt die Verfügung von Todes wegen dahin, wenn die Bedingung nicht eintritt.<sup>23</sup> Liegt eine Suspensivbedingung vor, so entfaltet die Verfügung von Todes wegen keine Wirkung bis zum Eintritt der Bedingung. Der Nachlass steht in dieser Zeit den gesetzlichen Erben zu.<sup>24</sup> Tritt die Bedingung nicht ein, so fällt die Anwartschaft auf die Begünstigung dahin.<sup>25</sup> Fehlt eine Befristung, so spricht dies gegen eine Bedingung.<sup>26</sup>
39. Mittels *Auflage* wird der Begünstigte zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet.<sup>27</sup> Die Begünstigung besteht aber unabhängig von der Erfüllung der Auflage.<sup>28</sup> Jeder Interessierte hat allerdings ein Recht, auf Vollzug der Auflage zu klagen.<sup>29</sup> Eine Frist für die Erfüllung ist für gewöhnlich nicht vorgesehen.<sup>30</sup> Typische Anordnungen sind Instruktionen über die Nutzung von Nachlassobjekten, Veräusserungsverbote, Teilungsvorschriften, Betreuungsvorschriften von Haustieren und insbesondere die Bestattung.<sup>31</sup>
40. Der Verstorbene hat angeordnet, dass der Beschwerdeführerin als langjährige Lebenspartnerin sein Hab und Gut zukommen soll, sofern sie um die gemeinsame Beerdigung von Tesoro und ihm besorgt sei. Im Einzelfall muss ausgelegt werden, ob eine Bedingung oder Auflage vorliegt, eine Vermutung zugunsten des einen oder anderen gibt es nicht.<sup>32</sup>

---

<sup>21</sup> BGE 131 III 601, E. 1.2 = Pra 95 (2006) Nr. 65; WOLF GENNA, SPR IV/1, S. 401.

<sup>22</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 1.

<sup>23</sup> BGE 120 II 182, E. 2. c); DRUEY, § 11 N 31.

<sup>24</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 41 f.; BSK ZGB II- STAEHELIN, Art. 482 N 8; LÜDI, S. 278.

<sup>25</sup> LÜDI, S. 294.

<sup>26</sup> PraxKomm. ErbR-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 1.

<sup>27</sup> LÜDI, S. 25.

<sup>28</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 323.

<sup>29</sup> BGE 120 II 182, E. 2 c).

<sup>30</sup> BGE 120 II 182, E. 2 d); DRUEY, § 11 N 32.

<sup>31</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 12; DRUEY, § 11 N 24.

<sup>32</sup> BGE 120 II 182, E. 2. c).

41. Einerseits hat der Erblasser über die Zukunft seines Haustieres entschieden, was gleichzeitig auch eine Instruktion über die Nutzung von Nachlassobjekten darstellt, da Tiere in dieser Hinsicht Sachen gleichgestellt werden (Art. 641a ZGB). Andererseits hat er seine Vorstellung über die Bestattung kundgetan und damit die Beschwerdeführerin zu einem Tun verpflichtet. Diese beiden Anordnungen sind typisch für eine Auflage.
42. Der Beschwerdegegner machte bisher geltend, dass die gemeinsame Bestattung mit Tesoro das ungewisse Ereignis darstelle, was typisch für eine Bedingung sei. Er folgert daraus, dass die Bedingung aufgrund der bereits erfolgten Bestattung nicht mehr eintreten könne. Der Beschwerdeführerin käme daher keine Erbenstellung zu. Diese Ansicht ist dezidiert abzulehnen, insbesondere da die Bestattung, wie noch vertieft ausgeführt werden wird, gerechtfertigterweise (noch) nicht vorgenommen wurde.
43. Für die Qualifikation als Auflage oder Bedingung muss auf den erblasserischen Willen abgestellt werden. Aus dem Testament vom 26. Januar 2014 geht nicht hervor, dass er seine eheähnliche Lebenspartnerin, mit der er zwanzig Jahre zusammenlebte, mit leeren Händen und ohne Dach über dem Kopf zurücklassen wollte, wenn die gemeinsame Bestattung mit Tesoro nicht stattfindet. Vielmehr geht klar hervor, dass der Erblasser die Beschwerdeführerin, als langjährige Lebenspartnerin, begünstigen wollte.

