

**LSI / AR
An das Schweizerisches Bundesgericht
Av. du Tribunal fédéral 29
1000 Lausanne 14**

**ANTWORT AUF DIE
BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN**

von

Herrn George Schmidt, (Adresse, Wohnort)
vertreten durch Team 14

Beschwerdegegner

gegen

Frau Marguerite X., (Adresse, Wohnort)
vertreten durch A.B.

Beschwerdeführerin

betreffend

**die Beschwerde in Zivilsachen gegen
das Urteil des Tribunal Cantonal du Canton de Vaud
(Datum des Urteils)**

Team 14

INHALTSVERZEICHNIS

RECHTSBEGEBEHREN.....	1
BEGRÜNDUNG.....	1
I. Tatsächliches.....	1
II. Rechtliches	2
A. Formelles.....	2
B. Materielles.....	3
1. Vom Kläger angefochtene Punkte.....	3
2. Begründung der Begehren des Beschwerdegegners.....	3
2.1. Anwendbares Recht.....	3
2.2. Kein Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses	4
2.2.1. Allgemeines	4
2.2.2. Formell gültiges Testament.....	4
2.2.3. Vorliegen eines relevanten inhaltlichen Irrtums	5
2.2.4. Verfügungsfähigkeit des Erblassers.....	6
2.2.5. Eventualiter: Materielle Zulässigkeit der letztwilligen Verfügung.....	8
2.2.5.1. Allgemeines	8
2.2.5.2. Nutzniessungsvereinbarung nach Erteilungsvertrag.....	8
2.2.5.3. Nichtvorliegen einer Ersitzung	10
2.2.5.4. Nichtvorliegen eines rechts gültigen Verschaffungsvermächtnisses.....	10
2.2.6. Fazit.....	10
2.3. Eventualiter: Anspruch auf Ersatz aus Quasi-Nutzniessung.....	10
2.3.1. Allgemein.....	10
2.3.2. Einfluss Gütertrennungvertrag auf gesetzlichen Erbteil.....	11
2.3.3. Vorliegen einer Quasi-Nutzniessung am Wertpapier-Dossier.....	12
2.3.4. Fazit.....	13
2.4. Ungültigkeit des Testaments	13
2.4.1. Allgemeines	13
2.4.2. Erbunwürdigkeit.....	13
2.4.3. Sittenwidrigkeit.....	14
2.4.4. Fazit.....	16
LITERATURVERZEICHNIS	II
URTEILE.....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	V

RECHTSBEGEHREN

1. Die Klage bezüglich des Anspruchs auf Herausgabe des Gemäldes „Das Mädchen mit den Dominosteinen“ des Malers Albert Anker sei aufgrund fehlender Verfügungsfähigkeit sowie auch Verfügungsfreiheit abzuweisen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass
 - a. der Beklagte einen Anspruch auf Ersatz aus Quasi-Nutzniessung hat,
 - b. die Beschwerdeführerin infolge Erbnunwürdigkeit von der Erbschaft der Erblasserin Wilhelmina Dearlove ausgeschlossen ist,
 - c. das Testament infolge Sittenwidrigkeit gem. Art. 20 Abs. 1 OR nichtig ist.
3. Sämtliche Kosten gehen zu Lasten der Klägerin.

BEGRÜNDUNG

I. Tatsächliches

Die 1920 in London geborene Wilhelmina Dearlove war die zweite Ehefrau des geschiedenen Adrian Schmidt, Vater des Beklagten. Adrian Schmidt und Wilhelmina Dearlove waren seit 1971 verheiratet und lebten in Gütertrennung. Der Vater des Beklagten war schon vor der Heirat in Besitz eines beachtenswerten Wertpapier-Dossiers in Höhe von etwa 1 Million Schweizer Franken und verfügte darüber hinaus noch über eine geringe Zahl Fahrnisgegenstände. Darunter befand sich das Gemälde von Albert Anker „Das Mädchen mit den Dominosteinen“ (nachfolgend: Anker Gemälde), welches Adrian Schmidt von seinem Vater geerbt hatte.

Nach dem Tod von Adrian Schmidt im Jahr 2000 bot Wilhelmina Dearlove dem Beklagten an, ihm das Bild seines Vaters im Wert von 300'000 Schweizer Franken zu überlassen. Um seiner Stiefmutter keine Unannehmlichkeiten zu bereiten, sicherte der Beklagte ihr das Nutzungsrecht der Fahrnis zu. Da der Vater des Beklagten ihn in Geldsachen immer zur Vorsicht angehalten hatte, bestätigte er diese Vereinbarung mit einem Brief. Dieser wurde auch von Wilhelmina Dearlove mit folgendem in Lausanne eigenhändig unterschriebenen und auf den 31. Januar 2001 datierten Brief beantwortet: *„Ich bestätige dir hiermit dass du als einziger Erbe deines Vaters nicht nur sein ganzes Vermögen, sondern auch meins erbst.“*

Nach und nach verlor Wilhelmina Dearlove das Gedächtnis und war nur noch selten bei klarem Verstand. Laut Feststellung ihres Hausarztes Dr. Pierre hatte sie teils klare Momente aber redete mehrheitlich „zusammenhanglose Sachen“.¹

Unterstützt wurde Wilhelmina Dearlove von ihrem Chauffeur und Boten Jean sowie der Klägerin, welche ihr als Pflegerin half. Diese Dienste liessen sich die beiden teuer bezahlen. So schmolz das

¹ Feststellung des Hausarztes (gem. Sachverhalt).

Wertpapiervermögen in Höhe von 1 Millionen Schweizer Franken, welches ursprünglich Adrian Schmidt gehört hatte, auf nur noch 500'000 Schweizer Franken.

Da der Beklagte den beiden gegenüber misstrauisch war, behielt er einen Schlüssel zur Wohnung seiner Stiefmutter, um sicher zu gehen, dass nichts abhanden kommen oder gestohlen werden würde. Dennoch gelang es den beiden aufgrund der Geistesschwäche der Erblasserin, Wilhelmina Dearlove zu Erstellung eines Testaments zu bewegen, in dem sie ihnen ein Miniaturportrait aus Elfenbein sowie ein Gemälde mit folgenden Worten vermachte: *„Nach meinem Tode soll Jean das Miniaturportrait des Edelmannes und Marguerite das Ann Kerr Gemälde mit dem jungen Mädchen bekommen“*. Die Mitteilung wies folgendes Datum und Unterschrift auf: *„Wilhelmina Dearlove, Lausanne, den 20. April 2009“*.

Wilhelmina Dearlove verstarb drei Monate später. Die einzigen Blutsverwandten von Wilhelmina Dearlove waren zwei in England lebende Cousinen. Der Beklagte schloss unverzüglich ihre Wohnung ab und wechselte die Schlösser aus. Er wandte sich an das verantwortliche Friedensgericht und übergab den Brief seiner Stiefmutter vom 31. Januar 2001 sowie einen Auszug aus dem Personenstandregister, welcher bescheinigte, dass er das einzige Kind des verstorbenen Ehemanns von Wilhelmina Dearlove sei. Das Friedensgericht erkannte den Beklagten als Alleinerben aller Güter an, nachdem die beiden Cousinen informiert worden waren, allerdings auf eine Reaktion verzichteten.

Als Jean den Brief vorlegte, welcher die vermeintlichen Vermächtnisse an ihn und an die Klägerin vorwies, war der Beklagte äusserst überrascht. Er verweigerte die Herausgabe des Gemäldes und des Miniaturportraits mit dem Argument, dass seine Stiefmutter nicht befugt war, über die Sachen zu verfügen. Vielmehr sei die Verstorbene von den beiden unter Druck gesetzt worden und die Schenkung demnach unmoralisch. Die Herausgabe des Anker Gemäldes im Wert von 300'000 Schweizer Franken hätte zudem seinen Pflichtteil verletzt.

