

ZK 14 452, publiziert August 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 09. Juni 2015

Besetzung

Oberrichterin Bähler (Referent), Oberrichterin Grütter und Oberrichterin Apolloni Meier
Gerichtsschreiberin Wittwer

Verfahrensbeteiligte

A.

vertreten durch Fürsprecher X.

Beklagter/Berufungskläger/Anschlussberufungsbeklagter

gegen

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Klägerin/Berufungsbeklagte/Anschlussberufungsklägerin

Gegenstand

Auftrag

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 5. Mai 2014
(CIV 12 1443)

Regeste:

- Art. 394 ff. OR; Art. 553 ZGB; Art. 559 Abs. 1 ZGB; Art. 61 Abs. 1 EG ZGB
- Weder im eidgenössischen noch im kantonalen Recht ist vorgesehen, dass das Inventar verbindliche Feststellungen über die Erbenteilung enthält.
- Übergangene Pflichtteilserben werden nur dann ohne Gestaltungsurteil – das die fristgerechte Klageerhebung voraussetzt – zu vollen Erben, wenn ihre Erbenstellung von den eingesetzten Erben anerkannt wurde.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Berufungsbeklagte und ihre beiden Brüder fühlten sich von ihrem Vater erbrechtlich übergangen, da dieser mittels Erbvertrag seine zweite Ehefrau, Frau XY., als Alleinerbin eingesetzt und ihr insbesondere mittels Schenkungsvertrag gleichen Datums eine Liegenschaft geschenkt hatte. Sie beauftragten in der Folge den Berufungskläger, ihre erbrechtlichen Ansprüche geltend zu machen.

Die Berufungsbeklagte reichte in der Folge Klage gegen den Berufungskläger ein, da dieser die Verwirkungsfrist für die Ungültigkeits-, resp. Herabsetzungsklage unbenutzt verstreichen liess, ohne seine Mandantschaft über die Bedeutung deren Ablaufs aufzuklären, womit er in Verletzung seiner Sorgfaltspflicht sein Mandat schlecht erfüllt hat. Die Vorinstanz verurteilte ihn antragsgemäss zur Bezahlung von CHF XXX nebst Zins zu 5 % seit XXX. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger Berufung.

Im Entscheid wurden Inhalt und Tragweite eines Erbschaftsinventars und einer Erbbescheinigung erörtert und daraus abgeleitet, welche Bedeutung der notariellen Feststellung über die „Anerkennung“ zukommen kann. Weiter wurde geprüft, ob die von der eingesetzten Alleinerbin abgegebene Zustimmungserklärung zum Inhalt des Erbschaftsinventarsentwurfes von den pflichtteilsgeschützten Erben resp. dem Berufungskläger als Dispensierung von der Einreichung einer Herabsetzungsklage verstanden werden durfte.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

IV. Materielles

(...)

C. Vertragsverletzung

(...)

8. Für die Beantwortung der Frage, ob in casu eine Vertragsverletzung in Form einer Sorgfaltspflichtsverletzung des Berufungsklägers vorliegt, ist entscheidend, ob eine fristgerechte Einreichung der Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage zur Wahrung der Interessen der Mandanten notwendig gewesen wäre resp. wie es sich mit den Pflichtteilsansprüchen der Nachkommen verhält. Die Argumentation des Berufungsklägers geht dahin, dass sich die Einreichung einer Herabsetzungsklage deshalb als nicht notwendig erwiesen habe, da Frau XY. – wie sich aus dem Erbschaftsinventar und ihrer diesbezüglich abgegebenen Zustimmungserklärung ergebe – die Erbenstellung der Nachkommen anerkannt habe und diese daher ihre Pflichtteilsansprüche im Rahmen einer Erbteilungsklage geltend machen könnten. Dieser Auffassung kann – wie nachfolgend aufgezeigt – nicht gefolgt werden.
9. Das von Notar D. am (...) verurkundete Erbschaftsinventar (KB 21) enthält, wie bereits der Entwurf vom (...) (KAB 3), unter „C. Erbrechtliche Feststellungen“ folgenden Passus:

„3. Die Ehegatten XY. haben am (...) einen Erbvertrag abgeschlossen, wonach sich die Ehegatten XY. gegenseitig als einzige Erben ihres gesamten Nachlasses eingesetzt haben.

