



Privatrecht II

19. Juni 2017

Dauer: 180 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 3 Seiten (ohne Deckblatt) und 3 Aufgaben.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	42% des Totals
Frage 1	16% des Totals
Frage 2	14% des Totals
Frage 3	12% des Totals
Aufgabe 2	23% des Totals
Frage 1	10% des Totals
Frage 2	7% des Totals
Frage 3	6% des Totals
Aufgabe 3	35% des Totals
Frage 1	27% des Totals
Frage 2	8% des Totals

Total **100 %**

- Änderungen von jeweils bis zu 5 % bleiben vorbehalten.
- **Bitte beginnen Sie jede Aufgabe und jede Frage auf einem neuen Blatt.**

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!

Aufgabe 1 (42%)

Kurt (K) ist Eigentümer des Restaurants Rosenthal auf der Bettmeralp (Marktwert: CHF 2.5 Mio.). Kurt, der bereits 65-jährig ist, überlegt sich derzeit, wer seine Nachfolge als Restaurantinhaber antreten könnte. Obwohl Kurt selbst kinderlos ist, wünscht er sich dennoch, dass das Restaurant in der Familie bleibt. Sein einziger Neffe Tim (T) studiert an der Hotelfachhochschule in Lausanne. Die Abschlussprüfungen stehen kurz bevor. Kurt und Tim pflegen ein gutes Verhältnis. Eines Tages lädt Kurt Tim zum Abendessen ein, um eine mögliche Übernahme des Restaurants zu besprechen. Tim ist von der Idee begeistert. Ein paar Wochen später, am 15. Mai 2017 schliessen Kurt und Tim formgültig folgende Vereinbarung ab: Weil Tim noch nicht genügend Kapital angespart hat und Kurts Vater letzterem das Restaurant seinerzeit unentgeltlich vermacht hatte, ist Kurt bereit, Tim das Restaurant für CHF 400'000 zu übergeben. Die beiden beschliessen, diesen Betrag vorerst als Darlehen stehen zu lassen. In der Folge lassen die beiden die notwendigen Änderungen im Grundbuch vornehmen.

Vom 15. Mai 2017 bis zum Abschluss von Tims Prüfungen Mitte Juni 2017 soll das Restaurant geschlossen bleiben. Da Kurt selbst auf der Bettmeralp wohnt und Tim bis zu den Abschlussprüfungen in Lausanne verweilen muss, erklärt sich ersterer damit einverstanden, währenddessen im Restaurant nach dem Rechten zu sehen. Als Kurt an einem Nachmittag ins Restaurant kam, sah er, dass die grossen Schaufenster stark verschmutzt waren. Da er gerade genügend Zeit hatte, entschloss er sich kurzerhand die Fenster zu putzen, um Tim einen zusätzlichen Gefallen zu tun. Aufgrund einer Unachtsamkeit von Kurt beim Heruntersteigen von der Leiter stürzte diese um und beschädigte dabei ein Fenster. Kurt erachtete den entstandenen Schaden als nicht besonders gross, weshalb er entschied, Tim erst nach dessen Prüfungen darüber zu informieren. Beim Verlassen des Restaurants entdeckte Kurt an der Wand des Lokals fünf Bilder, wovon eines das Restaurant Rosenthal zeigt und die vier anderen die Umgebung rund um die Bettmeralp. Die Bilder hatte Kurts Mutter Berta (B) vor Jahren gemalt. Zur Anfertigung der Bilder hatte Berta Kurts alte Leinwände verwendet. Nach der Fertigstellung hatten Kurt und Berta die Bilder gemeinsam im Restaurant aufgehängt, wo sie bis zu diesem Tag hingen. Als Erinnerung an seine Mutter nahm Kurt die Bilder mit nach Hause.

Als Tim nach den Prüfungen erfährt, dass Kurt ein Fenster beschädigt und die Bilder mitgenommen hat, ist er nicht erfreut. Kurt wiederum kann Tims negative Reaktion nicht verstehen. Immerhin seien die Bilder ein Andenken an seine Mutter und Tim hätte das Restaurant ohne sein Wohlwollen gar nie erhalten. Die Diskussion der beiden endet in einer heftigen Auseinandersetzung, in der es auch zu ehrverletzenden Beschimpfungen kommt. Nach diesem Vorfall ist Kurt nicht mehr sicher, ob er das Restaurant tatsächlich Tim übergeben will.

Fragen:

- 1. Kann Kurt noch auf irgendeine Weise verhindern, dass Tim das Restaurant Rosenthal übernimmt? (16%)**
- 2. Kann Tim die Bilder von Kurt mittels Eigentumsklage herausverlangen? (14%)**
Hinweis: Prüfen Sie bitte alle Anspruchsvoraussetzungen.
- 3. Gestützt auf welche Anspruchsgrundlagen kann Tim gegen Kurt wegen des beschädigten Fensters allenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen? (12%)**
Hinweis: Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen sind nicht zu prüfen.

Aufgabe 2 (23%)

Robert (R) ist vor kurzem verstorben. Er hinterlässt seine Lebenspartnerin Fiona (F) und zwei Schwestern (Elisa [E] und Nora [N]). Elisa und Nora haben je zwei Kinder. Roberts Bruder und Eltern sind bereits verstorben. Mit Fiona war Robert nie verheiratet. Fiona brachte drei Kinder in die Partnerschaft mit. Robert selbst blieb kinderlos. Aus diversen Gründen bestanden zwischen Elisa und Fiona stets grosse Spannungen. Im Nachlass von Robert finden sich zwei letztwillige Verfügungen. Beide wurden handschriftlich verfasst, datiert und unterzeichnet. In den Verfügungen finden sich folgende Klauseln:

„Testament vom 4. April 2014:

1. *Nach meinem Tode soll mein Vermögen ausschliesslich nach den Regelungen dieses Testaments verteilt werden.*
2. *Meine Lebenspartnerin Fiona und meine Geschwister erhalten folgende Vermächtnisse [Es folgt eine Liste mit Vermögensvorteilen (einzelne Nachlassgegenstände bzw. Sachgesamtheiten), die der/dem jeweiligen Vermächtnisnehmer/-in zukommen sollen].*
3. *[...]*
4. *Ist ein Vermächtnisnehmer bzw. eine Vermächtnisnehmerin zum Zeitpunkt meines Ablebens bereits verstorben, soll sein bzw. ihr Vermächtnis in meinen Nachlass fallen.*
5. *Wenn alle meine Geschwister und meine Lebenspartnerin Fiona verstorben sind, soll mein nach Ausrichtung der Vermächtnisse verbleibender Nachlass zu gleichen Teilen an meine Nichten und Neffen sowie die Kinder von Fiona verteilt werden.“*

„Nachtrag zum Testament vom 4. April 2014 vom 19. Juni 2014:

Ich bestimme, dass mein Willensvollstrecker meinen Nachlass nach seinem Gutdünken verteilt.“

Den Nachtrag vom 19. Juni 2014 hatte Robert vorgenommen, da sein ursprüngliches Testament den Konflikt zwischen Fiona und Elisa weiter intensiviert hatte. Er erachtete es als beste Lösung, wenn ein unbeteiligter Dritter nach seinem Ableben über den Nachlass entscheidet. So bliebe es ihm auch erspart, entweder für Elisa oder Fiona Partei zu ergreifen.

Fragen:

1. **Wie ist das Testament vom 4. April 2014 erbrechtlich zu würdigen? Welche Personen hätten am 5. April 2014 die Erbengemeinschaft gebildet, wenn Robert an diesem Tag verstorben wäre? (10%)**
2. **Wie ist der Nachtrag vom 19. Juni 2014 zu verstehen? (7%)**
3. **Kann Fiona den Nachtrag vom 19. Juni 2014 in eigenem Namen anfechten? (6%)**

Aufgabe 3 (35%)