**ac) Konsequenzen der Qualifikation**

44. Wenn nun eine nichterfüllte Bedingung angenommen werden würde und die gesetzliche Erbfolge einträte, bliebe die Beschwerdeführerin erbrechtlich völlig unberücksichtigt, da bis heute keine gerichtliche Anerkennung eines Pflichtteilsanspruchs für Konkubinatspartner erfolgte. Ein solches Szenario lässt sich mit dem wirklichen Willen des Erblassers sicher nicht vereinbaren. Dem letzten Willen des Verstorbenen entspricht es gewiss mehr, wenn die Beschwerdeführerin, trotz Nichterfüllung der Auflage, den Nachlass erhält, als dass der Nachlass seinem Bruder, mit dem er seit Jahren keinen Kontakt mehr pflegte, zufällt.
45. Hinzu kommt, dass eine Euthanasie von Tesoro auch heute noch möglich wäre. Seine sterblichen Überreste könnten in der Folge ins Grab des Verstorbenen gelegt werden. Es mag zutreffen, dass dieses Vorgehen nicht absolut deckungsgleich mit der Formulierung des Erblassers ist. Nichtsdestotrotz kann der erblasserische Wille so eher erfüllt werden, als wenn die Beschwerdeführerin unberücksichtigt bliebe, und der Beschwerdegegner zum Alleinerben werden würde. Dies stellt genau betrachtet exakt das Gegenteil der testamentarischen Verfügung dar.
46. Letztlich fehlt im Testament vom 26. Januar 2014 eine Frist, was für eine Auflage spricht.

47. Kurz gesagt veranlasst die getroffene Auflage die Beschwerdeführerin zu einem bestimmten Verhalten und soll nicht darüber entscheiden, ob ihr überhaupt Erbenstellung zukommt.

**b) Sittenwidrigkeit der Auflage**

48. Eine Auflage ist sittenwidrig, wenn sie gegen das allgemeine Anstandsgefühl und die ethisch-moralischen Prinzipien der Gesamtrechtsordnung verstösst.<sup>33</sup> Darunter fällt auch eine Anordnung, die zu stark in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen eingreift und seine persönliche Freiheit gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzt.<sup>34</sup>

49. Im Hauptstandpunkt wird vertreten, dass die Auflage sittenwidrig ist.

50. Der Beschwerdegegner vertrat im bisherigen Prozess die Ansicht, dass die Auflage nicht sittenwidrig sei. Dem ist dezidiert zu widersprechen. Einen gesunden Hund zu töten, ohne dass irgendein Anschein auf Krankheiten, Gesundheitsprobleme oder Gefahr für die Öffentlichkeit besteht, kann eindeutig nicht den guten Sitten unserer Gesellschaft entsprechen. Es ist richtig, dass in der Schweiz kein rechtlich garantierter Lebensschutz für Tiere besteht, wie dies in Österreich und Deutschland der Fall ist (vgl. § 17 Nr. 1 des deutschen TierSchG). Der Eigentümer darf daher selbst entscheiden, ob und wann er sein Tier einschläfern lassen möchte.<sup>35</sup> Die Tierwürde existiert gemäss Art. 3 lit. a TSchG (SR 455) aber dennoch und das Bundesgericht gewährt Tieren aus ethischer Sicht einen umfassenden Lebensschutz. Dieser darf nur unter gewissen Ausnahmen, wie beispielsweise der Nahrungsgewinnung oder Schädlingsbekämpfung, gelockert werden.<sup>36</sup> Einen kerngesunden Hund einzuschläfern, um dem Erblasser seinen Wunsch einer gemeinsamen Bestattung zu erfüllen, ist aus moralischer Sicht sicher keine gerechtfertigte Ausnahme vom ethischen Lebensschutz. Eine grundlose Tötung von Tieren ist zudem vor dem Hintergrund der Tierwürde nach Art. 3 lit. a TSchG höchst bedenklich.

51. Eine Einschläferung kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Das Wissen, dass der Hund nach dem Tierarztbesuch tot sein wird, ist für den Entscheidungsträger eine emotional stark belastende Angelegenheit. Die Beschwerdeführerin hat den Hund in den letzten Jahren ins Herz geschlossen und verbringt viel Zeit mit ihm. Die Anordnung des Erblassers, dass die Beschwerdeführerin um die Einschläferung von Tesoro besorgt sein muss, nimmt daher eine Intensität an, die klarerweise ihre Persönlichkeitsrechte verletzt, und als übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB betrachtet werden muss.