Anfang Januar 2011 erhoben Jean und die Klägerin Klage, um die Auslieferung der Vermächtnisse zu erzwingen. Die Klage wurde sowohl von der Zivilkammer des Waadtländer Kantonsgerichts als auch von der zivilen Berufsabteilung des Waadtländer Kantonsgerichts abgelehnt. Beide führten als Argument an, dass das Anker Gemälde Eigentum des Ehemannes der Verstorbenen gewesen sei und Wilhelmina Dearlove aufgrund mangelnden Eigentums nie testamentarisch darüber hätte verfügen dürfen.

II. Rechtliches

A. Formelles

In formeller Hinsicht wird der Rechtsmittelschrift nicht widersprochen.

B. Materielles

1. Vom Kläger angefochtene Punkte

In der Klageschrift macht die Klägerin geltend, dass das Kantonsgericht des Kantons Waadt die Eigentumsverhältnisse falsch beurteilt habe. Sie stützt ihre Behauptungen einerseits auf die Bestimmungen zur Erbteilung und versucht eine Auslegung der Absprache zwischen dem Beklagten und der Verstorbenen zu ihren Gunsten zu erreichen. Andererseits stützt sie sich auf die Regelungen zur Ersitzung sowie auf das Vorliegen eines Verschaffungsvermächtnisses.

Der Beklagte nimmt im Folgenden zu den Behauptungen der Klägerin Stellung und zeigt auf, dass das Testament aufgrund mangelnder Verfügungsfähigkeit, inhaltlicher Mängel des Testaments sowie aufgrund mangelnder Verfügungsfreiheit ungültig ist. Es wird dargelegt, dass eine Erbteilung zu Gunsten des Beklagten erfolgte und dass es sich um eine gültig zustande gekommene Nutzniessungsvereinbarung handelte.

Eventualiter vertritt der Beklagte die Auffassung, dass durch eine mögliche Herausgabe des Anker Gemäldes sein Pflichtteil aus dem Erbe seines Vaters verletzt werden würde. Darüber hinaus wird angeführt, dass die Klägerin erbunwürdig und das Testament aufgrund von Sittenwidrigkeit nichtig ist.

2. Begründung der Begehren des Beschwerdegegners

2.1. Anwendbares Recht

Wilhelmina Dearlove ist in London geboren und deshalb mangels anderweitiger Hinweise britische Staatsbürgerin. Aufgrund ihrer Staatsbürgerschaft untersteht sie grundsätzlich dem britischen Recht, es sei denn, bestimmte Normen des IPR sind anwendbar. Es stellt sich somit die Frage nach dem Gerichtsstand und dem anwendbaren Landesrecht. Es handelt sich vorliegend um einen Fall des internationalen Erbrechts. Da zwischen England und der Schweiz einzig das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht² als Staatsvertrag massgebend ist, gelten ansonsten für Erbfälle die subsidiären Regeln des IPRG.³ Es sind daher die Regeln des IPRG anzuwenden. Die Frau Wilhelmina Dearlove vor ihrem Tod mehrere Jahre in Lausanne im Kt. Waadt in der Schweiz lebte, ist die Absicht des dauernden Verbleibens entsprechend Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG anzunehmen. Ihr letzter Wohnsitz war in der Schweiz, weshalb ihr Nachlass in Anwendung von Art. 90 Abs. 1 IPRG schweizerischem Recht untersteht. Art. 90 Abs. 2 IPRG überlässt es einem Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz zwar, den Nachlass einem seiner Heimatrechte zu unterstellen, doch nahm die Erblasserin dieses Recht

² 11. Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (Conclue le 5 octobre 1961) <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt11fr.pdf>> (besucht am 6.11.2011).

³ KUHN-ADLER, S. 289.

nicht wahr. Der Grundsatz der *professio iuris* kommt daher hier nicht zur Anwendung.⁴ Der Gerichtsstand liegt gem. Art. 86 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 GestG beim Waadtländer Kantonsgericht im Kt. Waadt in der Schweiz und es ist schweizerisches Recht anwendbar.

Zu beachten bleibt darüber hinaus, dass englisches internationales Erbrecht den Nachlass in bewegliches (*movables*) und unbewegliches (*immovables*) Vermögen spaltet. Bewegliches Vermögen wird nach dem Recht des letzten Domizils des Erblassers vererbt, unbewegliches demgegenüber nach dem *lex rei sitae*, also dem Recht des Staates in dem das unbewegliche Vermögen gelegen ist.⁵

Vorliegend handelt es sich bei dem umstrittenen Vermögenswert um ein Gemälde. Ein Gemälde ist eine Sache, also ein unpersönlicher, für sich bestehender, körperlicher Gegenstand, welcher der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann.⁶ Demnach handelt es sich um bewegliches Vermögen, welches dem Recht des *domicile* des Erblassers untersteht. Der englische *domicile* Begriff unterscheidet sich entscheidend vom kontinentaleuropäischen Wohnsitzrecht.⁷ Da aber Wilhelmina Dearlove durch die vielen Jahre in Lausanne mit ihrem Schweizer Mann und der Absicht dort ihren Lebensabend zu verbringen klar einen *animus manendi sine animo revertendi* begründete, ist die Schweiz als ihr *domicile of choice* zu sehen, wodurch auch nach englischem Recht vorliegend Schweizer Recht zur Anwendung kommt.⁸

2.2. Kein Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses

2.2.1. Allgemeines

Es wird dargelegt, warum die Klägerin keinen Herausgabeanspruch aus Art. 601 ZGB i.V.m. Art. 562 Abs. 3 ZGB geltend machen kann.⁹ Hierfür wird aufgezeigt, weshalb das Testament zwar formell gültig zustande gekommen ist, aufgrund eines rechtlich relevanten Irrtums, mangelnder Verfügungsfähigkeit sowie materieller Unzulässigkeit jedoch keinen Bestand hat.¹⁰

2.2.2. Formell gültiges Testament

Zunächst muss geprüft werden, ob es sich bei dem Brief von Wilhelmina Dearlove um eine Verfügung von Todes wegen (*disposition pour cause de mort*) handelt. Gemäss Numerus Clausus des Erbrechts kommen zwei Ausgestaltungsmöglichkeiten hierfür in Frage: das Testament und der Erbvertrag.¹¹ Es wird nachstehend dargelegt, weshalb hier von einem Testament ausgegangen wird. Nach Art. 498 ZGB sind für die Errichtung eines Testaments drei Formen möglich. Dies sind das eigenhändige Testament (*testament olographe*) gem. Art. 505 ZGB, das öffentliche Testament (*tes-*

⁴ SOMM, S. 116.

⁵ KUHN-ADLER, S. 289.

⁶ BURCKHARDT, S. 67.

⁷ KUHN-ADLER, S. 298.

⁸ KUHN-ADLER, S. 299.

⁹ BURCKHARDT, S. 52.

¹⁰ PraxKomm Erbrecht - (ABT), Art. 519 Abs. 1 N 19, S. 676.

¹¹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §66 N 4, S. 638; PraxKomm Erbrecht - (BURKART), Art. 484 N 1/2, S. 347 ff.

tament public) sowie das mündliche Testament (*testament oral*). Lediglich das eigenhändige wie auch das öffentliche Testament entsprechen jedoch den ordentlichen Testamentsformen.¹² Das von Wilhelmina Dearlove schriftlich verfasste Testament entspricht den Grundanforderungen eines holographen Testamentes gem. 505 ZGB. Es ist eigenhändig von Anfang bis Ende niedergeschrieben, sowie mit Datum und Unterschrift versehen.

Auch die Tatsache, dass es sich um einen Brief handelt, ist der Gültigkeit nicht abträglich.¹³ Es kommt vielmehr darauf an, dass Ernstlichkeit sowie Verfügungswille (*animus testandi*) vorliegen.¹⁴ Auch wenn dieser bereits hier angezweifelt werden könnte, wird aufgrund von Beweisschwierigkeiten zunächst von der formellen Gültigkeit des Testaments ausgegangen.