Tabea (T) und Eduardo (E) sind seit 2002 miteinander verheiratet. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, die 12-jährige Sabine (S) und der 15-jährige Mauro (M). Sabine leidet seit Geburt an diversen Allergien. Vor einem halben Jahr hat das Eheschutzgericht das Getrenntleben der beiden Ehegatten festgestellt und die Obhut über die Kinder Tabea zugeteilt. Eduardo wurde ein Regelbesuchsrecht eingeräumt. Während der Ehe war Eduardo 100% erwerbstätig. Tabea hat den Haushalt geführt und die Kinder betreut. Obwohl die Trennung von Tabea ausging, quälte sie nach dem Entscheid des Eheschutzgerichts vermehrt der Gedanke, dass Eduardo vermutlich nun mit einer anderen Lebenspartnerin ein neues Leben aufbauen wird. Sie begann daher Sabine und Mauro zu befragen, ob ihr Vater zu Frauen Kontakt habe, wenn sie bei ihm zu Besuch sind. Dies wurde von den Kindern zunächst stets verneint. Eines Abends erzählt Mauro aber seiner Mutter, dass sein Vater vermehrt von einer guten Freundin namens Carmen (C) spreche. Als Tabea die Kinder ein paar Tage später zu Eduardo brachte, sah sie, wie dieser gerade Carmen mit einer herzhaften Umarmung verabschiedete. Wenig später erfuhr Tabea dann auch noch, dass Mauro und Sabine nun ihrerseits direkten Kontakt mit Carmen haben und diese sympathisch finden. Als Tabea Eduardo auf Carmen ansprach, antwortete dieser, dass sie sein Privatleben nichts mehr angehe. Dies betrachtete Tabea als Bestätigung dafür, dass Eduardo die Kinder von ihr entfremden und sie durch Carmen ersetzen will. Von nun an sprach Tabea in der Gegenwart der Kinder vermehrt schlecht über Carmen und Eduardo. Sie versuchte auch, durch vorgeschobene Einwände die Besuche der Kinder bei ihrem Vater zu verhindern, zumal Carmen inzwischen bei Eduardo eingezogen war. Ferner verweigerte sie auch weitgehend die Kommunikation mit Eduardo, beispielsweise über die Behandlung von Sabines Allergien. Während Mauro regelmässig seinen Vater und Carmen in Schutz nahm, lehnte Sabine zunehmend die Besuche bei ihrem Vater ab. An einem Mittwochnachmittag erwischte Eduardo Tabea dabei, wie sie ihn, Carmen und Mauro bei einem Badeausflug an einen nahegelegenen See verfolgte und beobachtete. Angesichts dieser Tatsachen entschloss Eduardo beim Scheidungsgericht das alleinige Sorgerecht für Mauro und Sabine zu beantragen. Er gab zu Protokoll, dass er bereit sei, dafür sein Arbeitspensum zu reduzieren. Die finanziellen Verhältnisse liessen dies zu. Ein vom Gericht in Auftrag gegebenes Gutachten stellte fest, dass Tabea aufgrund einer Angststörung derzeit nur begrenzt erziehungsfähig sei. Eine Psychotherapie habe aber gute Erfolgsaussichten. Eduardo andererseits sei in erzieherischer Hinsicht oftmals unsicher und teils gar etwas naiv. Nicht zuletzt deshalb seien häufig die Hausaufgaben der Kinder nicht gemacht, nachdem sie bei ihrem Vater zu Besuch gewesen sind. In der Anhörung sagte Mauro aus, dass er unter der Woche gerne bei Eduardo wohnen würde. Sabine hingegen meint verzweifelt, sie verstehe nicht, weshalb ihr Vater ihrer Mutter weh tun wolle. Sodann komme für sie ein Zusammenleben mit Carmen nicht in Frage. Sie habe bereits eine fürsorgliche Mutter.

Fragen:

- 1. Wie wird das Scheidungsgericht die elterliche Sorge und Obhut regeln? (27%)**
- 2. Welche Auswirkungen hat die Beantwortung der Frage 1 auf die Mitspracherechte von Tabea und Eduardo bezüglich einer allfälligen medizinischen Behandlung von Sabines Allergien? (8%)**

Musterlösung Prüfung Privatrecht II FS 17 (19. Juni 2017)

Aufgabe 1 (59 Punkte)

	Punkte
Frage 1	22
Zustandekommen des Vertrages	2
<p>Ein Vertragsabschluss setzt den gegenseitigen Austausch übereinstimmender Willenserklärungen voraus (OR 1).</p> <p>Vorliegend haben Tim und Kurt am 15. Mai 2017 vereinbart, dass Tim das Restaurant Rosenthal auf der Bettmeralp für CHF 400'000 erwirbt. Ein Vertrag ist damit zustande gekommen.</p> <p>Genau besehen geht es in der Vereinbarung um den Erwerb des Grundstücks, auf dem sich das Restaurant Rosenthal befindet. Das Restaurant steht als Baute im Eigentum des jeweiligen Eigentümers dieses Grundstücks (ZGB 667 II). Der Einfachheit halber wird im Folgenden von der Übergabe des Restaurants gesprochen.</p>	
Qualifikation des Vertrages	10
<p>Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (1)</p> <p>In der Schweiz gilt sowohl für bewegliche als auch für unbewegliche Sachen das Kausalitätsprinzip. Es muss zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden werden. Fällt das Verpflichtungsgeschäft dahin (z.B. weil es rechts- bzw. sittenwidrig ist oder widerrufen wurde), ist auch das Verfügungsgeschäft ungültig. Für unbewegliche Sachen ergibt sich dies ausdrücklich aus ZGB 974 II.</p> <p>Vorliegend muss demnach geprüft werden, ob Kurt das Verpflichtungsgeschäft widerrufen oder für ungültig erklären lassen kann. Als Verpflichtungsgeschäft kommen folgende Rechtsgründe in Betracht.</p> <p>Kauf (1)</p> <p>Beim Kauf verpflichtet sich der Verkäufer dem Käufer gegen Entrichtung eines Kaufpreises eine Kaufsache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen (OR 184 I). Wesentliche Vertragsbestandteile (essentialia negotii) des Kaufvertrages sind demnach die Vereinbarung einer bestimmaren Kaufsache und eines bestimmaren Kaufpreises.</p> <p>Schenkungsversprechen (2)</p> <p>Schenkungen sind gegenleistungslose Zuwendungen unter Lebenden. Belastet wird das Vermögen des Schenkers und nicht dessen Nachlass (OR 239 I). Bezüglich der Unentgeltlichkeit muss zwischen den Parteien Konsens bestehen. Subjektiv ist beim Schenker eine Schenkungsabsicht erforderlich. Der Beschenkte muss die Schenkungsabsicht des Schenkers erkennen und selbst einen Schenkungsempfangswillen aufweisen.</p> <p>Gemischte Schenkung (3)</p> <p>Die gemischte Schenkung stellt einen sog. Innominatvertrag mit Typenverschmelzung dar. Die gemischte Schenkung weist sowohl Merkmale eines Kaufvertrages als auch eines Schenkungsversprechens auf. Entscheidend ist, dass die Parteien den Kaufpreis so festsetzen, dass ein gewolltes Missverhältnis zwischen dem Preis und der Kaufsache besteht. Mit anderen Worten muss der Verkäufer über eine Schenkungsabsicht verfügen. Bei der Vereinbarung eines Freundschaftspreises ist dieses Kriterium nicht erfüllt. Hier überwiegt das Kaufelement. Nach Ansicht der Parteien entschädigt der Kaufpreis den Verkäufer im Wesentlichen für die Kaufsache. Hat der Veräusserer die Wertdifferenz</p>	

<p>zwischen Kaufpreis und Kaufsache gekannt und gewollt, wird die Schenkungsabsicht nach Ansicht des Bundesgerichts vermutet.</p> <p>Subsumption (3)</p> <p>Vorliegend haben Kurt und Tim vereinbart, dass Kurt Tim das Restaurant Rosenthal für CHF 400'000 übergibt und daran das Eigentum verschafft. Es liegt damit keine Unentgeltlichkeit vor. Eine reine Schenkung fällt ausser Betracht. Die essentialia negotii eines Kaufvertrages sind dagegen allesamt vorhanden. Kaufsache ist das Restaurant Rosenthal, Kaufpreis die CHF 400'000. Da der Marktwert des Restaurants Rosenthal CHF 2.5 Mio. beträgt, ist fraglich, ob die bezahlten CHF 400'000 einen Freundschaftspreis darstellen oder seitens Kurt eine Schenkungsabsicht vorliegt. Kurt ist es durchaus bewusst, dass sein Restaurant eigentlich einen deutlich höheren Marktwert aufweist. Dies ergibt sich daraus, dass er das Restaurant Tim nur deshalb zu so einem tiefen Preis übergibt, weil er es damals selbst unentgeltlich erhalten hat. Sodann ist er der Ansicht, dass er gegenüber Tim grosses Wohlwollen gezeigt hat. Er wusste, dass Tim nicht über ausreichend Kapital verfügt. Da die Wertdifferenz Kurt demnach bekannt und von ihm auch gewollt war, ist eine Schenkungsabsicht seinerseits zu vermuten. Im Sachverhalt finden sich keine Indizien, die diese Vermutung widerlegen könnten. Vielmehr spricht für eine Schenkungsabsicht, dass zwischen Kurt und Tim ein Näheverhältnis besteht und es Kurt wichtig ist, dass sein Restaurant in der Familie bleibt. Sodann ist die Wertdifferenz vorliegend besonders erheblich. Der Kaufpreis beträgt nur 16% des Wertes der Kaufsache. Da Tim selbst ebenfalls wusste, dass er das Restaurant nur übernehmen kann, wenn ihm Kurt entgegen kommt, hat er die Schenkungsabsicht von Kurt erkannt und einen entsprechenden Schenkungsempfangswillen manifestiert.</p> <p>Fazit</p> <p>Die Vereinbarung vom 15. Mai 2017 stellt eine gemischte Schenkung dar.</p>	
Formerfordernisse	2
<p>Nach OR 243 II bedarf ein Schenkungsversprechen der öffentlichen Beurkundung, wenn Grundstücke Gegenstand der Schenkung sind.</p> <p>Gemäss Sachverhalt haben Tim und Kurt die Vereinbarung vom 15. Mai 2017 formgültig abgeschlossen.</p>	
Willensmängel und Sitten- bzw. Rechtswidrigkeit	1
<p>Willensmängel sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist die Vereinbarung rechts- bzw. sittenwidrig.</p>	
Verfügungsgeschäft	2
<p>Das Schenkungsversprechen wird als reines Verpflichtungsgeschäft durch ein separates Verfügungsgeschäft erfüllt. Bei unbeweglichen Sachen stellt die Anmeldung der Handänderung bei der zuständigen Grundbuchbehörde das Verfügungsgeschäft dar. Der Beschenkte erwirbt das Eigentum durch Änderung des Grundbucheintrags.</p> <p>Vorliegend haben Tim und Kurt die erforderlichen Änderungen im Grundbuch vornehmen lassen. Das Schenkungsversprechen wurde damit vollzogen und das Eigentum am Restaurant ist von Kurt auf Tim übergegangen.</p>	
Widerruf des Schenkungsversprechens	5
<p>Anwendbarkeit des Schenkungsrechts (OR 239 ff.) (3)</p> <p>Nach wohl h.L. sind auf die gesamte gemischte Schenkungen die Bestimmungen des Schenkungsrechts (OR 239 ff.) anwendbar, wenn das Schenkungselement deutlich überwiegt. Dies hat zur Folge, dass die Schenkung unter den Voraussetzungen von OR 249 f. als ganze widerrufen werden kann. Gemäss einem anderen Teil der Lehre ist</p>	