---

<sup>33</sup> BGE 136 III 474, E. 3; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 320.

<sup>34</sup> UFFER-TOBLER, S. 107; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 320.

<sup>35</sup> BOLLIGER, S. 1; BOLLIGER/RÜTTIMANN, S. 84.

<sup>36</sup> BGE 115 IV 248, E. 5 a).

52. Zu Recht schützt das Bundesgericht das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen, zu Lebzeiten Anordnungen über die eigene Bestattung zu treffen – jedoch nur im Rahmen der rechtlichen Ordnung und guten Sitten.<sup>37</sup> Davon unterscheidet sich aber die Anordnung des Erblassers im Testament vom 26. Januar 2014 eindeutig. Er gibt nicht nur Anweisungen betreffend seine eigene Bestattung, sondern ordnet zusätzlich auch noch den Tod seines gesunden Hundes an. Dies ist, wie oben erläutert, ethisch nicht vertretbar und widerspricht den Moralvorstellungen der Gesellschaft. Die vom Bundesgericht geschützte erblasserische Freiheit und der Rahmen der guten Sitten werden damit klarerweise überschritten.
53. Die Auflage ist daher unsittlich. Diese Tatsache hat folgende Konsequenz:
54. Eine sittenwidrige Auflage bringt nicht automatisch Nichtigkeit mit sich. Sie muss vielmehr fristgerecht mit der Ungültigkeitsklage angefochten werden (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 521 Abs. 1 ZGB).<sup>38</sup> Nach dem Wortlaut von Art. 482 Abs. 2 ZGB hätte eine unsittliche Auflage zur Folge, die vorgesehenen Begünstigung ungültig wäre. Die h.L. ist sich jedoch einig, dass die Norm eingeschränkt ausgelegt werden muss. Demnach handelt es sich nur um eine Vermutung, dass die Begünstigung dahinfallen soll.<sup>39</sup> Kann der erblasserische Wille so ausgelegt werden, dass die Verfügung von Todes wegen auch ohne die sittenwidrige Auflage bestehen soll, so wird diese Vermutung umgestossen.<sup>40</sup> Der Wille des Erblassers, dass die Begünstigung trotzdem bestehen bleiben soll, muss sich gemäss jüngerer Lehre allerdings nicht direkt aus dem Wortlaut der Verfügung ergeben.<sup>41</sup>
55. Der fristgerecht erhobenen Ungültigkeitsklage ist stattzugeben, da die Auflage offensichtlich unsittlich ist.
56. Nach dem erblasserischen Willen soll die Begünstigung der Beschwerdeführerin allerdings auch ohne die Auflage bestehen bleiben. Mit seiner Anordnung wollte der Erblasser der Beschwerdeführerin womöglich einen Loyalitätskonflikt und Tesoro den Aufenthalt im Tierheim ersparen. Für den Verstorbenen war es unzweifelhaft wichtig, dass es dem Hund nach seinem Tod gut geht. Je nach Konstellation wäre eine Euthanasie unter Umständen tatsächlich die beste Lösung gewesen.

---

<sup>37</sup> BGE 129 I 173, E. 4.

<sup>38</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 320.

<sup>39</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 82; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 34; DRUEY, § 12 N 66; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 321.

<sup>40</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 34; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 321.

<sup>41</sup> BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 34; PraxKomm. ErbR-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, Art. 482 N 41.



Es war allerdings zu keinem Zeitpunkt die Absicht des Erblassers, dass die Begünstigung seiner Lebenspartnerin dahinfällt, wenn sich sein Wunsch nach der gemeinsamen Bestattung mit seinem Hund aus irgendwelchen Gründen nicht realisieren lässt. Der Erblasser wollte seine langjährige Lebenspartnerin so oder so begünstigen.