2.2.3. Vorliegen eines relevanten inhaltlichen Irrtums

Nachfolgend wird dargelegt, weshalb der Schreibfehler im Testament Rückschlüsse auf einen rechtlich relevanten Irrtum gem. Art. 469 ZGB zulässt. In dem wie bereits erläutert formell rechtmässig zustande gekommenen Testament vom 20. April 2009 vermachte die Erblasserin der Klägerin das „Ann Kerr Gemälde mit dem jungen Mädchen“.¹⁵

Bei dem Testament handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.¹⁶ Die Notwendigkeit der Auslegung um Sinn und Zweck dieser Verfügung zu erfassen ist nicht ausgeschlossen.¹⁷ Hierbei ist auf den wahren Willen des Erblassers abzustellen.¹⁸ Auszugehen ist für die Ermittlung des wahren Willens zunächst vom Wortlaut der letztwilligen Verfügung.¹⁹ Vorliegend ist der Wortlaut aufgrund der unrichtigen Schreibweise des Malers sowie der ungenauen Beschreibung des Gemäldes unklar. Zwar ist gem. Art. 7 ZGB i.V.m. Art. 18 Abs. 1 OR nicht die unrichtige Bezeichnung sondern der wirkliche Wille massgeblich, doch ist die Ermittlung desselben *in casu* nicht zweifelsfrei möglich.²⁰ Eine unklare Formulierung des Testaments, die mehrere Auslegungen zulässt, gestattet das Heranziehen anderer Beweismittel (*éléments extrinsèques*) neben der Testamentsurkunde.²¹ Hierbei ist eine Auslegung nach der am Erklärungsempfänger, vorliegend der Klägerin, orientierten Vertrauensprinzip unzulässig.²²

¹² TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §69 N 5, S. 674; WEIMAR (BK), Art. 508, N 2, S. 555.

¹³ BGE 117 II 142 E. 2a, S. 143 ff.

¹⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §69 N 8, S. 675; BGE 117 II 142 E. 2a, S. 143ff.

¹⁵ Erläuterungen zu der formellen Rechtmässigkeit des Testaments finden sich vorne in Ziffer 2.2.2.

¹⁶ BGE 131 III 106 E. 1.1 und 1.2, S. 108 ff.; ferner dazu: DRUEY, §12 N 4, S. 154, sowie BSK ZGB II – BREITSCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 467 – 536 N 20, S. 25.

¹⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §71 N 4, S. 686.

¹⁸ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §71 N 5, S. 687; BGE 100 II 98 E. 3.a, S. 101; PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Vorbemerkungen zu Art. 467 ff. N 6, S. 137.

¹⁹ BGE 131 III 106 E. 1.1, S. 108; Urteil 5A_698/2008 (des BGer) vom 24. April 2009 E. 2.2.

²⁰ Urteil 5A_698/2008 (des BGer) vom 24. April 2009 E. 2.2.

²¹ PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 ff. N 28, S. 143; BGE 131 III 106 E. 1.1, S. 108; Urteil 5C.53/2006 (des BGer) vom 12. April 2007 E. 4.1.

²² Das Vertrauensprinzip besagt, dass eine Willenserklärung so auszulegen ist, wie sie vom Empfänger nach dem Wortlaut, sowie den erkennbaren Umständen in guten Treuen verstanden werden durfte. Für viele: BGE 133 III 61 E. 2.2.1, S. 67, sowie BGE 132 III 24 E. 4, S. 28. Betreffend der fehlenden Anwendbarkeit auf Testamente: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §71 N 6, S. 687; Urteil 5A_698/2008 (des BGer) vom 24. April 2009 E. 2.2.

Vorliegend ähnelt die Schreibweise „Ann Kerr“ zwar dem Namen des Malers Anker, doch ist „Ann“ nach allgemeinem Sprachgebrauch ein weiblicher Name. Es kann daher nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Maler Albert Anker gemeint war. Vielmehr könnte es sich auch um einen vollständigen Namen einer Drittperson handeln. Ob es sich hierbei um den Namen der Künstlerin oder der dargestellten Person handelt, ist unbekannt. Darüber hinaus ist der Name Ann Kerr ein in Grossbritannien vorkommender Name. So wurde zum Beispiel die Englische Edeldame „Anne Stanley“, die *Countess of Ancram*, welche von 1600 bis 1657 lebte und Ehefrau von William Stanley, *6th Earl of Derby*, war, auch als Anne Ker bezeichnet. Da es sogar ein „Anne Ker“ benanntes Gemälde von ebendieser Edeldame von dem Maler Alfred Thomas gibt, kann durchaus auch dieses gemeint sein.²³ Darüber hinaus gab es eine britische Politikerin, Anne Kerr, welche von 1925 bis 1973 lebte. Sie war Wilhelmina Dearlove, da diese in Grossbritannien lebte, möglicherweise bekannt, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass eine Verwechslung diesbezüglich vorliegt und vorschnell angenommen wurde, dass das Anker Gemälde gemeint war.²⁴

Es könnte demnach ein Willensmangel vorliegen. Hierfür müsste der in dem Testament zum Ausdruck kommende Entschluss unter dem Einfluss einer falschen Vorstellung von der Wirklichkeit gefasst worden sein.²⁵

In Art. 469 Abs. 3 ZGB wird ein solcher Erklärungsirrtum, in dem bezogen auf eine Sache ein Irrtum bei der Bezeichnung vorliegt, geregelt. Es wird für die Richtigstellung des Testaments durch Auslegung verlangt, dass der Wille der Erblasserin mit Bestimmtheit festgestellt werden kann. Vorliegend bestehen Zweifel, ob die Erblasserin tatsächlich über das Anker Gemälde verfügen wollte. Zum einen benannte sie das Gemälde nicht korrekt und zum anderen wusste sie aufgrund des bestehenden Nutzniessungsvertrags, dass sie nicht im Eigentum des Anker Gemäldes war.²⁶ Zudem hatte die Erblasserin in dem Testament zu Gunsten des Beklagten eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass ihm das gesamte Vermögen seines Vaters, Adrian Schmidt, zukommen werde.

Ein Verfügungswille bezogen auf das Anker Gemälde ist somit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen. Reine Mutmassungen und Hypothesen genügen nicht, weshalb die letztwillige Verfügung zugunsten der Klägerin nichtig ist.²⁷

2.2.4. Verfügungsfähigkeit des Erblassers

Da das Testament ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist, muss die Erblasserin für die Ausübung ihrer Testierfreiheit Verfügungsfähig gem. Art. 467 ZGB gewesen sein.²⁸ Dies setzt sowohl Mündigkeit als auch Urteilsfähigkeit (*la capacité de discernement*) voraus. Die Erblasserin war

²³ Vgl. <<http://www.npgprints.com/image/341850/alfred-thomas-derby-gerrit-van-honthorst-anne-ker-nee-stanley-countess-of-ancram>> (besucht am 11.11.2011).

²⁴ Anne Patricia Kerr war Politikerin und Member of Parliament für den Bezirk „Rochester & Chatham“: <<http://www.leighrayment.com/commons/Rcommons2.htm>> (besucht am 12. November 2011).

²⁵ WEIMAR (BK), N 21 zu Art. 469 ZGB S. 142.

²⁶ Weitere Ausführungen betreffend des Nutzniessungsvertrags hinten unter Ziffer 2.2.5.2.

²⁷ WEIMAR (BK), N 34 ff. zu Art. 469 ZGB S. 146.

²⁸ WEIMAR (BK), N 22/26 ff. zu Art. 467 ZGB S. 123/124.

mündig i.S.v. Art. 14 ZGB. Urteilsfähigkeit gem. Art. 16 ZGB kann ihr jedoch nicht zugesprochen werden.