<p>dagegen nur der unentgeltliche Teil der gemischten Schenkung widerrufbar, sofern die veräusserte Sache teilbar ist.</p> <p>Vorliegend ist dieser Lehrstreit unerheblich, da die Schenkung des Restaurants nur als ganze widerrufen werden kann. Zu prüfen sind im Folgenden die Widerrufstatbestände nach OR 249 f.</p> <p>Widerrufstatbestände (2)</p> <p>Die Widerrufsgründe bei bereits vollzogener Schenkung sind in OR 249 normiert. In Betracht kommt einzig OR 249 Ziff. 1. Nach dieser Bestimmung kann die Schenkung widerrufen werden, wenn der Beschenkte gegen den Schenker eine schwere Straftat begangen hat.</p> <p>Vorliegend ist zwischen Kurt und Tim lediglich zu ehrverletzenden Beschimpfungen gekommen. Die Beschimpfung stellt nach StGB 177 zwar ein Vergehen dar, genügt aber nicht, um den Widerrufstatbestand zu erfüllen.</p> <p>Fazit</p> <p>Die Vereinbarung vom 15. Mai 2017 kann nicht widerrufen werden.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Die Kenntnis von Strafbestimmungen wird nicht vorausgesetzt.</i></p>	
Fazit	
Das Eigentum am Restaurant ist von Kurt auf Tim übergegangen. Kurt kann den Eigentumswechsel nicht mehr rückgängig machen.	
<p><i>Korrekturhinweis 1: Ausführungen zu Ansprüchen aus Darlehensvertrag wurden nicht bepunktet, da der separat vereinbarte Darlehensvertrag mit der Übertragung des Eigentums am Restaurant als solcher nichts zu tun hat.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis 2: Ausführungen zum Begriff des Bestandteils nach ZGB 642 II wurden nicht bepunktet, da ein Bild offensichtlich keinen Bestandteil darstellt.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis 3: Ausführungen zur Handlungsfähigkeit der Parteien wurden nicht bepunktet, da sich diesbezüglich keine Probleme stellten.</i></p>	
Frage 2	20
Rechtsgrundlage	1
Zu prüfen ist, ob Tim die Bilder mittels Eigentumsklage (rei vindicatio) nach ZGB 641 II von Kurt herausverlangen kann.	
Aktivlegitimation	16
<p>Zur Eigentumsklage ist u.a. der Eigentümer einer beweglichen Sache legitimiert. Im Folgenden muss daher geprüft werden, ob Tim Eigentum an den Bildern erlangt hat.</p> <p>Ursprüngliches Eigentum (1)</p> <p>Ursprünglich war Kurt Eigentümer der Leinwände, auf die Berta die Bilder gemalt hat.</p> <p>Verarbeitung (3)</p> <p>Berta hat die Leinwände bemalt und damit verarbeitet. Fraglich ist, ob Berta dadurch Eigentum an den Bildern erlangt hat. Dies wäre gemäss ZGB 726 I der Fall, wenn die Arbeit von Berta (Bemalung) mehr Wert hat als der verwendete Stoff (Leinwände).</p> <p>Als Verarbeitung gilt jede Handlung, die eine in wirtschaftlicher Hinsicht relevante Veränderung des Stoffes bewirkt. Zentral ist, dass eine neue Sache entsteht. Ob eine neue</p>	

Sache entstanden ist, beurteilt sich nach objektiven Gesichtspunkten. Neu ist eine verarbeitete Sache z.B. dann, wenn durch die Verarbeitung die Gestalt des Ursprungstoffes verändert wird.

Vorliegend hat Berta die Leinwände bemalt und dadurch Bilder geschaffen. Die Bilder stellen eine neue Sache dar. Ferner ist davon auszugehen, dass die Arbeit (Bemalung der Leinwände) mehr Wert hat als alte Leinwände. Berta ist daher durch Verarbeitung Eigentümerin der Bilder geworden.

Schenkung (1)

Für theoretische Ausführungen zum Schenkungsvertrag siehe vorne.

Die Handschenkung stellt eine Unterart der Schenkung dar, bei der Verfügungs- und Veräusserungsgeschäft zusammenfallen.

Vorliegend liegt eine Handschenkung vor, da Berta die gemalten Bilder Kurt im Restaurant unentgeltlich übergeben und gleich zusammen mit ihm aufgehängt hat. Dadurch hat Kurt Eigentum an den Bildern erlangt.

Übergang der Bilder auf Tim? (11)

Wie bereits erwähnt, hat Tim Eigentum am Grundstück, auf dem das Restaurant steht, und damit auch am Restaurant selbst Eigentum erworben (ZGB 667 II). Fraglich ist, ob Tim dadurch auch Eigentümer der Bilder geworden ist. Die Vereinbarung zwischen Kurt und Tim schweigt sich diesbezüglich aus. Gemäss Gesetz hätte Tim Eigentum erworben, wenn die Bilder als Zugehör zur Baute (Restaurant) zu qualifizieren wären (ZGB 644 I).

Zugehör liegt nach ZGB 644 II vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Hauptsache

Eine Sache kann nur dann als Zugehör betrachtet werden, wenn eine Hauptsache vorliegt, zu der die zu qualifizierende Sache allenfalls gehört. Die Hauptsache kann beweglich oder unbeweglich sein.

Das Restaurant stellt eine taugliche Hauptsache dar.

bewegliche Sache

Als Zugehör kommen nur bewegliche Sachen in Betracht.

Die fraglichen Bilder sind zweifellos bewegliche Sachen.

räumliche bzw. äussere Beziehung

Damit eine Sache Zugehör darstellen kann, muss sie eine aufgrund äusserer Umstände für Dritte erkennbare Beziehung zur Hauptsache aufweisen. Eine physische Verbindung ist jedoch nicht erforderlich.

Vorliegend sind die Bilder an der Wand des Restaurants aufgehängt und damit physisch mit der Baute verbunden. Die räumliche Beziehung ist ohne Weiteres zu bejahen.

Nutzen

Neben dem äusseren muss auch ein innerer Zusammenhang zwischen Hauptsache und Zugehör bestehen (sog. funktioneller Zusammenhang). Die Zugehör muss dem Zweck der Hauptsache dauerhaft dienlich sein. Dieses Kriterium ist nach Gesetzeswortlaut erfüllt, wenn die Zugehör der Benutzung, Verwahrung oder Bewirtschaftung der Hauptsache dient (ZGB 644 II). Ein mittelbarer Nutzen kann genügen.