Der obgenannte Erbvertrag wurde den Nachkommen des Erblassers, als einzige übrige gesetzliche Erben, durch den unterzeichneten Notar schriftlich eröffnet. Gegen diese erbrechtliche Verfügung haben die Nachkommen des Erblassers fristgerecht Einsprache erhoben.

Der Erblasser hinterlässt somit als seine einzigen, gesetzlichen und anerkannten Erben, unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage:

- seine Ehefrau (...), zu 5/8
- seinen Sohn (...), zu 1/8
- seinen Sohn (...), zu 1/8
- seine Tochter [die Berufungsbeklagte], zu 1/8“.

Das Inventar enthält weiter allgemeine Feststellungen, güterrechtliche Feststellungen mit Aufstellung der Vermögenswerte beider (unter Gütertrennung lebender) Ehegatten, weitere erbrechtliche Feststellungen und eine Aufstellung des Nachlassvermögens mit Aktiven und Passiven. Es resultiert ein reines Nachlassvermögen von CHF (...). Darunter findet sich folgender Satz: „Dieses fällt gemäss Ziffer C/3. mit 5/8 an die Ehefrau und mit je 1/8 an die drei Nachkommen.“

10. Am 17. Juni 2006 hatte Frau XY. eine offensichtlich vom Notar vorbereitete „Zustimmungserklärung“ mit folgendem Inhalt unterzeichnet (KB 21 a.E.):

„Die unterzeichnete Erbin, Frau XY., (...) hat vom Entwurf des Erbschaftsinventares vom (...) über den Nachlass des (...) Herrn XY. (...) Kenntnis genommen. Sie erklärt, dass sie mit dem Inhalt einverstanden ist.“

11. Gemäss Art. 553 ZGB wird unter gewissen Voraussetzungen die Aufnahme eines Inventars angeordnet. Das Inventar dient der Feststellung des Bestandes des Nachlasses. Von Bundesrechts wegen enthält es eine Aufstellung der Aktiven des Nachlasses ohne Bewertung, da es nicht die Wertermittlung bezweckt. Das kantonale Recht kann hingegen eine Schätzung vorschreiben. Erfüllt das Erbschaftsinventar nach kantonalem Recht auch die Funktion eines Steuerinventars, so sind auch die Passiven aufzuführen und die Vermögenswerte werden zu Steuerwerten geschätzt (KARRER/VOGT/LEU, in: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Art. 553 N 1 ff. [nachfolgend: Autor-BSK ZGB II]). Das Inventar hat keine materielle Wirkung für eine allfällig darin enthaltene Schätzung der Vermögenswerte oder für andere zivilrechtliche Verhältnisse; bezüglich materiell-rechtlicher Fragen ist in jedem Fall die Entscheidung des ordentlichen Richters vorbehalten (KARRER/VOGT/LEU-BSK ZGB II, Art. 553 N 16).
12. Gemäss Art. 61 Abs. 1 EG ZGB wird das Erbschaftsinventar durch eine im Notariatsregister des Kantons Bern eingetragene Notarin oder einen im Notariatsregister des Kantons Bern eingetragenen Notar aufgenommen und soll ein möglichst genaues Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände mit Schätzung und der auf der Erbschaft lastenden Verpflichtungen enthalten. Die Ausführungsbestimmungen finden sich in der Verordnung

über die Errichtung des Inventars (Inventarverordnung, InvV, BSG 214.431.1). Nach Art. 21 InvV haben die „erbberechtigten Personen“ Gelegenheit, an der Inventaraufnahme teilzunehmen. Gemäss Art. 25 Abs. 1 InvV soll das Inventar den Nachlass sowie das Vermögen der von der verstorbenen Person in der Steuerpflicht vertretenen Personen und der überlebenden Ehegattin oder des überlebenden Ehegatten vollständig darstellen. Art. 55 der Notariatsverordnung (NV, BSG 169.112) bestimmt, dass die Inventarurkunde den Ort, das Datum und die Zeit der Inventaraufnahme und die Namen der teilnehmenden Personen sowie ein Verzeichnis der zum inventarisierenden Vermögen gehörenden Sachen und Rechte aller Art und auf Verlangen der Urkundspartei auch die mit dem Vermögen verbundenen Schulden und sonstigen Lasten zu enthalten hat. Auf Verlangen einer Urkundspartei sind die Gegenstände des Vermögens zu schätzen.