Urteilsfähigkeit beinhaltet eine intellektuelle Komponente sowie ein Willens- bzw. Charakterelement. Die intellektuelle Komponente umfasst die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit sowie Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen. Das Willens- bzw. Charakterelement setzt wiederum voraus, dass die Erblasserin in der Lage war, gemäss eigenem, freien Willen zu handeln und fremden Willensbeeinflussungen zu widerstehen.²⁹ Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit erfolgt zudem in Bezug auf Komplexität wie auch Tragweite der zu beurteilenden Handlung (Relativität der Urteilsfähigkeit).³⁰

Es wird nach der allgemeinen Lebenserfahrung grundsätzlich die Urteilsfähigkeit vermutet.³¹ Bei einer vorhandenen Geisteskrankheit, auch wenn diese mit luziden Intervallen (*intervalles lucides*) verbunden ist, wird jedoch eine umgekehrte Vermutung aufgestellt.³² Es gilt demnach die Urteilsfähigkeit zum betreffenden Zeitpunkt zu beweisen.³³ Die Vermutung der Urteilsunfähigkeit erfolgt vor allem in den Fällen von dauerndem alters- und krankheitsbedingtem geistigen Abbau.³⁴ Abzugrenzen ist dies von einem Zustand, in dem der Erblasser aufgrund hohen Alters lediglich gebrechlich oder zeitweise verwirrt ist.³⁵

Gemäss Feststellung des Hausarztes von Wilhelmina Dearlove, Dr. Pierre, litt die Erblasserin in ihrem beachtlichen Alter von fast 90 Jahren unter Gedächtnisverlust und war nur ab und zu bei klarem Verstand. Dies lässt darauf schliessen, dass es sich nicht nur um einen Fall zeitweiser Verwirrtheit sondern um einen dauernden altersbedingten geistigen Abbau handelt. Trotz gelegentlicher luzider Momente ist die Umkehr der Vermutung anzunehmen. Es ist also grundsätzlich von Urteilsunfähigkeit der Erblasserin auszugehen. Der Beweis der Urteilsfähigkeit obliegt der Klägerin und wurde nicht zufriedenstellend erbracht. Vor allem die Tatsache, dass das Testament Rechtschreibfehler und inhaltliche Unklarheiten aufweist, lässt auf das Nichtvorliegen eines luziden Intervalls schliessen.³⁶

Zuletzt lässt auch ihre leichte Beeinflussbarkeit auf die fehlende Widerstandskraft der Erblasserin gegenüber fremder Willensbeeinflussung schliessen.³⁷ Somit liegt ein entscheidendes Element der Urteilsfähigkeit nicht vor.³⁸ Da das Verfassen eines Testaments zu den anspruchsvollsten Geschäf-

²⁹ BGE 117 II 231 E. 2a, S. 232; PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 N 7, S. 156; WEIMAR (BK), Art. 467 N 5-7, S. 117.

³⁰ BGE 124 III 5 E. 1a, S. 7; PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 N 8, S. 156 ff.; WEIMAR (BK), Art. 467 N 8, S. 118.

³¹ PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 N 23, S. 162; BSK ZGB II – BREITSCHMID, Art. 467 N 12, S. 49; WEIMAR (BK), Art. 467 N 18, S. 122; BGE 124 III 5 E. 1b, S. 9.

³² BGE 124 III 5 E. 1b, S. 8; WEIMAR (BK), Art. 467 N 20, S. 122.

³³ BGE 124 III 5 E. 1b, S. 8; PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 N 23, S. 162; BSK ZGB II – BREITSCHMID, Art. 467/468 N 12, S. 49; AJP 2010, S. 242.

³⁴ Urteil 5A_12/2009 (des BGer) vom 25. März 2009 E. 2.1.

³⁵ PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER), Art. 467 N 28, S. 164.

³⁶ Weitere Ausführungen zu der inhaltlichen Unklarheit vorne in Ziffer 2.2.3.

³⁷ Näheres zur fehlenden Widerstandsfähigkeit gegenüber der Erbschleicherei der Klägerin hinten in Ziffer 2.4.

³⁸ Näheres zu der unzulässigen Beeinflussung durch die Klägerin findet sich hinten in Ziffer 2.4.

ten zu zählen ist, werden hohe Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt.³⁹ Diese sind *in casu* offensichtlich nicht erfüllt. Die Erblasserin gilt somit als nicht urteilsfähig und war nicht Verfügungsfähig i.S.v. Art. 467 ZGB.

2.2.5. Eventualiter: Materielle Zulässigkeit der letztwilligen Verfügung

2.2.5.1. Allgemeines

Neben der fehlenden Verfügungsfähigkeit sowie dem inhaltlichen Irrtum liegt auch eine fehlende materielle Zulässigkeit der letztwilligen Verfügung vor.⁴⁰ Es wird nachfolgend dargelegt, weshalb ein gültiger Nutzniessungsvertrag bestand und dass die Erblasser daher kein Eigentum (*propriété*) am Anker Gemälde hatte.

Nach Art. 481 ZGB hat jeder Erblasser das Recht, innerhalb der Schranken der Verfügungsfreiheit über sein Vermögen zu verfügen. Diese Schranke wurde mit der Verfügung über das Anker Gemälde, wie schon von der Vorinstanz bestätigt, überschritten. Die Erblasserin hatte lediglich ein Nutzniessungsrecht an dem Gemälde. Eigentum aufgrund von Ersitzung oder durch erfolgte Erbteilung wird nachfolgend ausgeschlossen.

2.2.5.2. Nutzniessungsvereinbarung nach Erbteilungsvertrag

Nach dem Tode von Adrian Schmidt ging dessen gesamtes Vermögen gem. Art. 602 Abs. 1 ZGB an die gesetzlichen Erben, Wilhelmina Dearlove und den Beklagten, über. Eine güterrechtliche Auseinandersetzung entfiel aufgrund der vereinbarten Gütertrennung.⁴¹ Wilhelmina Dearlove und der Beklagte wurden von Gesetzes wegen nach Art. 560 Abs. 1 ZGB als Erbengemeinschaft Gesamteigentümer der Erbschaft nach den Regelungen in Art. 652ff. ZGB.⁴² Diese Gesamteigentümerschaft endet grundsätzlich durch die Teilung der Erbschaft nach Art. 607 ZGB, welche entweder frei vereinbart werden, aufgrund einer Anordnung des Erblassers in der letztwilligen Verfügung gem. Art. 608 ZGB erfolgen kann oder mit behördliche Mitwirkung entsprechend Art. 609 ZGB vollzogen wird. Unter Wahrung zwingender Bestimmungen kann die freie Erbteilung nach Art. 607 ZGB gem. der Regelung in Art. 634 ZGB durch Realteilung sowie aufgrund eines schriftlichen Teilungsvertrags erfolgen.⁴³

Es wird aufgezeigt, weshalb vorliegend ein Teilungsvertrag anzunehmen ist. Ein Teilungsvertrag erzeugt die obligatorische Verpflichtung der Erben, wobei jedoch erst mit Vollzug der Teilung das Gesamteigentum zu Individualeigentum wird.⁴⁴ Der Teilungsvertrag muss der Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit gem. Art. 13ff. OR genügen, wobei ein Austausch von Briefen für die

³⁹ BGE 124 III 5 E. 1a, S. 7; Urteil 5C.282/2006 (des BGer) vom 2. Juli 2007 E 2.1; *successio* 2010, S. 197.

⁴⁰ Zur fehlenden Verfügungsfähigkeit sowie dem inhaltlichen Irrtum siehe vorne in Ziffer 2.2.3 und 2.2.4.

⁴¹ Leben Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung gem. Art. 247 ZGB, so ist eine güterrechtliche Auseinandersetzung unnötig, so: *PraxKomm Erbrecht - (SCHRÖDER)*, Art. 462 N 9, S. 104.

⁴² *PraxKomm Erbrecht - (HÄUPTLI)*, Art. 560 N 2 ff., S. 977; *BSK ZGB II - SCHWANDER*, Art. 560 N 2, S. 505.

⁴³ *PraxKomm Erbrecht - (WEIBEL)*, Art. 607 N 3, S. 1376; *BSK ZGB II - SCHAUFELBERGER*, Art. 607 N 5, S. 709.

⁴⁴ *TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO*, §85 N 7, S. 805.