In BGer 5A_114/2008, 5A_126/2008, 5A_127/2008 (vereinigt) vom 7. August 2008, E. 6.2 hatte das Bundesgericht einen ähnlichen Fall zu beurteilen. Es hielt fest, dass Bilder für den Betrieb eines Restaurants einen mittelbaren Nutzen aufweisen können. Ob dem so ist,

<p>bestimmt sich nach den konkreten Gegebenheiten im Restaurant und der Wirkung der Bilder. Im angegebenen Entscheid schützte das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, wonach in diesem konkreten Fall zwischen Bildern, die einen Gasthof und Sujets aus dessen Umgebung zeigen und dem betreffenden Lokal selbst kein innerer Zusammenhang besteht.</p> <p>Vorliegend liefert der Sachverhalt wohl nicht ausreichend Anhaltspunkte, um die Frage abschliessend beantworten zu können. Der Nutzen der Bilder für das Rosenthal ist wohl eher zu verneinen.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Es ist auch die gegenteilige Ansicht vertretbar.</i></p> <p><i>Ortsgebrauch oder Widmung</i></p> <p>Es ist nicht feststellbar, dass an der Wand eines Restaurants hängende Bilder zwingend der Bewirtschaftung des Lokals dienen und es deshalb dem Ortsgebrauch auf der Bettmeralp entspricht, dass diese bei Verkauf des Restaurants regelmässig mitübergeben werden.</p> <p>Die Widmung ist eine nicht empfangsbedürftige, einseitige Willenserklärung. Die Widmung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, muss aber eindeutig sein.</p> <p>Vorliegend hat Kurt die Bilder zwar zur Dekoration des Restaurants aufgehängt, jedoch dürfte der Affektionswert der Bilder überwiegen. Sie stellen primär ein Andenken an seine Mutter dar. Eine Widmung ist daher eher zu verneinen.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Es ist auch die gegenteilige Ansicht vertretbar.</i></p> <p><i>Zwischenfazit</i></p> <p>Alles in allem sind die Bilder eher nicht als Zugehör zu qualifizieren. Sie sind deshalb wohl nicht zusammen mit dem Restaurant ins Eigentum von Tim übergegangen. Kurt ist Eigentümer geblieben.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Es ist auch die gegenteilige Ansicht vertretbar.</i></p> <p>Fazit</p> <p>Tim ist wohl nicht Eigentümer der Bilder geworden und daher nicht zur Eigentumsklage aktivlegitimiert.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Es ist auch die gegenteilige Ansicht vertretbar.</i></p>	
<p>Passivlegitimation und Verjährung</p>	<p>2</p>
<p>Passivlegitimation (1)</p> <p>Passivlegitimiert ist sowohl der unmittelbare als auch der mittelbare Besitzer. Besitz ist die von Herrschaftswillen getragene Herrschaft über eine Sache.</p> <p>Kurt hat die Bilder mitgenommen. Sie stehen daher unter seiner Sachherrschaft. Da Kurt die Bilder auch besitzen will, wird seine Sachherrschaft von seinem Besitzeswillen getragen. Kurt ist als unmittelbarer Besitzer passivlegitimiert.</p> <p>Verjährung (1)</p> <p>Die Eigentumsklage ist unverjährbar.</p>	
<p>Fazit</p>	<p>1</p>
<p>Tim kann die Bilder von Kurt herausverlangen/nicht herausverlangen.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Keine Punkte für die Prüfung von Klagen aus Besitzesstörung (ZGB 928), da explizit nur nach der Eigentumsklage gefragt wurde.</i></p>	
<p></p>	

Frage 3	17
<p>Lokalisierung des Problems</p> <p>Zu prüfen ist, ob Kurt aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder Gefälligkeit haftet.</p> <p>Fehlender Rechtsbildungswille bzw. Auftragslosigkeit (4)</p> <p>Die Annahme eines Auftrages setzt voraus, dass sich die Parteien rechtlich binden wollten. Ein dahingehender Wille kann regelmässig bejaht werden, wenn der Leistungsbezüger erkennbar daran interessiert ist, fachkundig beraten oder unterstützt zu werden und der Erbringer der Leistung selbst ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Ausführung der Dienstleistung hat. Gegen einen Rechtsbindungswillen spricht hingegen ein zwischen den Parteien bestehendes Freundschafts- oder Verwandtschaftsverhältnis.</p> <p>Vorliegend hat Tim Kurt gebeten, während seiner ausbildungsbedingten Abwesenheit im Restaurant nach dem Rechten zu sehen. Ein Entgelt wurde nicht vereinbart. Kurt hat an der Leistungserbringung daher weder ein rechtliches noch ein wirtschaftliches Interesse. Sodann besteht zwischen Kurt und Tim zum Zeitpunkt der Vereinbarung ein freundschaftliches Verwandtschaftsverhältnis. Ein Rechtsbindungswille ist daher zu verneinen.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Es könnte auch argumentiert werden, dass die Vereinbarung, im Restaurant nach dem Rechten zu sehen, eine vertragliche Pflicht (insb. vertragliche Nebenpflicht der gemischten Schenkung) darstellt. In diesem Fall ergäbe sich eine Haftung aus Auftrag (OR 398 II i.V.m. OR 97), da Kurt seine Kompetenzen überschritten hat. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Kurt und Tim unter „im Restaurant nach dem Rechten sehen“ auch das Fensterreinigen subsumiert haben.</i></p> <p>Erbetene Gefälligkeit (1)</p> <p>Eine erbetene Gefälligkeit liegt nicht vor, da sich Kurt gemäss Sachverhalt spontan entscheidet, die Schaufenster zu reinigen. Kurt will Tim einen „zusätzlichen Gefallen“ tun. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass Kurt und Tim unter „im Restaurant nach dem Rechten sehen“ auch das Fensterreinigen subsumiert haben. Vielmehr handelt Kurt eigenmächtig.</p> <p>GoA oder unerbetene Gefälligkeit? (8)</p> <p>Zu klären bleibt damit die Frage, ob eine GoA oder eine unerbetene Gefälligkeitsleitung vorliegt. Massgebend sind folgende Unterscheidungskriterien. Zu berücksichtigen ist zunächst, wie die Interessenslage aussieht, d.h. welche Interessen berührt sind. Hat der Geschäftsherr ein objektives Interesse an der Leistung, war also die Geschäftsführung geboten oder handelte der Geschäftsführer primär aus Grosszügigkeit. War für den Geschäftsführer ein allfälliges Schadensrisiko erkennbar und erscheint es zumutbar, diesen den Haftungsregeln eines Beauftragten zu unterwerfen? Schliesslich ist nach der Art der besorgten Geschäfte zu fragen.</p> <p>Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Abgrenzung zwischen echter unberechtigter GoA und unerbetener Gefälligkeit. Bei einer echten unberechtigten GoA besorgt der Geschäftsführer ein fremdes, nicht gebotenes Geschäft und handelt dabei mit Fremdgeschäftsführungswillen, mithin altruistisch. Damit ein Geschäft als fremd zu bezeichnen ist, muss der Geschäftsführer in einen fremden Interessenkreis, d.h. eine fremde Rechtssphäre eingreifen. Handelt der Geschäftsbesorger dagegen in eigenem Interesse und damit ohne Fremdgeschäftsführungswillen, liegt eine unechte GoA vor. Die Leistung kann entweder Rechts- oder Tathandlung sein. Anhand des Kriteriums der Gebotenheit entscheidet sich, ob eine echte GoA berechtigt oder unberechtigt ist. Von einer nicht gebotenen Geschäftsbesorgung kann dann gesprochen werden, wenn der Geschäftsherr die Leistung grundsätzlich selbst hätte vornehmen können, d.h. nicht hilfsbedürftig ist. Nicht</p>	

<p>geboten sind insbesondere Geschäfte, die keine zeitliche Dringlichkeit aufweisen sowie solche, die bloss als nützlich und nicht besonders wichtig zu betrachten sind. Weiter entfällt die Gebotenheit, wenn es dem Geschäftsbesorger möglich und zumutbar gewesen wäre, den Geschäftsherrn vor der Geschäftsbesorgung um Erlaubnis zu ersuchen.</p> <p>In der Lehre wird vertreten, dass im Verhältnis zur unerbetenen Gefälligkeit eine Vermutung zugunsten der echten unberechtigten GoA besteht. Von einer unerbetenen Gefälligkeit kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Geschäftsführer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit annehmen durfte und musste, der Geschäftsherr sei mit der Geschäftsbesorgung einverstanden (hypothetische Einwilligung).</p> <p>Die Abgrenzung zwischen echter unberechtigter GoA und Gefälligkeit ist aber nur in den Fällen von Relevanz, in denen der Geschäftsführer ein erkennbares und gültiges Einmischungsverbot des Geschäftsherrn verletzt. Denn die Kausalhaftung von OR 420 III greift bei der echten unberechtigten GoA nur dann, wenn der Geschäftsführer gegen ein solches Verbot verstossen hat.</p> <p>Andernfalls finden sowohl auf Gefälligkeitsleitungen als auch auf die die echte unberechtigte GoA die Vorschriften über die ausservertragliche Haftung Anwendung (OR 41 ff.).</p> <p>Subsumption (3)</p> <p>Vorliegend hat Kurt für Tim die grossen Schaufenster putzen wollen. Da sich das Restaurant und damit auch seine Fenster im Eigentum von Tim befinden, liegt ein fremdes Geschäft vor. Kurt handelt Tim zu liebe und daher mit Fremdgeschäftsführungswille. Eine unechte GoA fällt ausser Betracht. Die Reinigung der Fenster hätte jedoch ohne weiteres bis nach Tims Prüfungen aufgeschoben werden können. Zeitliche Dringlichkeit ist deshalb zu verneinen. Die Gebotenheit scheitert auch daran, dass Kurt mit Tim hätte sprechen können und müssen, bevor er die Fenster putzt. Eine berechnete GoA ist damit ausgeschlossen. Ob eine echte unberechtigte GoA oder eine unerbetene Gefälligkeit vorliegt, muss vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Denn ein Einmischungsverbot seitens Tim ist nicht ersichtlich. OR 420 III findet daher auch bei Annahme einer echten unberechtigten GoA keine Anwendung. Unabhängig von der Qualifikation des Fensterputzens als unerbetene Gefälligkeit oder echte unberechtigte GoA haftet Kurt Tim ausservertraglich nach OR 41 ff.</p>	
<p>Fazit</p>	<p>1</p>
<p>Tim kann seine Schadenersatzansprüche gegen Kurt wegen des beschädigten Fensters auf OR 41 ff. stützen.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Keine Punkte für die Prüfung der Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit, Verschulden), da explizit nicht danach gefragt wurde.</i></p>	