**c) Unsinnigkeit der Auflage**

57. Lehnt das Gericht, entgegen unserer Auffassung, die Sittenwidrigkeit der Auflage ab, so ist sie zumindest als unsinnig zu qualifizieren.
58. Eine Auflage ist unsinnig, wenn sie einen nicht verständlichen oder absurden Zweck hat oder kein (objektiv) vernünftiger Grund zu erkennen ist.<sup>42</sup> Zusätzlich zum fehlenden Sinn der Auflage muss diese den Beschwerzten noch belästigen.<sup>43</sup>
59. Die Beschwerdeführerin hat mit dem Erblasser und Tesoro zusammengewohnt. Sie hat eine innige Beziehung zu Tesoro, geht häufig mit ihm spazieren und ist demnach eine wichtige Bezugsperson. Es macht objektiv gesehen keinen Sinn, einen kerngesunden Hund, der in seinem gewohnten Umfeld bleiben könnte, einzuschläfern. Es ist nicht nachvollziehbar, weswegen ein Erblasser gemeinsam mit einem quicklebendigen Hund, für den gut gesorgt werden würde, begraben werden möchte. Damit hätte seine langjährige Lebenspartnerin gleich zwei schmerzhaft Verluste zu verkraften. Dies kann ganz sicher nicht dem erblasserischen Willen entsprechen. Hinzu kommt, dass der Hund heute fünf Jahre alt ist. Unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Lebenserwartung von bestenfalls fünfzehn Jahren könnten der Erblasser und sein Hund immer noch zehn Jahre lang zusammen bestattet sein.
60. Wie bereits unter Rz. 51 genauer dargelegt, ist die Euthanasie eines Hundes eine höchst emotionale Angelegenheit und greift stark in die Persönlichkeitssphäre der Beschwerdeführerin ein. Die vom Erblasser getroffene Auflage, dass die Beschwerdeführerin um die Einschläferung von Tesoro besorgt zu sein habe, stellt demnach klar eine Belästigung dar.
61. Die Auflage ist daher zumindest unsinnig. Diese Tatsache hat folgende Konsequenz:
62. Eine unsinnige Auflage ist gemäss Art. 482 Abs. 3 ZGB als nicht vorhanden zu betrachten. Eine Ungültigkeitsklage i.S.v. Art. 519 ff. ZGB ist hierfür nicht notwendig, die unsinnige Auflage ist eo ipso nichtig.<sup>44</sup> Eine unsinnige Klausel hat also mit anderen Worten zur Folge, dass die Auflage dahinfällt, die Begünstigung jedoch weiterhin besteht.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> LÜDI, S. 176; MÜLLER, S. 172.

<sup>43</sup> LÜDI, S. 178.

<sup>44</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 321.

<sup>45</sup> DRUEY, § 12 N 67; LÜDI, S. 162 und S. 164.

Der Begünstigte darf die Vollziehung der unsinnigen Auflage sodann einfach verweigern. Wenn eine Vollziehungsklage erhoben wird, kann die Einrede der Unsinnigkeit vorgebracht werden.<sup>46</sup>

63. Die unsinnige Auflage, Tesoro einzuschläfern, ist nichtig und als nicht vorhanden zu betrachten. Die Begünstigung der Beschwerdeführerin bleibt somit ohne Auflage bestehen.

**d) Einschläfern und gemeinsam bestatten ist nicht unmöglich**

64. Eine Anordnung ist unmöglich, wenn sie gar nie erfüllt werden kann.<sup>47</sup> Wie bereits ausgeführt, kann der Eigentümer sein Tier jederzeit einschläfern. Es ist zudem grundsätzlich möglich, Menschen und Tiere gleichzeitig bestatten zu lassen. Es kommt jedoch auf das kommunale Recht, insbesondere auf das örtliche Friedhofsreglement, an. Mittlerweile gibt es auch sogenannte Tierfriedhöfe.<sup>48</sup>
65. Folglich ist die Auflage, dass die Beschwerdeführerin darum besorgt sein muss Tesoro einzuschläfern und gemeinsam mit dem Erblasser zu bestatten, nicht grundsätzlich unmöglich.
66. Da der Erblasser aber mittlerweile bereits bestattet worden ist und Tesoro weiterhin sein Leben genießt, ist eine zeitgleiche Bestattung heute nicht mehr möglich.
67. Es fragt sich jedoch auch hier wieder, wie die getroffene Anordnung des Erblassers zu verstehen ist. Gerade vor dem Hintergrund, dass für die Bestattung eines quicklebendigen Hundes kein vernünftiger Grund spricht, wäre es denkbar, dass der Erblasser eine Einschläferung erst im Krankheitsfall befürwortet hätte. In diesem Fall wäre Tesoro nicht sofort einzuschläfern und gleichzeitig dem Grab beizugeben. Die Auflage könnte folglich noch erfüllt werden. Unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Lebenserwartung eines Hundes und der Ruhedauer des Verstorbenen auf dem Friedhof wären der Erblasser und sein Hund immer noch ungefähr zehn Jahre gemeinsam beigesetzt.
68. Die Erfüllung der Auflage ist folglich noch möglich. Dem Willen des Erblassers wird besser entsprochen, wenn Tesoro dem Grab des Erblassers zu einem späteren Zeitpunkt beigegeben wird, als wenn er überhaupt nicht bestattet wird.