Annahme eines Teilungsvertrages ausreichen kann.⁴⁵ Es ist hierbei notwendig, dass aus dem Erbteilungsvertrag hervorgeht, dass die Erben in ihrem Willen darin übereinstimmen, sich definitiv „im Sinne einer gänzlichen oder beschränkten Auseinandersetzung zu binden“.⁴⁶

In casu tauschten der Beklagte und die Erblasserin Briefe aus, in denen sie noch einmal die zuvor mündlich vereinbarte Nutzniessung bestätigten. Dass es sich nicht um eine Eigentumsübertragung zugunsten der Erblasserin sondern um eine Nutzniessungsvereinbarung gem. Art. 745 handelt, ist dem Testament zu entnehmen. Die Erblasserin verfügt in ebendiesem, dass der Beklagte als „einzig-er Erbe“ seines Vaters dessen gesamtes Vermögen sowie das ihrige erhalten solle. Die Formulierung „einzig-er Erbe“ beweist, dass ein Nutzniessungsrecht zugunsten der Erblasserin vereinbart wurde, das Eigentum am Vermögen des Verstorbenen Adrian Schmidt jedoch auf den Beklagten übergegangen ist.

Bei der Nutzniessung handelt es sich um eine Personaldienstbarkeit, welche der berechtigten Person gem. Art. 745 ZGB den Genuss an einer Sache unter Wahrung ihrer Substanz verschafft. Es ist somit ein beschränktes dingliches Recht, welches nach Art. 755 Abs. 1 ZGB zu Nutzung, Besitz und Gebrauch berechtigt. Vorliegend wird lediglich auf die Nutzniessung am Gemälde eingegangen. Die Nutzniessung am vorhandenen Wertpapier-Dossier wird nachfolgend dargelegt.⁴⁷

Es handelt sich vorliegend nicht um einen Fall der Ehegattennutzniessung, da diese gem. Art. 473 Abs. 1 ZGB durch den Erblasser hätte verfügt werden müssen. Vielmehr wurde die Nutzniessung an dem Gemälde vertraglich nach Erwerb des gemeinschaftlichen Eigentums beschlossen. Der Nutzniessungsvertrag wurde zusammen mit dem Erbteilungsvertrag durch die ausgetauschten Briefe geschlossen. Es ist dabei nicht hinderlich, dass die Unterschriften sich auf verschiedenen Briefen befanden.⁴⁸

Diese Eigentumsübergabe hätte zudem noch den Vollzug der Teilung erfordert. Da allerdings ein Nutzniessungsrecht zugunsten Wilhelmina Dearloves vereinbart worden war und sich diese im Besitz des Gemäldes befand, liegt ein Fall des Besitzeskonstituts (*Constitutum possessorium*) nach Art. 924 ZGB vor, weshalb die Erblasserin durch die übereinstimmenden Willensäußerungen zur unselbständigen Besitzerin der Sache wurde und das Eigentum rechtmässig an den Beklagten überging.⁴⁹

Es liegt somit sowohl eine gültige Nutzniessungsvereinbarung als auch ein gültiger Erbteilungsvertrag vor. Aufgrund vorangegangener Argumentation bezüglich des gültigen Nutzniessungsvertrags ist eine Prüfung der Eigentumsübertragung auf die Erblasserin somit obsolet.

⁴⁵ BGE 118 II 395 E. 3a, S. 398; PraxKomm Erbrecht - (BAILLARD), Art. 634 N 15, S.1531; BSK ZGB II – SCHAUFELBERGER, Art. 634 N 16, S. 756.

⁴⁶ BGE Ib 121 E. 2 S. 124.

⁴⁷ Weiteres zur Nutzniessung am Wertpapier-Dossier in Ziffer 2.3.3.

⁴⁸ BGE 118 II 395 E. 3a, S. 398; HUGUENIN N 319, S. 51.

⁴⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §90 N 13, S. 831; BGE 77 II 127 E. 2, S. 131.

2.2.5.3. Nichtvorliegen einer Ersitzung

Die Ersitzung nach Art. 728 ZGB setzt voraus, dass eine fremde bewegliche Sache ununterbrochen und unangefochten während fünf Jahren in gutem Glauben im Besitz gehalten wurde.

Zwar handelt es sich bei dem Anker Gemälde um eine fremde bewegliche Sache, doch befand sich diese lediglich aufgrund eines Nutzniessungsverhältnisses im Besitz der Erblasserin. Dies wusste sie aufgrund der ausgetauschten Briefe auch und hatte sich damit einverstanden erklärt. Durch die Feststellung im Testament zugunsten des Beklagten, dass der Beklagte „einziger Erbe“ seines Vaters sei, wird dies mehr als deutlich.

Die Erblasser war somit nicht in dem guten Glauben, Eigentümerin des Anker Gemäldes zu sein. Eine Ersitzung gem. Art. 728 ZGB ist ausgeschlossen.

2.2.5.4. Nichtvorliegen eines rechtsgültigen Verschaffungsvermächtnisses

Ein weiterer Grund, die materielle Zulässigkeit des Testaments zu negieren, kann aus Art. 484 Abs. 3 ZGB abgeleitet werden. Demgemäss ist ein rechtsgültiges Verschaffungsvermächtnis nur dann anzunehmen, wenn die Erblasserin mit ihrer letztwilligen Verfügung explizit erwirken wollte, dass die Erben eine Sache von einer Drittperson verschaffen und dem Bedachten übereignen.⁵⁰ Dieser Wille müsste zudem vom Bedachten bewiesen werden.⁵¹

Dem Testament kann im vorliegenden Fall nicht entnommen werden, dass die Erblasserin im Bewusstsein über die „Fremdheit“ der Sache verfügt hat.⁵² Vielmehr ist wahrscheinlich, dass die Erblasserin im Zustand der Verfügungsunfähigkeit schlichtweg vergessen hat, dass sich die Sache nicht mehr in ihrem Eigentum befand. Somit ist der Wille der Erblasserin zu negieren.⁵³

Es liegt kein rechtsgültiges Verschaffungsvermächtnis vor, aus dem sich ein Herausgabeanspruch zu Gunsten der Klägerin ableiten liesse.

2.2.6. Fazit

Das Vermächtnis ist somit zwar formell gültig zustande gekommen, der Erblasserin ist allerdings die Verfügungsfähigkeit abzuspochen. Es liegt Ungültigkeit aufgrund eines wesentlichen inhaltlichen Irrtums vor, die Erblasserin konnte aufgrund fehlenden Eigentums am Gemälde nicht über dieses verfügen und hat dies auch nicht durch ein rechtsgültiges Verschaffungsvermächtnis getan.

2.3. Eventualiter: Anspruch auf Ersatz aus Quasi-Nutzniessung

2.3.1. Allgemein

Sollte das Gericht auf eine Zulässigkeit des Vermächtnisses zugunsten der Klägerin befinden, macht der Beklagte geltend, dass er einem diesem Anspruch auf Herausgabe des Gemäldes entge-

⁵⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §71 N 20, S. 691; WEIMAR (BK), Art. 484 N 44, S. 352; ESCHER (ZK), Art. 484 N 19, S. 279; Urteil 5A_114/2008 (des BGer) vom 7. August 2008 E. 2.2.

⁵¹ BGE 91 II 94 E. 4, S. 99; ESCHER (ZK), Art. 484 N 19, S. 279; BURCKHARDT, S. 68.

⁵² Urteil 5A_114/2008 (des BGer) vom 7. August 2008 E. 5.2.

⁵³ Erläuterungen zur mangelnden Verfügungsfähigkeit und dem Zustand geistigen Abbaus befinden sich vorne in 2.2.4.

genstehen Anspruch hat. Bei diesem Anspruch handelt es sich um einen obligatorischen Anspruch auf Ersatz einer verbrauchten Nutzniessungssache gem. Art. 772 Abs. 1 ZGB.

Entgegen der Ausführungen der Klägerin macht der Beklagte keine Einrede aus Pflichtteilsverletzung geltend. Diesbezügliche Ausführungen sind obsolet, da eine solche Verletzung aufgrund der erfolgten Erbteilung zugunsten des Beklagten nicht erfolgt ist.⁵⁴ Betreffend des Erbes Wilhelmina Dearloves ist er zudem nicht pflichtteilsberechtigt gem. Art. 471 ZGB.