Aufgabe 2 (32 Punkte)

<p><i>Korrekturhinweis 1: Ausführungen zur Verfügungsfähigkeit des Erblassers, Verfügungsarten und zu Formvorschriften wurden nicht bewertet, da sich diesbezüglich offensichtlich keine Probleme ergaben.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis 2: Die einzelnen Voraussetzungen der Ungültigkeitsklage wurden nicht bepunktet, da der Nachtrag vom 19. Juni 2014 offensichtlich nichtig ist und daher die Nichtigkeitsklage zu prüfen war.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis 3: Die blosser Feststellung, dass der Erblasser keine pflichtteilsberechtigten Personen hinterlässt, wurde nicht bepunktet. Nur wenn ausgeführt</i></p>	
--	--

wurde, dass Teilungsaufschübe im Bereich der frei verfügbaren Quote zulässig sind, konnten Punkte erzielt werden.	
Frage 1	Punkte
Auslegung der Testamentsklauseln vom 4. April 2014	14
<p>Einseitige letztwillige Verfügungen sind gemäss Willensprinzip auszulegen. Massgebend ist demnach (innerhalb der gesetzlichen Schranken) der tatsächliche, und wenn dieser nicht feststellbar ist, der hypothetische Wille des Erblassers.</p> <p>Interpretationsmöglichkeiten</p> <p>Ziff. 1: Ziff. 1 des Testaments deutet darauf hin, dass die gesetzliche Erbfolge umfassend wegbedungen werden soll. Dies ergibt sich v.a. aus dem Begriff „ausschliesslich“. Soll der Nachlass „ausschliesslich“ nach einem Testament verteilt werden, bleibt kein Raum für die gesetzliche Erbfolge. Erben werden in Ziff. 1 jedoch nicht eingesetzt. Sollte sich herausstellen, dass sich auch sonst im Testament keine Erbeinsetzung findet, würde dennoch die gesetzliche Erbfolge angewandt.</p> <p>Ziff. 2: In Ziff. 2 werden verschiedenen Personen Vermächtnisse zugesprochen. Ein Vermächtnis vermittelt keinen Anspruch auf Erbenstellung. Es handelt sich um einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe gewisser, individualisierter Nachlassgegenstände.</p> <p>Ziff. 4 und 5: In Ziff. 5 könnte eine <i>Erbeinsetzung mit Teilungsaufschub</i> gesehen werden. Dafür spricht, dass Robert – wie bereits festgestellt – in Ziff. 1 die gesetzliche Erbfolge ausschliessen wollte. Vermutlich beabsichtigte er deshalb, mit einer anderen Klausel Erben einzusetzen. Ziff. 5 stellt die einzige Klausel dar, die hierzu in Frage kommt. Man kann sich überlegen, ob Robert den Begriff des Vermächtnisses falsch verstanden hat und eigentlich die in Ziff. 2 genannten Geschwister und Fiona als Erben einsetzen wollte. Dass in Ziff. 2 ausdrücklich von Vermächtnissen die Rede ist, steht dem nicht entgegen. Jedoch besteht eine gesetzliche Vermutung, wonach die Zuweisung eines Bruchteils der Erbschaft eine Erbeinsetzung darstellt, während die Zuwendung eines bestimmten Vermögensvorteils als Vermächtnis zu behandeln ist (ZGB 483 II und 484 I). In Ziff. 2 seines Testaments hat Robert einzelne Gegenstände und Sachgesamtheiten den jeweiligen Personen zugeordnet. Vermutungshalber ist daher von einem Vermächtnis auszugehen. Dass die Vermutung widerlegt werden könnte, ist vorliegend nicht ersichtlich. Vielmehr hat Robert die Begriffe der Nachlassteilung und des Vermächtnisses widerspruchsfrei auseinander gehalten. Ziff. 5 ist daher wohl so zu verstehen, dass die Nichten, Neffen und Kinder von Fiona als Erben eingesetzt werden. Dies umso mehr als die eben erwähnte Vermutung für eine Erbeinsetzung spricht. Denn in Ziff. 5 wird den Nichten, Neffen und Kinder von Fiona ein Bruchteil des Nachlasses zugewiesen („[...] Nachlass zu gleichen Teilen [...] verteilt werden“). Die Teilung des Nachlasses erfolgt aber erst, wenn die Geschwister von Robert und Fiona verstorben sind.</p> <p>Fraglich ist, ob dieser vom Erblasser angeordnete Teilungsaufschub mit ZGB 604 und 27 vereinbar und damit zulässig ist. Nach h.L. kann der Erblasser im Rahmen der verfügbaren Quote Teilungsaufschübe gültig anordnen. Nach a.A. ist ein solcher Aufschub übermässig bindend (ZGB 27) und verletzt den Anspruch auf jederzeitige Teilung der Erbschaft gemäss ZGB 604 I. Auf jeden Fall kann ein Teilungsaufschub von den Erben bei Einstimmigkeit formlos aufgehoben werden.</p> <p>Vorliegend hinterlässt Robert keine pflichtteilsgeschützten Erben (vgl. ZGB 471). Der Teilungsaufschub ist deshalb nach überwiegender Auffassung gültig.</p> <p>Ziff. 5 ordnet des Weiteren auch kein Nachvermächtnis an. Gemäss Ziff. 5 wird der verbleibende Nachlass und nicht die Vermächtnisse geteilt (vgl. bzgl. dieser</p>	

<p>Unterscheidung auch vorne). Ferner liegt auch keine Nacherbschaft vor, da es an eingesetzten Vorerben fehlt.</p> <p>Gemäss ZGB 487 kann der Erblasser Ersatzverfügungen erlassen für den Fall, dass ein eingesetzter Erbe oder bedachter Vermächtnisnehmer bei Ableben des Erblassers bereits verstorben ist.</p> <p>Vorliegend würde dies bedeuten, dass Ziff. 5 so verstanden wird, dass die Neffen, Nichten und Kinder von Fiona an Stelle ihrer Eltern Vermächtnisnehmer werden, wenn diese zum Zeitpunkt von Roberts Ableben bereits verstorben sind. Eine solche Auslegung ist insb. mit Blick auf Ziff. 4 zu verneinen. Dort wird eine Ersatzverfügung ausgeschlossen, indem angeordnet wird, dass die Vermächtnisse bei Vorversterben eines Begünstigten in den Nachlass fallen.</p> <p><i>Alternativ</i> könnte auch argumentiert werden, dass in Ziff. 5 eine bedingte Erbeinsetzung verfügt wird. Roberts Nichten und Neffen sowie die Kinder von Fiona sind die Erben, falls die Geschwister von Robert und Fiona zum Zeitpunkt von Roberts Ableben bereits verstorben sind. Wäre dem nicht der Fall, würde allerdings die gesetzliche Erbfolge zum Zug kommen, da es an einer anderen Erbeinsetzung fehlt. Dies widerspricht der Anordnung in Ziff. 1, wonach die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen werden sollte. Der Wille des Erblassers spricht daher für eine Erbeinsetzung mit Teilungsaufschub. Nähme man dennoch eine bedingte Erbeinsetzung an, wären Elisa und Nora die Erben von Robert (ZGB 458 III).</p> <p>Auch denkbar erscheint es, Ziff. 5 so auszulegen, dass der Eintritt der Bedingung auch noch nach dem Ableben von Robert stattfinden kann (Suspensivbedingung). In diesem Fall würde zwischen dem Tode von Robert und jenem seines letzten Geschwisters bzw. Fiona ein Schwebezustand bestehen. Während dieses Schwebezustands würde wiederum die gesetzliche Erbfolge gelten, wobei es sachgerecht erscheint, die Regelungen über die Vorerbschaft analog anzuwenden. Auch diese Auslegung ist mit Blick auf Ziff. 1 und 2 als weniger naheliegend zu betrachten.</p> <p><i>Korrekturhinweis: Da die alternative Auslegung von Ziff. 5 dem Willen des Erblassers weniger entspricht, wurden dafür weniger Punkte vergeben. Wurde Ziff. 5 als Erbeinsetzung mit Teilungsaufschub qualifiziert, mussten sich die Studierenden zur Alternative nicht äussern. Haben sich die Studierenden zu beiden Auslegungsmöglichkeiten geäußert, konnten sie maximal diejenige Punktzahl erreichen, die für die Qualifikation von Ziff. 5 als Erbeinsetzung mit Teilungsaufschub vorgesehen ist.</i></p>	
<p>Fazit</p>	
<p>Die am nächsten liegende Auslegung ergibt, dass Robert eine Erbeinsetzung mit Teilungsaufschub verfügt hat. Seine Nichten, Neffen und die Kinder von Fiona sind deshalb als Erben zu betrachten und bilden die Erbengemeinschaft. Die Teilung kann erfolgen, sobald ihre Eltern verstorben sind oder sie den Teilungsaufschub einstimmig aufgehoben haben.</p>	
<p>Frage 2</p>	
<p>Auslegung des Nachtrags vom 19. Juni 2014</p>	10
<p>Interpretationsmöglichkeiten</p> <p>Der Nachtrag kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten ausgelegt werden.</p> <p>Zunächst könnte der Nachtrag so verstanden werden, dass Robert seinen Willensvollstrecker umfassend mit der Verteilung des Nachlasses betrauen will. D.h. er delegiert die Entscheidung, wer welche Quote seines Nachlasses bzw. wer welche Vermächtnisse erhalten soll an seinen Willensvollstrecker. Damit würde ein Widerruf des Testaments vom 4. April 2014 einhergehen.</p>	