---

<sup>46</sup> LÜDI, S. 165; MÜLLER, S. 298.

<sup>47</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 117.

<sup>48</sup> BOLLIGER *et al.*, S. 465 f.

**e) Eventualstandpunkt: Clausula rebus sic stantibus**

69. Falls das Gericht eine solche Auflage weder als sittenwidrig noch als unsinnig qualifiziert, müssen im konkreten Fall die gesamten Umstände, die zur Errichtung der Auflage geführt haben, mitberücksichtigt werden. Die Umstände, auf welche sich die Auflage bei der Errichtung bezog, haben sich in den letzten Jahren stark verändert, womit die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* angezeigt ist.
70. Damit die *clausula rebus sic stantibus* zur Anwendung kommt, müssen sich die Verhältnisse nachträglich erheblich verändert haben, wobei die Veränderung nicht voraussehbar gewesen sein durfte.<sup>49</sup> Eine Änderung ist insbesondere dann nicht voraussehbar, wenn Art, Umfang und Auswirkung auf den entsprechenden Vertrag nicht richtig eingeschätzt werden konnten.<sup>50</sup>
71. Tesoro wurde im Herbst 2013 angeschafft. Der Erblasser hat nur wenige Monate darauf, nämlich am 26. Januar 2014, seine letztwillige Verfügung getroffen. Zu diesem Zeitpunkt war das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Hund Tesoro noch nicht sehr innig. Heute ist die Beschwerdeführerin eine echte Tierliebhaberin und hat Tesoro ins Herz geschlossen. Seit der Errichtung der Verfügung haben sich die Umstände daher massgeblich verändert.
72. Die Mehrheit der Lehre befürwortet daher die Auslegung nach hypothetischem Erblasserwillen, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse seit Erstellung der Verfügung wesentlich verändert haben.<sup>51</sup> Dabei wird die Frage gestellt, wie der Erblasser verfügt hätte, wenn er die Veränderung der Verhältnisse gekannt hätte.<sup>52</sup>
73. Der Erblasser konnte bei Testamentserrichtung noch nicht wissen, wie sich das Verhältnis zwischen seiner Lebensgefährtin und seinem Schäferhund entwickeln wird. Nach aktuellem Stand der Dinge kann es unmöglich seinem Willen entsprechen, dass seine Lebensgefährtin, welche weiterhin gerne für Tesoro sorgen würde, gleich zwei Verluste zu verarbeiten hätte.
74. In Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* ist der Beschwerdeführerin folglich der ganze Nachlass zuzusprechen.

---

<sup>49</sup> LÜDI, S. 198 f.

<sup>50</sup> LÜDI, S. 199.

<sup>51</sup> BAUMANN, S. 243; BK ZGB-WEIMAR Einleitung zum 14. Titel, N 79; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 30.

<sup>52</sup> BK ZGB-WEIMAR, Einleitung zum 14. Titel, N 79.

**f) Subeventualstandpunkt**

75. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass das Testament vom 26. Januar 2014 nicht gültig ist und die gesetzliche Erbfolge eintritt, so ist die Beschwerdeführerin gleich wie eine Ehegattin zu behandeln.
76. Es trifft zwar zu, dass de lege lata keine gesetzliche Begünstigung von Konkubinatspartnern vorgesehen ist. Doch im Hinblick auf die stetig wachsende Rolle von Konkubinen wurde mit der Motion Gutzwiler eine Diskussion über deren erbrechtliche Behandlung angestossen.
77. Klar ist, dass jede gelebte Beziehung im Einzelfall beurteilt werden muss, was ausreichend Spielraum erfordert.
78. Mit dem Unterhaltsvermächtnis gemäss Art. 484a VE ZGB wird zudem für Lebenspartner faktisch eine Art pflichtteilgeschützter Erbspruch eingeführt.<sup>53</sup>
79. Vorgeschlagen wird das Näheverhältnis, wie in Österreich (§ 773a ABGB), bei den Pflichtteilsquoten zu beachten. Unter dem Näheverhältnis versteht man die geistig-ideelle Beziehung im Sinne einer laufenden Anteilnahme am Leben des Anderen.<sup>54</sup> Es ist enorm stossend, wenn Verwandte begünstigt werden, zu denen der Erblasser keine Verbindung gepflegt hat und Lebenspartner, die gemeinsam durchs Leben geschritten sind, dahingegen leer ausgehen.<sup>55</sup>
80. Ein anderer Ansatz geht dahin, dass der gesetzliche Pflichtteilsanspruch demjenigen von überlebenden Ehegatten anzugleichen ist, wenn das Konkubinat mindestens fünf Jahre bestanden hat.<sup>56</sup>
81. Der Verstorbene hatte mit dem Beschwerdegegner seit Jahren keinen Kontakt mehr gepflegt. Im Gegensatz dazu hat die Beschwerdeführerin mit dem Erblasser in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft gelebt. Die Intensität und die beinahe zwanzigjährige Dauer der gelebten Beziehung rechtfertigen es, dass die Beschwerdeführerin gleich wie eine Ehefrau behandelt wird.
82. Folglich müssen der Beschwerdeführerin analog zu Art. 462 Ziff. 2 ZGB  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft zugesprochen werden.