Aufgrund der erfolgten Erbteilung und des geschlossenen Nutzniessungsvertrags ist der Beklagte rechtmässiger Eigentümer des Anker Gemäldes wie auch des Wertpapier-Dossiers geworden. Nachfolgend wird dargelegt, weshalb die Erblasserin lediglich Nutzniessungsberechtigte am gesamten Vermögen des Erblassers war und weshalb der Beklagte einen Anspruch auf Ersatz des zur Hälfte verbrauchten Wertpapier-Dossiers hat. Hierfür wird zunächst dargetan, dass sich das Wertpapier-Dossier im Nachlass Adrian Schmidts und nicht im Miteigentum der Ehegatten befand. Dies wird anhand des bestehenden Gütertrennungsvertrags beurteilt. Im Anschluss wird erörtert, weshalb die Nutzniessung an dem Wertpapier-Vermögen durch den Erbteilungsvertrag begründet wurde und woraus sich der Anspruch des Beklagten auf Ersatz des verbrauchten Vermögens ergibt.

2.3.2. Einfluss Gütertrennungsvertrag auf gesetzlichen Erbteil

Ein in der Schweiz geschlossener Ehevertrag bestand zwischen dem Ehepaar nicht. Adrian Schmidt und Wilhelmina Dearlove hatten nach ihrer Eheschliessung einen Gütertrennungsvertrag vor einem englischen *solicitor* abgeschlossen. Grundsätzlich kommt Eheverträgen in Grossbritannien, so genannten *pre-nuptials* und *post-nuptials* nicht die bindende Wirkung zu, die sie im Schweizer Recht entfalten.⁵⁵ Der britische Supreme Court hat jedoch 2010 zu Gunsten der güterrechtlichen Regelungen gemäss Ehevertrag im Fall *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* entschieden und somit zumindest die Rechtsgültigkeit ebendieser Vereinbarungen bestärkt.⁵⁶ Der Ehevertrag ist gem. Art. 56 IPRG formgültig, da er dem Recht am Abschlussort entsprochen hat. Nach Art. 52 Abs. 1 IPRG unterstehen die güterrechtlichen Verhältnisse dem von den Ehegatten gewählten Recht. Falls ein Ehevertrag vereinbart wurde, hat nach Art. 55 abs. 2 IPRG ein Wohnsitzwechsel keine Auswirkungen auf das anwendbare Recht. *In casu* haben Adrian Schmidt und Wilhelmina Dearlove einen Gütertrennungsvertrag nach englischem Recht vereinbart. Eine güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Gütertrennung nach schweizerischem Recht findet somit nicht statt. Damit kann die Frage dahinstehen, ob das alte Güterrecht der Schweiz einen Einfluss auf die Gütertrennung hat, welche die Ehegatten im Jahre 1971 vor einem englischen *solicitor* vereinbarten.

⁵⁴ Erläuterungen zur erfolgten Erbteilung befinden sich vorne in Ziffer 2.2.5.2.

⁵⁵ Weitere Erläuterungen zu *pre-nuptials* und *post-nuptials* unter: <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/areas/marital-property-agreements.htm> (besucht am 12. November 2011).

⁵⁶ UK Supreme Court Judgement on *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* (2010) UKSC 42 http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0031_PressSummary.pdf (besucht am 7.11.2011).

Die Übergangsbestimmungen des ZGB für Ehen, die vor dem 1. Januar 1988 abgeschlossen wurden, kommen *in casu* nicht zur Anwendung.

Englische Gerichte haben das Recht, Vermögensausgleichsleistungen aus dem Nachlass anzuordnen, wenn ein Ehegatte stirbt, da das englische Recht weder gesetzliche noch ehevertragliche Güterstände kennt. Eine solche Anordnung kann vom Gericht aber nur getroffen werden, wenn der Verstorbene sein letztes Domizil in England hatte. Dies hat zur Folge, dass das gesamte Vermögen von Adrian Schmidt in den Nachlass fällt, da er nicht in England starb und somit auch kein gerichtlicher Vermögensausgleich statt findet.⁵⁷

Zwischen den Ehegatten gelten die allgemeinen englischen eigentumsrechtlichen Grundsätze, wobei gesetzliche Vermutungen für Miteigentumsverhältnisse der Ehegatten nicht bestehen.⁵⁸ Das gemeinsame Konto von Wilhelmina Dearlove und Adrian Schmidt, in welchem sie die Wertpapiere in Höhe von 1 Millionen Schweizer Franken von Adrian Schmidt hinterlegten, untersteht somit nicht der Vermutung eines Miteigentumsverhältnisses. Das Wertpapier-Dossier wird aufgrund der fehlenden Vermutung des Miteigentums sowie des bestehenden Gütertrennungsvertrags somit dem Nachlass Adrian Schmidts zugeordnet.

2.3.3. Vorliegen einer Quasi-Nutzniessung am Wertpapier-Dossier

Da das Wertpapier-Dossier Teil des Nachlasses Adrian Schmidts war, haben Wilhelmina Dearlove und der Beklagte gem. vorheriger Schilderung Gesamteigentum am Wertpapier-Dossier erlangt und dieses durch den Erbteilungs- sowie Nutzniessungsvertrag geteilt.⁵⁹

Betreffend verbrauchbare Sachen wird die Nutzniesserin Eigentümerin des Nutzniessungsvermögens. Dies ist vor allem bei der Nutzniessung an Bargeld anzunehmen. Für den Anfangswert, der zu Beginn der Nutzniessung bestand, ist die Nutzniesserin jedoch nach Art. 772 ZGB ersatzpflichtig.⁶⁰

Die Schriftlichkeit des Erbteilungs- sowie Nutzniessungsvertrags stellt gem. vorheriger Erläuterungen kein Problem dar.⁶¹ Es gilt allerdings darzulegen, weshalb die Vereinbarung von Erblasserin und Beklagtem auch betreffend Wertpapier-Dossier anzunehmen ist.

Gem. Art. 745 ZGB kann die Nutzniessung an einem Vermögen bestellt werden. Aufgrund des Spezialitätsprinzips besteht die Nutzniessung hierbei jedoch an den Einzelsachen, namentlich an dem Wertpapier-Dossier und dem Anker Gemälde.⁶² Obwohl in der mündlichen Absprache zwischen Beklagtem und der Erblasserin nicht explizit auf das Wertpapier-Dossier eingegangen wurde, belegt die Formulierung im Testament, dass der Beklagte als „einzigster Erbe“ anzusehen sei,

⁵⁷ SÜSS/RING, N 13 S. 599.

⁵⁸ SÜSS/RING, N 14 S. 599.

⁵⁹ Näheres zu dem Ablauf der Erbteilung unter Ziffer 2.2.5.2.

⁶⁰ successio 2011, S. 6.

⁶¹ Ausführungen zur Erbteilung in Ziffer 2.2.5.2.

⁶² TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §106 N 13, S. 831.

dass er tatsächlich auch Eigentum durch Erbteilung an dem Wertpapier-Dossier erhalten hat. Als einziger Erbe ist das Eigentum am Nachlass vollständig auf ihn übergegangen.

Eine Besitzübergabe, eigentlich konstitutive Voraussetzung der Eigentumsbegründung durch den Erbteilungsvertrag, kann aufgrund der vereinbarten Nutzniessung entfallen. Es liegt auch hier ein Fall des Besitzeskonstituts vor.⁶³ Die Erblasserin war zudem rechtmässige Nutzniesserin der Wertpapiere, da sich diese schon zuvor auf einem ihr und ihrem Ehegatten gemeinsam zugänglichen Konto befanden.⁶⁴ Demnach befand sich auch das Wertpapier-Dossier im Eigentum des Beklagten. Da es sich bei dem Wertpapier-Dossier um eine verbrauchbare Sache handelt und die Erblasserin die Hälfte der 1 Million Schweizer Franken für ihre Pflege ausgegeben hat, steht dem Beklagten ein Ersatzanspruch in Höhe von 500'000 Schweizer Franken gem. Art. 772 ZGB zu.