<p>Ebenfalls denkbar wäre, im Nachtrag eine Delegation der Kompetenz zur Anordnung von Teilungsvorschriften zu sehen. Der Willensvollstrecker soll also nicht bestimmen, wer etwas erhält, sondern wer was bekommt.</p> <p>Für Ersteres spricht, dass gemäss Wortlaut des Nachtrags die gesamte Nachlassverteilung dem Gutdünken des Willensvollstreckers unterstellt wird. Es werden keine Einschränkungen gemacht. Sodann geht aus dem Sachverhalt hervor, dass Robert sich dem Konflikt zwischen Fiona entziehen wollte, indem er die Verteilung seines Nachlasses und damit auch die Einsetzung seiner Erben einem unbeteiligten Dritten überlässt.</p> <p>Für die zweite Variante spricht hingegen, dass Robert die Delegationsbestimmung als Nachtrag bezeichnet. Das Wort „Nachtrag“ deutet eher auf eine Ergänzung hin. Es kann durchaus argumentiert werden, dass Robert lediglich wollte, dass der Willensvollstrecker bestimmt, welche seiner eingesetzten Erben (Neffen, Nichten und Kinder von Fiona) welche Gegenstände erhalten. Anders als bei den Vermächtnissen nach Ziff. 2 des Testaments hat Robert diesbezüglich keine Anordnungen getroffen. Für diese Auslegung lässt sich sodann auch ins Feld führen, dass aus dem Nachtrag der Wille, das ursprüngliche Testament zu widerrufen, nicht ausdrücklich hervorgeht.</p> <p>Vorliegend ist trotz der Bezeichnung der Delegationsvorschrift als Nachtrag davon auszugehen, dass Robert zur Konfliktlösung sein erstes Testament aufheben wollte. Im Sachverhalt kommt sein Wille, nicht in den Konflikt von Fiona und Elisa einbezogen zu werden, klar zum Ausdruck. Hätte er nur den Erlass der Teilungsvorschriften bezüglich des Nachlasses gemäss Ziff. 5 des Testaments dem Willensvollstrecker übertragen, hätte er sich dem Konflikt nur bedingt entziehen können. Denn die Einsetzung von Fionas Kinder als Erben und die Zuweisung der Vermächtnisse an Elisa und Fiona nach Ziff. 2 wären damit aufrecht erhalten geblieben.</p> <p>Für dieses Ergebnis spricht nicht zuletzt auch die gesetzliche Vermutung von ZGB 511 I. Gemäss dieser Norm tritt eine spätere Verfügung an die Stelle der ersten, sofern aus der zweiten nicht zweifellos hervorgeht, dass diese eine Ergänzung zur früheren Verfügung darstellt. Da das Gesetz von Zweifellosigkeit ausgeht, stellt das Bundesgericht an die Widerlegung der Vermutung hohe Anforderungen.</p>	
<p>Fazit</p>	
<p>Es ist davon auszugehen, dass Robert mit dem Nachtrag vom 19. Juni 2014 sein Testament vom 4. April 2014 widerrufen und seinen Willensvollstrecker mit der Bestimmung der Erben, Vermächtnisnehmer und Teilungsvorschriften betrauen wollte.</p>	
<p>Frage 3</p>	<p>8</p>
<p>Nichtigkeitsklage</p>	<p>7</p>
<p>Aktivlegitimation (1)</p> <p>Zur Nichtigkeitsklage ist jedermann aktivlegitimiert. Die Nichtigkeit von Testamenten ist nicht nur auf Klage hin, sondern von Amtes wegen zu beachten.</p> <p>Fiona ist zur Nichtigkeitsklage legitimiert.</p> <p>Nichtigkeitsgründe (6)</p> <p>Bei der Testamentsgestaltung muss der aus dem Wesen der Verfügungsfreiheit abgeleitete Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit beachtet werden. Dieser besagt, dass der Erblasser in seinem Testament alle massgeblichen Angelegenheiten selbst regeln muss. Dazu gehört beispielsweise zu bestimmen, wer Erbe bzw. Vermächtnisnehmer ist, welcher Bruchteil des Nachlasses welchem Erben zukommt und nach welchen Vorschriften der Nachlass geteilt werden soll. Die Entscheidungskompetenz bezüglich solch zentraler</p>	

<p>Fragen darf der Erblasser nicht an Dritte (auch nicht an Erben oder Willensvollstrecker) delegieren. In der neueren Lehre finden sich zwar vermehrt Stimmen, wonach der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit etwas gelockert und mit der gebotenen Zurückhaltung angewendet werden sollte. Dies insbesondere, um die notwendige Flexibilität sicherzustellen und eine Anpassung der Verfügung an veränderte oder zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch nicht vorhersehbare Verhältnisse zu ermöglichen. Ebenso kann argumentiert werden, die Verfügungsfreiheit umschliesse in gewissem Masse auch die Freiheit zu delegieren. Bezüglich der eben genannten Beispiele (Erbenstellung, Vermächtnisnehmer, Teilungsvorschriften) besteht aber Einigkeit, dass eine diesbezügliche Delegation mit dem Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit nicht vereinbar ist.</p> <p>Die Verletzung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit stellt nach Ansicht der Lehre einen Nichtigkeitsgrund dar.</p> <p>Im Nachtrag vom 19. Juni 2014 wird je nach Auslegung die Festlegung der Erben bzw. Vermächtnisnehmer und die Teilung der Erbschaft an den Willensvollstrecker delegiert oder nur die Kompetenz zum Erlass von Teilungsvorschriften. Gemäss obigen Ausführungen ist der Nachtrag daher in jedem Fall nichtig.</p> <p>Fazit</p> <p>Der Nachtrag vom 19. Juni 2014 ist nichtig. Die Prüfung einer Ungültigkeitsklage nach ZGB 519 ff. erübrigt sich daher.</p>	
Charakter, Wirkung und Verjährung der Nichtigkeitsklage	1
<p>Bei der Nichtigkeitsklage handelt es sich anders als bei der Ungültigkeitsklage (Gestaltungsklage) um eine Feststellungsklage mit Wirkung gegenüber jedermann.</p> <p>Die Nichtigkeitsklage ist unverjährbar.</p>	
Fazit	
Fiona kann den Nachtrag vom 19. Juni 2014 mit einer Nichtigkeitsklage anfechten.	

Aufgabe 3 (49 Punkte)

	Punkte
Frage 1	38
Zuteilung der elterlichen Sorge	19
<p>Grundsätzliches (2)</p> <p>Im Falle einer Scheidung regelt das Gericht die Elternrechte und –pflichten insbesondere die elterliche Sorge (ZGB 133 I Ziff. 1). Gemäss ZGB 298 I üben die Eltern das Sorgerecht auch nach der Scheidung gemeinsam aus. Die Anordnung von Alleinsorge kommt nur in Betracht, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist.</p> <p>Entzug des Sorgerechts gemäss ZGB 311 I (4)</p> <p>Die Anordnung von Alleinsorge ist zunächst dann zu prüfen, wenn Gründe für den Entzug der elterlichen Sorge gemäss ZGB 311 I vorliegen. Der Entzug des Sorgerechts stellt die schwerwiegendste Kinderschutzmassnahme dar. Er ist nur als ultima ratio in Erwägung zu ziehen.</p> <p>Die Anforderungen diesbezüglich sind sehr hoch. Der Betroffene muss dauerhaft unfähig sein, das Sorgerecht pflichtgemäss auszuüben.</p> <p>Eduardos eingeschränkte Erziehungsunfähigkeit für sich rechtfertigt keinen Entzug des Sorgerechts nach ZGB 311 I. Dies trifft wohl auch auf das Verhalten von Tabea zu. Selbst</p>	

wenn man davon ausgeht, dass sie momentan das Sorgerecht nicht pflichtgemäss ausüben kann, dürfte dieser Zustand nicht von Dauer sein. Eine psychologische Behandlung hat nach Sachverhalt gute Erfolgsaussichten.