---

<sup>53</sup> LÖTSCHER, S. 208.

<sup>54</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 467-536, N 4.

<sup>55</sup> SCHWANDER, N 29.

<sup>56</sup> SCHWANDER, N 29.

**g) Aufschiebung der Bestattung**

83. Unstrittig ist, dass Tesoro bis heute nicht eingeschläfert und zeitgleich mit dem Erblasser beerdigt wurde.
84. Einerseits ist die Frage der Vollziehbarkeit zu beachten. Die Vollziehung der Auflage kann bei eingesetzten Erben erst verlangt werden, wenn die Erbschaft auch tatsächlich von den Erben beziehungsweise der Erbschaftsverwaltung ausgeliefert worden ist.<sup>57</sup>
85. Der Erbenschein wurde bis heute noch nicht ausgestellt. Stattdessen setzte die Behörde eine Erbschaftsverwaltung ein. Demzufolge kann die Beschwerdeführerin Tesoro, der ihr als Nachlassobjekt nur als Erbin zukommt, auch nicht im Alleingang einschläfern und bestatten lassen.
86. Andererseits wurde die Bestattung von Tesoro noch nicht in die Wege geleitet, weil die Beschwerdeführerin den Standpunkt vertritt, dass die Auflage unsittlich und eventualiter unsinnig ist. Dies hat zur Folge, dass die Begünstigung bestehen bleibt, ohne dass Tesoro eingeschläfert und bestattet werden muss. Der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens hätte sich, bei gemeinsamer Bestattung, mit anderen Worten teilweise erübrigt.
87. Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass die Auflage noch erfüllt werden muss, so sei der Beschwerdeführerin eine Frist zu gewähren, innert welcher sie die Bestattung des Hundes in die Wege leiten kann. Dem Willen des Erblassers wird nämlich besser entsprochen, wenn Tesoro jetzt beigesetzt wird, als wenn er gar nicht mit dem Verstorbenen bestattet wird.

---

<sup>57</sup> BK ZGB-WEIMAR, Art. 482 N 26; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 30.