2.3.4. Fazit

Es handelt sich bei dem Anspruch der Vermächtnisnehmerin auf Herausgabe des Anker Gemäldes um einen obligatorischen Anspruch, dem wie dargelegt ein Anspruch aus der Quasi-Nutzniessung gem. Art. 772 ZGB entgegensteht. Der Beklagte ist demnach Gläubiger der Erblasserin und er hat ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlass derselben. Sollte das Gericht das Anker Gemälde als Eigentum der Erblasserin ansehen, so stünde es dem Beklagten zu, sich aus dem Wert dieses Gemäldes zu befriedigen. Demnach ist eine Herausgabe desselben an die Klägerin unzulässig.

2.4. Ungültigkeit des Testaments

2.4.1. Allgemeines

Die Frage der Erbnunwürdigkeit beurteilt sich nach Art. 540 ZGB und wird unter dem landläufigen Stichwort der Erbschleicherei abgehandelt. Als Erbschleicher wird verstanden, wer auf unredliche oder unmoralische Weise zu einer Erbschaft zu gelangen sucht.⁶⁵ Erbschleicherei ist kein selbständiger Ungültigkeitsgrund i.S.v. Art. 519 ZGB, kann jedoch im Rahmen der Erbnunwürdigkeit nach Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sowie im Rahmen der Unsittlichkeit beurteilt werden.⁶⁶

2.4.2. Erbnunwürdigkeit

Voraussetzung der Erbnunwürdigkeit gem. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist, dass der Erbe bzw. Vermächtnisnehmer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht bzw. ihn daran gehindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. Es wird aufgezeigt, weshalb es sich *in casu* um einen Fall der Arglist handelt.

Es ist erforderlich, dass die erbnunwürdige Person eine Fehlvorstellung bei der Erblasserin hervorruft, die kausal für die Ausstellung der Verfügung von Todes wegen ist.⁶⁷ Diese Vorstellung kann

⁶³ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, §90 N 13, S. 831; BGE 77 II 127 E. 2 S. 131.

⁶⁴ Die im Berner Kommentar zu Art. 772, N 8 und 9 genannten Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

⁶⁵ BGE 132 III 305 E. 2, S. 307; Urteil 5A_748/2008 (des BGer) E. 9.1 vom 16. März 2009.

⁶⁶ *successio* 2010, S. 197 und S. 203.

⁶⁷ BGE 132 III 305 E. 3.5, S. 310.

zum Beispiel darin bestehen, dass falsche Motive für das Verhalten der Person angenommen werden. Darüber hinaus ist Arglist erforderlich. Der Begriff der Arglist stimmt mit der Definition der Arglist gem. Art. 469 ZGB überein.⁶⁸ Er kann demnach sowohl in der Erregung als auch Benutzung bereits bestehender falscher Vorstellungen beim Erblasser bestehen.⁶⁹ Dieses Bewirken oder Ausnutzen muss zudem eine schwere Verfehlung gegenüber dem Erblasser darstellen und dem allgemeinen Empfinden nach zu missbilligen sein.⁷⁰

Arglist ist vorliegend darin zu sehen, dass der Erblasserin das Bestehen eines freundschaftlichen Verhältnisses bewusst vorgetäuscht wurde, um einen Teil des Nachlasses zu erhalten. Aufgrund des durch die Klägerin hervorgerufenen Irrtums verfasste die Erblasserin ein Testament zu deren Gunsten. Es bestand somit die Fehlvorstellung, dass nicht finanzielle Motive sondern eine freundschaftliche Beziehung das Verhalten gegenüber der Erblasserin prägten.

In ihrer Funktion als Pflegerin erschlich sich die Klägerin das Vertrauen der Erblasserin. Dies ermöglichte es ihr, die Erblasserin dazu veranlassen, eine Verfügung von Todes wegen zu ihren Gunsten auszustellen. Die Verfügung von Todes willen zu Gunsten der Klägerin wurde in ihrem Beisein erstellt, was den Eindruck der übermässigen Einflussnahme und des Ausnutzens der hervorgerufenen Fehlvorstellung noch bestärkt. Dieser Druck war nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch hypothetisch kausal für die Ausstellung der letztwilligen Verfügung, vor allem in Anbetracht der fehlenden Fähigkeit der Erblasserin, sich gegen Beeinflussungen Dritter zu wehren.⁷¹

Über die der Klägerin als Pflegerin zukommende Vertrauensstellung hinaus hatte sie einen grossen Einfluss auf die Erblasserin und war zu einer wichtigen Bezugsperson von ihr geworden. Ihre wahren Absichten verbarg sie jedoch gegenüber der Erblasserin. Vielmehr nützte sie das bestehende Abhängigkeitsverhältnis aus. Die Ausstellung des Testaments beruhte daher auf der fehlerhaften Annahme, die Zuwendung der Klägerin beruhe auf echter Freundschaft und Zuneigung.

Die Erbnunwürdigkeit gem. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist demnach zu bejahen.

2.4.3. Sittenwidrigkeit

Nachfolgend wird dargelegt, warum die Verfügung von Todes wegen zudem sittenwidrig war. Sittenwidrigkeit ist bei einem Verstoss gegen die herrschende Moral, also gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Rechtsordnung immanenten ethischen Wertmassstäbe und Prinzipien anzunehmen.⁷² Zu den möglichen Verstössen zählen solche gegen berufs- und standesrechtliche Grundsätze, wenn ein erhebliches öffentliches Interesse an der korrekten Berufsausübung besteht. Es wird vom Bundesgericht angenommen, dass die Annahme von Schenkungen regelmässig be-

⁶⁸ Laut Berner Kommentar zu Art. 469 N 25, S. 143, ist Arglistigkeit anzunehmen, wenn beim Erblasser ein Irrtum – wider besseren Wissens des Täuschenden – erregt wird, um ihn zu einer Verfügung von Todes wegen zu veranlassen.

⁶⁹ WEIMAR (BK), Art. 469 N 25, S.143.

⁷⁰ BGE 132 III 305 E. 3.3, S. 310.

⁷¹ Weiteres hierzu findet sich bei den Erläuterungen betreffen der Verfügungsfähigkeit vorne in Ziffer 2.2.4.; Hypothetische Kausalität im Zusammenhang mit Art. 469 ZGB wird näher erläutert im Urteil 5C.121/2005 (des BGer) E. 3.5 vom 6. Februar 2006.

⁷² BGE 129 III 604 E. 5.3, S. 617.

berufsethischen Maximen widerspricht, wobei hierbei auf bestimmte Berufsgruppen abgestellt wird.⁷³ Die Nennung von Ärzten, Psychologen sowie Haushaltshilfen und die Konkretisierung, dass diese in besonders sensiblen Bereichen tätig sind und ihre Tätigkeit tiefe Einblicke in persönliche sowie wirtschaftliche Belange der zu betreuenden Person erlauben, lässt eine analoge Beurteilung der berufsethischen Maximen für Pfleger annehmen, welche ebenfalls tiefe Einblicke in das persönliche Leben der betreuten Person haben. Da Schenkungen kurz vor dem Tode sowie Verfügungen von Todeswegen betreffend der aus ihnen resultierenden Rechtsfragen identisch sind, kann die Beurteilung der Sittlichkeit betreffend Schenkungen analog auf die letztwilligen Verfügungen angewandt werden.⁷⁴ Es muss somit beurteilt werden, ob die Verfügung von Todes wegen auf einem selbstbestimmten Entscheid beruht oder ob das Vertrauensverhältnis in entscheidender Weise ausgenützt wurde, um einen Einfluss auf die Entscheidung der Erblasserin zu nehmen. Sittenwidrigkeit kann sich schon daraus ergeben, dass die Willensentscheidung durch die Vertrauensperson beeinträchtigt wurde. Wie oben bereits erläutert, nahm die Klägerin bewusst Einfluss auf die Willensbildung der Erblasserin und hat demnach klar gegen berufsethische Grundsätze verstossen. Besonders deutlich wird dies, da in den medizin-ethischen Richtlinien und Empfehlungen zur „Behandlung und Betreuung von älteren, pflegebedürftigen Menschen“ genehmigt durch den Senat der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) vom 18. Mai 2004 explizit dargelegt wird, dass das Pflegepersonal mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken keinerlei Zuwendungen, also weder Schenkungen noch Erbschaften, entgegennehmen darf.⁷⁵ Der Zentralvorstand des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK) hat seinen Mitgliedern und allen Pflegenden die Anwendung und Achtung dieser Richtlinie empfohlen. Mit der Klage auf Herausgabe ihres Vermächtnisses verstösst die Klägerin somit eindeutig gegen ihre berufsethischen Bestimmungen. Es kann demnach Sittenwidrigkeit aufgrund von Verstoss gegen berufsethische Grundsätze angenommen werden. Die Verfügung von Todes wegen ist demnach gem. Art. 20 Abs. 1 OR nichtig.⁷⁶

⁷³ BGE 132 III 455 E. 4.1, S. 458 ; Weiter zur Sittenwidrigkeit der Zuwendungen an Vertrauenspersonen: AJP 2004, S. 1229 ff.