Von der Lehre und Rechtsprechung werden auch andere Gründe für Anordnung des alleinigen Sorgerechts anerkannt. Es sind dies:

Erheblicher Dauerkonflikt (4)

Der Konflikt zwischen den Eltern muss chronisch und erheblich sein. Meinungsdivergenzen und Auseinandersetzungen, die von ihrer Intensität her üblicherweise mit Trennungen und Scheidungen einhergehen, reichen nicht aus. Ist eine Auseinandersetzung zwar erheblich bzw. schwerwiegend, besteht sie aber nur bezüglich einzelner Fragen oder Entscheidungen (z.B. bzgl. Bildung, Behandlung einer Krankheit etc.), ist dem Grundsatz der Subsidiarität folgend regelmässig eine mildere Massnahme möglich. So kann etwa in dieser spezifischen Angelegenheit ein richterlicher Entscheid gefällt oder die diesbezügliche Entscheidungskompetenz einem Elternteil übertragen werden. Erforderlich ist auf jeden Fall, dass sich der Elternkonflikt negativ auf das Kindeswohl auswirkt und durch die Anordnung von Alleinsorge eine Verbesserung der Verhältnisse erwartet werden darf. Vorzunehmen ist eine negative (nicht positive) Prüfung des Kindeswohls. Alleinsorge ist nur anzuordnen, wenn gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht und nicht bereits in den Fällen, in denen Alleinsorge dem Kindeswohl besser entsprechen würde. Abschliessend ist zu betonen, dass Konflikte zwischen Eltern nur in Ausnahmesituationen zur Zuteilung von Alleinsorge führen sollten und dies keinesfalls die Regel darstellen darf.

Dauerhafte Kommunikations-/Kooperationsunfähigkeit bzw. fehlender Kooperationswille (3)

Gegenseitige Kooperation und Kommunikation sind bei der gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts von zentraler Bedeutung. So müssen die Eltern in nicht alltäglichen Angelegenheiten des Kindes zusammen entscheiden (ZGB 301 I^{bis}). Erscheint dies von Anfang an wegen mangelnder Kooperationsfähigkeit bzw. -wille nicht möglich, muss Alleinsorge angeordnet werden. Dabei ist freilich gewisse Zurückhaltung geboten. Insbesondere muss verhindert werden, dass Eltern versuchen, durch Verweigerung der Kooperation die Alleinsorge zu erwirken. Verweigert ein Elternteil konsequent die Kooperation, ist die Zuteilung des Sorgerechts an den anderen zu erwägen. Richtschnur ist und bleibt aber das Kindeswohl. D.h. eine Zuteilung des Sorgerechts darf nie primär zu Sanktionszwecken erfolgen. Unter Umständen wird also die Kooperationsverweigerung belohnt, wenn die Zuteilung des Sorgerechts an den Kooperationswilligen nicht dem Kindeswohl entspricht.

Rechtsmissbrauch (1)

Gemäss ZGB 2 II ist rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht schützenswert. Rechtsmissbrauch ist insb. dann zu bejahen, wenn ein Recht ohne Eigennutzen, d.h. nur um andere zu schädigen bzw. zu belästigen, ausgeübt wird. Davon kann bspw. in den Fällen ausgegangen werden, in denen der eine Elternteil das gemeinsame Sorgerecht nur deshalb beantragt, um den anderen überwachen und kontrollieren zu können.

Subsumption (5)

Tabea quälen nach der Trennung Verlassensängste. Insbesondere befürchtet sie, dass sich ihre Kinder von ihr entfremden. Aus dieser Gefühlslage resultiert eine Abwehrhaltung gegenüber Eduardo. Sie spioniert Eduardo, seiner neuen Lebenspartnerin und Mauro nach, redet schlecht über den Vater der Kinder und versucht, dessen Besuchsrechtsausübung zu erschweren. Auch die allgemeine Kommunikation verweigert sie zunehmend.

Es ist davon auszugehen, dass sich beide Kinder in einem Loyalitätskonflikt befinden. Sowohl Mauro als auch Sabine werden direkt in den Elternkonflikt einbezogen, indem Tabea versucht, das Verhalten der Kinder zu beeinflussen und sie über ihre Erlebnisse bei

<p>ihrem Vater zuhause ausfragt. Das Verhalten der Mutter wirkt sich auf Mauro und Sabine unterschiedlich aus. Bei Mauro haben sich Tabeas Versuche, ihn von seinem Vater zu entfremden, in das Gegenteil verkehrt. Er möchte gerne unter der Woche beim Vater leben und damit primär von diesem betreut werden. Tabea scheint dagegen stark hin- und hergerissen. Sie lehnt Eduardos neue Partnerin Carmen letzten Endes ab, obwohl sie diese zunächst sympathisch fand. Dieser Gesinnungswandel dürfte auf das Verhalten der Mutter zurückzuführen sein. Sie glaubt den Aussagen ihrer Mutter, wonach ihr Vater ihrer Mutter weh tun und sie durch Carmen ersetzen will. Sabine dürfte Eduardo aber nach wie vor nicht schlecht gesinnt sein. Dies bringt sie mit der in der Anhörung geäusserten Verzweiflung bezüglich der Situation zum Ausdruck. Sodann leidet u.a. Sabines Allergiebehandlung unter der fehlenden Kommunikation der Eltern. Dass sich die Kooperations- und Kommunikationsunfähigkeit nur auf einen einzelnen Punkt beziehen würde, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Die Allergietherapie stellt lediglich ein Beispiel und nicht den einzigen Streitpunkt dar.</p> <p>Da Kommunikation und Kooperation derzeit nicht funktionieren und die Kinder in den Konflikt der Eltern einbezogen werden, könnte argumentiert werden, dass Alleinsorge anzuordnen ist. Der Konflikt der Eltern dauert allerdings noch nicht besonders lange und ist insbesondere auf Tabeas aktuelle psychische Verfassung zurückzuführen. Es bestehen gute Aussichten, dass diese sich künftig verbessern wird. Sodann ist anzunehmen, dass Tabeas Verhalten auch noch mit der nicht allzu weit zurückliegenden Trennung bzw. deren Verarbeitung zusammenhängt. Es kann also nicht gesagt werden, dass die aktuelle Situation beständig ist. Alles in allem erscheint es daher möglich, die aktuellen Probleme (vorübergehend) auf Ebene der Obhutszuteilung, allenfalls durch die Bestellung von Beiständen sowie den Erlass von Weisungen anzugehen. Das Gericht sollte daher keine Alleinsorge anordnen.</p>	
<p>Elterliche Obhut</p>	<p>19</p>
<p>Grundsätzliches (2)</p> <p>Im Falle einer Scheidung regelt das Gericht ebenfalls die Zuteilung der Obhut (ZGB 133 I Ziff. 2). Es kann die Obhut auch bei gemeinsamer Sorge einem Elternteil allein zuordnen (ZGB 298 II). Bei Einigkeit der Eltern bezüglich der Kinderbetreuung, darf sich das Gericht jedoch nach hier befürworteter Ansicht auf die Regelung des Sorgerechts begrenzen und die konkrete Ausgestaltung der Betreuung den Eltern überlassen.</p> <p>Begriff der Obhut (2)</p> <p>Gemäss h.L. beschreibt der Begriff der Obhut nach neuem Recht nur noch die faktischen Verhältnisse. Inhaber der Obhut ist also, wer mit einem Kind in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt. Der Begriff der rechtlichen Obhut ist mit der Gesetzesrevision dahingefallen. Die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes bildet neu Teilgehalt des Sorgerechts (vgl. ZGB 301a).</p> <p>Zuteilungskriterien (2)</p> <p>Zur Beantwortung der Frage, wem die Obhut zugeteilt werden soll, sind folgende Kriterien heranzuziehen: Erzieherische Fähigkeiten, Betreuungs- und Beziehungskontinuität, Bindungstoleranz, Möglichkeit zur persönlichen Betreuung, Wunsch bzw. Wille des Kindes usw. Es muss eine Gesamtabwägung aller Umstände im Einzelfall vorgenommen werden.</p> <p>Bedeutung der Kindesanhörung bzw. des Kindeswillens (6)</p> <p>Die Anhörung der Kinder ist Ausdruck der Beachtung ihrer Persönlichkeit. Es handelt sich demnach um ein Persönlichkeitsrecht. Kinder sollen Subjekt und nicht Objekt des familienrechtlichen Verfahrens sein. Vor allem bei älteren Kindern hat die Anhörung auch grossen Erkenntniswert. Das Kind hat zwar kein Wahlrecht, bei wem es wohnen will. Jedoch stellt sein Wille ein gewichtiges Kriterium für die Beurteilung des Kindeswohls dar. Fallen Kindeswohl und Kindeswille auseinander, ist dem objektivierten Wohle des Kindes</p>	

Vorzug zu geben. Von zentraler Bedeutung ist ein geäusserter Kindeswille v.a. dann, wenn das Kind fähig ist, diesen autonom zu bilden. Dies ist dann der Fall, wenn es die eigene Situation zu erkennen vermag und trotz äusserer Beeinflussung die eigene Ansicht vertreten kann. Im Sinne eines Richtwerts darf dies bei Kindern ab dem 12. Altersjahr angenommen werden. Bei noch älteren Kindern (nahe an der Volljährigkeit) kann eine Zuteilung gegen seinen Willen nur in den Fällen erfolgen, in denen die gewünschte Obhutsregelung mit dem objektivierten Kindeswohl offensichtlich unvereinbar ist. Kinder nahe an der Volljährigkeit können die Folgen eine Zuteilung der Obhut regelmässig aufgrund eigener Erfahrung abschätzen. Es bedarf triftiger, klar erkennbarer Anhaltspunkte, die gegen eine Gestaltung der Elternrechte nach seinem Willen sprechen.