### 3. Wohnungszuweisung

#### a) Ausübung des Wahlrechts nach Art. 612 Abs. 1 ZGB analog

88. Nach Art. 612a Abs. 1 ZGB kann der überlebende Ehegatte verlangen, dass ihm das Eigentum an der Wohnung, in der die Ehegatten gemeinsam gelebt haben, zugeteilt wird. Ziel dieser Norm ist es, dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit zu geben, seine bisherige Lebensweise beizubehalten.
89. Gemäss einem Teil der Lehre rechtfertigt sich eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auch auf Konkubinatspartner. Dies wird insbesondere in den Fällen des sogenannten Alterskonkubinats für gerechtfertigt gehalten. Gerade in diesem Lebensabschnitt wird oftmals auf das Eingehen einer Ehe verzichtet, da die Notwendigkeit und der praktische Nutzen der Ehe in den Hintergrund treten.
- Die Konkubinatspartner sind in diesem Zeitpunkt nicht mehr auf die Ehe als Institut zum Aufbau einer gemeinsamen Altersvorsorge angewiesen. Die wertmässige Erhöhung der Altersvorsorge wird mit zunehmendem Alter der Konkubinatspartner ohnehin immer geringer. Gleichzeitig entfallen durch die Wahl des Konkubinats gewisse Schwierigkeiten, die sich auf der erbrechtlichen Ebene ergeben.
90. Oftmals haben die Partner zu diesem Zeitpunkt auch bereits eine Ehe hinter sich und sind aufgrund allfälliger negativer Erfahrungen im Zusammenhang mit einer Ehescheidung, einer neuen Eheschliessung gegenüber skeptisch eingestellt. Zudem hat das Konkubinats heute seine vormals negative Konnotation verloren und ist gesellschaftlich akzeptiert.<sup>58</sup> Die Zuweisung der Wohnung darf somit nicht alleine vom Beziehungsstatus abhängig sein, sondern muss immer auch die Bedürfnisse der Überlebenden berücksichtigen.<sup>59</sup>
91. Die Beschwerdeführerin und der Verstorbene lebten fast zwanzig Jahre in einer eheähnlichen Gemeinschaft in der Wohnung des Verstorbenen zusammen. Der Verstorbene war beim Beginn ihrer Beziehung 58 Jahre alt und die Beschwerdeführerin 52 Jahre alt. In diesem Alter sind die Gründe, welche sonst für eine Eheschliessung sprechen, nicht mehr so stark ausgeprägt wie in jüngeren Jahren. Für beide Partner kam aufgrund ihres Alters zu diesem Zeitpunkt die Gründung einer Familie nicht mehr in Frage. Im Übrigen war niemand von ihnen auf die Ehe angewiesen, um im Alter abgesichert zu werden. Im Gegenteil, gerade im Bereich der ersten Säule ergeben sich auch Nachteile durch die Ehe.

---

<sup>58</sup> BREITSCHMID, AJP 2009, S. 1429.

<sup>59</sup> BREITSCHMID, Successio 2014, S. 13 f.

92. Der Verstorbene hatte zudem keine pflichtteilgeschützten Erben, womit er durch den Erlass einer letztwilligen Verfügung die Beschwerdegegnerin ohnehin als Alleinerbin einsetzen konnte. Ein erbrechtlicher Schutz der Beschwerdeführerin durch die Eheschliessung war somit nicht notwendig.
93. Hinzu kommt, dass der Verstorbene bereits einmal verheiratet war. Diese Scheidung hat den Verstorbenen stark mitgenommen, wodurch er wohl einer weiteren Eheschliessung skeptisch gegenüberstand. Gegen eine Ehe sprachen für den Verstorbenen somit offensichtlich nicht die erbrechtlichen Konsequenzen einer Eheschliessung, sondern vielmehr die negativen Erfahrungen aufgrund seiner gescheiterten Ehe.
94. Der Beschwerdeführerin ist damit gemäss Art. 612a Abs. 1 ZGB analog das Recht zuzugestehen, die Zuteilung der Wohnung zu verlangen.

**b) Keine Begünstigung des Beschwerdegegners**

95. Es trifft zwar zu, dass das Bundesgericht in seiner neusten Rechtsprechung den Gerichten die Kompetenz abspricht, Erbschaftsgegenstände selbst an die Erben zu verteilen.<sup>60</sup> Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall aber überhaupt nicht, nachdem der Erblasser selbst in seinem Testament diesbezüglich umfassend verfügt hat.
96. Wie ein Testament auszulegen ist, wurde bereits oben (Rz. 36) ausgeführt.
97. Gemäss testamentarischer Verfügung wollte der Erblasser der Beschwerdeführerin nach dem Wortlaut sein «Hab und Gut» zusprechen. Die Beschwerdeführerin sollte demnach im Grundsatz den ganzen Nachlass erhalten. Dies lässt sich dem Wortlaut ohne Zweifel entnehmen.
98. Auszulegen bleibt die Formulierung der Zuwendung an den Beschwerdegegner. Ihm wollte der Erblasser «immerhin» das zusprechen, was ihm «von Gesetzes wegen» zusteht.
99. Ein möglicher Auslegungsansatz wäre die Berufung auf die gesetzliche Erbfolge i.S.v. Art. 457 ff. ZGB. Dieser Ansatz muss aber klar verworfen werden. Würde man nämlich streng der gesetzlichen Erbfolge nachgehen, würde der Beschwerdegegner den gesamten Nachlass erben. Eine solche Interpretation lässt sich unmöglich mit der Zuwendung an die Beschwerdeführerin vereinbaren. Mit dem Wort «immerhin» brachte der Verstorbene klar zum Ausdruck, dass der Beschwerdegegner nicht den ganzen Nachlass, sondern höchstens einen Anteil erhalten solle. Diese Auslegungsvariante ist damit nicht mit dem Wortlaut des Testaments vereinbar.