⁷⁴ successio 2010, S. 203.

⁷⁵ SAMW Richtlinie zur „Behandlung und Betreuung von älteren, pflegebedürftigen Menschen“ <<http://www.sbk-asi.ch/webseiten/deutsch/7service/pdf/Behandlung%20älteren%20Menschen.pdf>> (besucht am 08.11.2011).

⁷⁶ successio 2010, S. 203.

2.4.4. Fazit

Aufgrund von Erbunwürdigkeit der Klägerin gem. Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sowie aufgrund von Sittenwidrigkeit gem. Art. 20 Abs. 1 OR ist das Testament vom 20. April 2009 ungültig. Die Klägerin hat somit keinen Anspruch auf Herausgabe des Anker Gemäldes.

*

*

*

Damit sind die eingangs gestellten Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich um deren Gutheissung ersucht.

Mit hochachtungsvollen Grüßen

Team 14

LITERATURVERZEICHNIS

- AJP, Aktuelle juristische Praxis, Zürich 2004 -/2010
- BSK ZGB II, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB und Art. 1 – 61 SchlT ZGB, Hrsg.: HONSELL HEINRICH/ NEDIM PETER VOGT/ GEISER THOMAS, 4. Aufl., Basel 2011. (Zitierweise: BSK ZGB II – (AUTOR), Artikel).
- BURCKHARDT CHRISTOPH, Die Vermächtnisforderung. Dogmatische Struktur, Erfüllung und Erfüllungszwang, Diss. Zürich 1986.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002.
- ESCHER A., Zürcher Kommentar Bd. III: Erbrecht, 1. Abt.: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008.
- KUHN-ADLER HANS, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz. Eine Analyse internationaler Erbfälle im Verhältnis der Schweiz zu Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, dem Fürstentum Lichtenstein, Griechenland, England und den Niederlanden, Diss. Zürich 1998.
- PraxKomm Erbrecht, Praxiskommentar Erbrecht (Nachlass-Planung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozess-Führung), Hrsg. von ABT DANIEL/ WEIBEL THOMAS, 2. Aufl., Basel 2011. (Zitierweise: PraxKomm Erbrecht – (AUTOR), Artikel).
- SOMM PATRIK, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (598-600 ZGB), Diss. Basel 1993.
- successio, Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, Zürich 2007 – 2011. (Zitierweise: successio (Jahr), Seitenzahl).
- SÜSS/ RING GERHARD, Eherecht in Europa, Angelbachtal 2006.

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/
RUMO-JUNGO

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/
RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivil-
gesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009.

WEIMAR (BK)

WEIMAR PETER, Berner Kommentar Bd. III: Das Erb-
recht, 1. Abt.: Die Erben, 1. Teilbd.: Die gesetzlichen
Erben & die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die
Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfü-
gungsarten, die Verfügungsformen Art. 457-516 ZGB,
Bern 2009.

Zitierweise:

Wenn nicht anders vermerkt, werden Zitate im Text mit dem Nachnamen des AUTORS (der Autoren), sowie Fundstelle innerhalb des jeweiligen Werkes mit Seitenzahl plus Randziffer (N), ansonsten nur mit Seitenzahl genannt.

URTEILE

LEITENTSCHEIDE DES BGER

BGE Ib 121
BGE 77 II 127
BGE 91 II 94
BGE 100 II 98
BGE 117 II 142
BGE 117 II 231
BGE 118 II 395
BGE 124 III 5
BGE 129 III 604
BGE 131 III 106
BGE 132 III 24
BGE 132 III 305
BGE 132 III 455
BGE 133 III 61

NICHT PUBLIZIERTE ENTSCHEIDE DES BGER

Urteil 5C.121/2005 (des BGer) vom 6. Februar 2006.
Urteil 5C.53/2006 (des BGer) vom 12. April 2007
Urteil 5C.282/2006 (des BGer) vom 2. Juli 2007
Urteil 5A_114/2008 (des BGer) vom 7. August 2008
Urteil 5A_748/2008 (des BGer) vom 16. März 2009.
Urteil 5A_12/2009 (des BGer) vom 25. März 2009
Urteil 5A_698/2008 (des BGer) vom 24. April 2009

ENTSCHEIDE AUSLÄNDISCHER GERICHTE

UK Supreme Court Judgement on Radmacher (formerly Granatino) v Granatino (2010) UKSC 42

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGer	Bundesgericht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäss
GestG	Gerichtsstandsgesetz
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kt.	Kanton
lit.	litera
N	Randziffer
OR	Obligationenrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

VOLLMACHT

Herr George Schmidt

nachstehend **Vollmachtgeber** genannt, bevollmächtigt hiermit unter Einräumung des Substitutionsrechts

die Fürsprecher/innen des Team 14

nachstehend **Fürsprecher/innen** genannt, mit Zustellungsdomizil

auf ihrer Kanzlei

zur Vertretung in Sachen Swiss Moot Court 2012 - Zivilrecht

Die Fürsprecher/innen werden ermächtigt, den Vollmachtgeber in dieser Sache zu vertreten und alle dazu erforderlichen Vorkehren in seinem Namen zu treffen. Sie werden insbesondere bevollmächtigt, einen Prozess anzuheben, einen Vergleich oder eine Schiedsabrede abzuschliessen und einen Verzicht oder den Abstand zu erklären. Die Fürsprecher/innen wahren die Interessen des Vollmachtgebers nach Recht und Billigkeit und besorgen das ihnen Anvertraute gewissenhaft; gleichzeitig verpflichten sie sich zu Treue und Verschwiegenheit.

Der Vollmachtgeber verpflichtet sich zur Bezahlung des Honorars und der Auslagen der Fürsprecher/innen nach Massgabe der Bestimmungen des Kantonalen Anwaltsgesetzes und der Parteikostenverordnung. Eine besondere Honorarvereinbarung bleibt vorbehalten. Der Vollmachtgeber verpflichtet sich, den Fürsprecher/innen auf deren Verlangen einen angemessenen Vorschuss zu leisten und diesen nötigenfalls zu ergänzen.

Alle Streitigkeiten zwischen dem Vollmachtgeber und den Fürsprecher/innen werden durch das Gericht am Geschäftssitz der Fürsprecher/innen entschieden, soweit das Gesetz keinen anderen, zwingenden Gerichtsstand vorsieht. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Zuständigkeit der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern.

Ein gleichlautendes Doppel dieser Vollmacht steht zur Verfügung des Vollmachtgebers. Die Vollmacht ist jederzeit widerrufbar.

Ort und Datum:

Schweiz den 14.11.2011

Die Fürsprecher/innen:

[Handwritten signature]

Der Vollmachtgeber:

George Schmidt

Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Vollmachtgeber/In und Fürsprecher/In finden sich u.a. in:

- Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.3.1911, SR 220 (Art. 394 ff)
- Bundesgesetz vom 23.6.2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, SR 935.61
- Kantonales Anwaltsgesetz vom 28.03.2006, BSG 168.11
- Parteikostenverordnung vom 17.05.2006, BSG 168.811
- Zivilprozessordnung
- Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes vom 01.07.2005
- und unter www.bav-aab.ch

Offizieller Text des Bernischen Anwaltsverbandes