Subsumption (6)

Mauro

Mauro bringt klar zum Ausdruck, dass er unter der Woche gerne bei seinem Vater wohnen würde. Er ist bereits 15-jährig. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt darf davon ausgegangen werden, dass er die Folgen seiner Entscheidung abschätzen kann. Seinem Zuteilungswunsch könnte die Tatsache widersprechen, dass Eduardo gemäss Gutachten nicht voll erziehungsfähig ist. Allerdings dürfte Mauro mit 15 Jahren bereits genügend Eigenverantwortung übernehmen, um diese Defizite ausgleichen zu können. Alles in allem sind nicht ausreichend konkrete Anhaltspunkte ersichtlich, die eine Zuteilung entgegen seinem Willen zu rechtfertigen vermögen.

Sabine

Sabine sagt nicht klar aus, ob sie lieber bei ihrer Mutter oder ihrem Vater leben würde. Einzig zusammen mit Carmen will sie nicht wohnen. Dieser Wille scheint aber durch das Verhalten von Tabea beeinflusst worden zu sein. Der Erkenntniswert dieser Aussage ist deshalb begrenzt. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass der induzierte Wille des Kindes seinen aktuellen Willen darstellt und sich dessen Missachtung wohl gleich anfühlt, wie wenn das Gericht den unbeeinflussten Willen des Kindes nicht beachten würde. Welche Obhutszuteilung im Wohl von Sabine liegt, ist nicht eindeutig. Gegen eine Zuteilung an Eduardo spricht seine mangelnde Erziehungsfähigkeit. Gegen Tabea spricht hingegen die fehlende Bindungstoleranz. Sodann scheint die ausbleibende Kommunikation mit Eduardo primär auf ihr Verhalten zurückzuführen zu sein. Die Betreuungskontinuität spricht wiederum für Tabea. Sie hatte bis anhin die Obhut über Sabine. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass Tabea ihren Erziehungsauftrag mangelhaft ausführt. Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass Tabeas Entscheidungen, die sie als Obhutsinhaberin allein treffen darf, mit dem Kindeswohl unvereinbar sind. Schwierigkeiten bereiten gemäss Sachverhalt nur die Angelegenheiten, in denen die Sorgeberechtigten gemeinsam befinden müssen. An diesem Problem würde sich auch nichts ändern, wenn die Obhut von Tabea an Eduardo umverteilt würde. Bezüglich der Betreuungskontinuität ist allerdings zu beachten, dass 12-jährige Jugendliche nicht mehr besonders personenbezogen sind. Äussere Verhältnisse wie Beständigkeit des Freundeskreises und der Schule sind zunehmend wichtiger. Ob mit einem Umzug zu Eduardo ein beachtenswerter Wohnortwechsel einhergehen würde, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Für Eduardo spricht schliesslich seine Bereitschaft, sein Pensum zur persönlichen Betreuung der Kinder zu reduzieren. Alles in allem erscheint eine Umverteilung der Obhut von Tabea an Eduardo aufgrund der Angaben im Sachverhalt derzeit (noch) nicht gerechtfertigt. Tabeas fehlende Kooperationsbereitschaft und die Beeinflussung der Kinder sind jedoch problematisch. Sollte dieses Verhalten weiter anhalten, ist eine Umverteilung der Obhut ernsthaft in Erwägung zu ziehen.

Korrekturhinweis 1: Es ist auch die gegenteilige Ansicht vertretbar.

Korrekturhinweis 2: Ausführungen zur Problematik der Trennung der Geschwister und zur Möglichkeit alternierender Obhut über Sabine können ebenfalls mit Punkten honoriert werden.

<p>Weitere Massnahmen (1)</p> <p>Eduardo ist ein umfassendes Besuchsrecht betreffend Sabine einzuräumen. Im Gegenzug hat Tabea Anspruch auf persönlichen Verkehr mit Mauro. Für Sabine muss eine Besuchsrechtsbeistandschaft angeordnet werden, um zu verhindern, dass Tabea weiterhin die Besuchsrechtsausübung durch Eduardo verhindert. Dadurch, dass Sabine aufgrund des grosszügigen Besuchsrechts relativ viel Zeit mit Eduardo verbringen wird, kann verhindert werden, dass Sabine nur die Standpunkte ihrer Mutter erfährt. Obwohl Sabine derzeit beeinflussbar erscheint, wird sie wegen ausgedehnter Kontakte mit ihrem Vater immer mehr ihre eigene Ansicht bilden und umsetzen können. Von Tabea könnte schliesslich verlangt werden, eine psychologische Behandlung in Anspruch zu nehmen.</p>	
<p>Fazit</p> <p>Mauro und Tabea sind unter gemeinsamer elterlicher Sorge zu belassen. Zurzeit sollte die Obhut über Mauro Eduardo zugeteilt und jene über Sabine eher Tabea zugesprochen werden. Sollte Tabea aber bezüglich der Kindererziehung die Kooperation und Kommunikation mit Eduardo weiterhin verweigern und die Kinder auch in Zukunft zu entfremden und überwachen versuchen, ist allenfalls auch die Obhut über Sabine Eduardo zuzuteilen.</p>	
<p>Frage 2</p>	11
<p>Entscheidungs- und Informationsrechte (8)</p> <p>Üben die Eltern das Sorgerecht gemeinsam aus, treffen sie die im Hinblick auf das Kindeswohl notwendigen Entscheidungen zusammen (ZGB 301 I). Nach ZGB 301 I^{bis} darf und soll jedoch derjenige, der das Kind betreut, allein entscheiden, wenn es sich um eine alltägliche Angelegenheit handelt oder zeitliche Dringlichkeit vorliegt und der andere nicht erreicht werden kann. Betreut wird das Kind von demjenigen, der zum Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung die Obhut innehat.</p> <p>Der Begriff der alltäglichen Angelegenheit wird grundsätzlich weit ausgelegt. Er ist im Gesetz nicht näher definiert. Nicht alltäglich sind Angelegenheiten, die schwer abänderbar sind und die Gestaltungsfreiheit des anderen Elternteils einschränken. Jeder, der das Kind betreut, soll selbst entscheiden dürfen, wie er die Zeit mit dem Kind gestalten möchte. Nicht entscheidend ist hingegen, wie oft eine Angelegenheit im täglichen Leben vorkommt.</p> <p>Ist ein Elternteil nicht sorgeberechtigt, hat er ein Informationsrecht bezüglich besonderer Ereignisse im Leben des Kindes (ZGB 275a I). Dazu gehören etwa Schulanlässe, Krankheit, schulische Leistungen, auffälliges Verhalten etc. Die Information muss ohne Aufforderung erteilt werden.</p> <p>In für die Entwicklung des Kindes wichtigen Angelegenheiten besitzt er zusätzlich ein Anhörungsrecht (ZGB 275a I). Zu diesen Angelegenheiten sind medizinische Eingriffe, Fragen der Ausbildung und Religion usw. zu zählen. Das Anhörungsrecht begründet keinen Anspruch auf Mitentscheidung.</p> <p>Gemäss ZGB 275a II kann der nicht sorgeberechtigte Elternteil auch direkt beim behandelnden Arzt Auskunft über Zustand und Entwicklung seines Kindes verlangen.</p> <p>Subsumption (2)</p> <p>Medizinische Angelegenheiten wie die Allergiebehandlung Sabines sind nicht alltäglicher Natur. Es handelt sich um eine Entscheidung, die von beiden Sorgeberechtigten gemeinsam getroffen werden muss. Eduardo und Tabea haben bezüglich Sabines Allergien nur dann ein Mitspracherecht, wenn sie sorgeberechtigt sind. Da es sich um eine nicht alltägliche Angelegenheit handelt, spielt die Obhutszuteilung diesbezüglich keine Rolle. Bei fehlendem Sorgerecht haben Tabea und Eduardo gegenüber dem Sorgeberechtigten nur</p>	

<p>Anspruch auf Information und Anhörung. Sodann können sie Informationen vom behandelnden Arzt verlangen.</p> <p>Weitere Massnahmen (1)</p> <p>Um Entscheidungen in Bezug auf Sabines ärztliche Behandlung zu ermöglichen, könnte die diesbezügliche Kompetenz einstweilen Eduardo zugesprochen werden, allenfalls mit Zustimmungserfordernis eines Beistands. Alternativ wäre möglich, dass die KESB punktuell Entscheidungen trifft.</p>	
<p>Fazit</p>	
<p>Ein Mitentscheidungsrecht haben Eduardo und Tabea nur, wenn sie sorgeberechtigt sind. Andersfalls kommen ihnen Anhörungs- und Informationsrechte zu.</p>	