---

<sup>60</sup> BGE 143 III 425, E. 5.9.

Zudem ging der Erblasser entgegen der tatsächlich vorliegenden Rechtslage im Verfassungszeitpunkt des Testaments davon aus, dass der abgeschlossene Erbvertrag gültig zustande gekommen sei. Gemäss diesem wäre der Beschwerdegegner bereits Alleinerbe gewesen. Das Testament wäre somit gar nicht erforderlich gewesen.

100. Am ehesten mit dem Willen des Erblassers vereinbar ist die Auslegung, dass der Verstorbene dem Beschwerdegegner lediglich seinen vermeintlichen Pflichtteil zusprechen wollte. Bei der Niederschrift des Testaments wollte der Verstorbene sorgfältig vorgehen und den angemessenen Pflichtteil des Beschwerdegegners berücksichtigen. Damit wollte der Verstorbene zum Ausdruck bringen, dass er seinen Bruder nicht enterben möchte. Dabei ist dem Erblasser aber offenbar entgangen, dass seit dem Jahre 1988 Geschwister überhaupt keinen Pflichtteilsanspruch mehr haben.
101. Dieses Unwissen kann einem juristischen Laien sicher nicht zum Nachteil gereichen. Die falsche Annahme lässt sich wohl auf das Beratungsgespräch beim Notar im Jahre 1983 im Zusammenhang mit dem Abschluss des Erbvertrages zurückführen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Geschwister ja tatsächlich noch nach Art. 471 Ziff. 3 aZGB (1907) pflichtteilsgeschützt. Nach dem Willen des Verstorbenen sollte der Beschwerdegegner daher höchstens eine allenfalls pflichtteilsgeschützte Quote an seinem doch beträchtlichen Nachlass von CHF 5'000'000.00 erhalten.
102. Das Testament muss also grundsätzlich so ausgelegt werden, dass die Beschwerdeführerin im Grundsatz den gesamten Nachlass erhalten, eine allfällige Pflichtteilsquote des Beschwerdegegners aber berücksichtigt werden sollte.
103. Daraus kann geschlossen werden, dass dem Beschwerdegegner höchstens ein Geldbetrag in der Höhe seines altrechtlichen Pflichtteilsanspruchs hätte zugesprochen werden sollen. Sicherlich nicht im Sinne des Erblassers war es freilich, die Wohnung, in der er gemeinsam mit seiner Lebenspartnerin die vergangenen zwanzig Jahre zusammengelebt hatte, dem Schicksal einer Losziehung auszusetzen und das Risiko einzugehen, dass die Beschwerdeführerin die gemeinsame Wohnung aufgrund eines Lospechs verlassen müsste.
104. Vielmehr ist es so, dass der Verstorbene seinen Bruder am liebsten überhaupt nicht beerben wollte, er allerdings fälschlicherweise davon ausging, dass seinem Bruder ein Pflichtteil zustehen würde. Es trifft zu, dass die Beziehung zwischen den Gebrüdern in der Vergangenheit durchaus eng war. In den letzten Jahren hatten die beiden aber keinen Kontakt mehr. Dies veranlasste den Erblasser daher auch zum Verfassen eines Testaments, in dem er seine Lebenspartnerin und engste Vertraute nach seinen Vorstellungen bestmöglich begünstigte.



105. Nachdem der Erblasser im Testament festhält, dass der Beschwerdegegner nur das ihm von Gesetzes wegen Zustehende erhalten sollte, wollte er ihm sicherlich keine eigentliche Erbenstellung verschaffen. Sein Wille ging offensichtlich dahin, ihn – wenn überhaupt – wertmässig abzufinden. Es steht der Beschwerdeführerin aber frei, womit sie ihm diesen Anspruch konkret abgelten will.

106. Mit Urteil vom 10. Oktober 2018 hielt das Obergericht des Kantons Bern fest, dass der Beschwerdegegner und die Beschwerdeführerin je zur Hälfte Erben des Nachlasses sind. Nach dem Gesagten ist diese Auslegung aber weder mit dem Wortlaut des Testaments vereinbar, noch entspricht dies dem erblasserischen Willen.

Die Unterzeichnenden bitten um wohlwollende Überprüfung vorgenannter Erwägungen und anschliessende Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Team 1755