13. Wie die vorstehenden Ziffern 11 und 12 aufzeigen, ist weder im eidgenössischen noch im kantonalen Recht vorgesehen, dass das Inventar verbindliche Feststellungen über die Erbenstellung enthält.

Beim Erbschaftsinventar handelt es sich um eine öffentliche Urkunde, aber nur so weit, als der Notar für die Beurkundung zuständig war (Art. 24 lit. a des Notariatsgesetzes [NG; BSG 169.11]).

14. Zu prüfen bleibt daher in einem nächsten Schritt, ob es sich bei den im Erbschaftsinventar aufgeführten Feststellungen des Notars über die Erbenstellung um eine eigentliche Erbbescheinigung gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB handelt. Diese Bestimmung mit der Marginale „Auslieferung der Erbschaft“ bestimmt Folgendes: „Nach Ablauf eines Monats seit der Mitteilung an die Beteiligten wird den eingesetzten Erben, wenn die gesetzlichen Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht ausdrücklich deren Berechtigung bestritten haben, auf ihr Verlangen von der Behörde eine Bescheinigung darüber ausgestellt, dass sie unter Vorbehalt der Ungültigkeitsklage und der Erbschaftsklage als Erben anerkannt seien.“

Gemäss Art. 58 Abs. 1 NV sind Erbverträge durch die Notarin oder den Notar zu eröffnen, wobei sich deren Eröffnung und das Ausstellen von Erbenscheinen für erbvertraglich eingesetzte Erben gemäss Abs. 4 sinngemäss nach den Bestimmungen der Artikel 557 bis 559 ZGB richten.

Die Form der Erbbescheinigung ist bundesrechtlich nicht geregelt, sondern dem kantonalen Recht überlassen. Aus dem Begriff „Bescheinigung“ ergibt sich lediglich, dass es sich um ein schriftliches Dokument der zuständigen Behörde handeln muss (KAR-RER/VOGT/LEU-BSK ZGB II, Art. 559 N 17).

15. In casu hat der Notar den übergangenen gesetzlichen Erben den Erbvertrag eröffnet, und diese haben dagegen fristgerecht Einsprache erhoben (Berufungsbeklagte: KAB 2). Der Notar hat dies im Erbschaftsinventar auf S. 4 so festgestellt. Der nächste Satz lautet wie folgt: „Der Erblasser hinterlässt somit als seine einzigsten, gesetzlichen und anerkannten Erben [Unterstreichung im Originaltext], unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage: [die Ehefrau zu 5/8 und die Nachkommen zu je 1/8].

Wie das Wort „somit“ verdeutlicht, schliesst der Notar aus dem Umstand, dass die übergebenen gesetzlichen und Pflichtteilserven gegen den Erbvertrag Einsprache erhoben haben, dass sie im Umfang ihres Pflichtteils (der gesetzliche Erbteil wäre je 1/6 [Art. 462 Ziff. 1 ZGB]) anerkannte Erben geworden sind und stellt dies im Erbschaftsinventar so fest.

16. Dieses Vorgehen widerspricht jedoch der Rechtslage. Ist die Berechtigung von eingesetzten Erben bestritten worden, so kann eine Erbbescheinigung vorläufig nicht ausgestellt werden, weder an die eingesetzten noch an die gesetzlichen Erben. Erst wenn die gesetzlichen Erben von ihrem Recht keinen Gebrauch machen, innert Jahresfrist eine erbrechtliche Klage einzureichen, so ist die Erbbescheinigung auf Verlangen der eingesetzten Erben an diese auszustellen (KARRER/VOGT/LEU-BSK ZGB II, Art. 559 N 40; vgl. auch BGer 5A_841/3013 vom 18. Februar 2014). Solange die gesetzlichen Erben nicht durch Gestaltungsurteil anerkannt worden sind, haben sie die Stellung von „virtuellen Erben“. Diese verlieren sie, wenn sie die Frist zur Klageerhebung nicht einhalten (DANIELA KLÖTI, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2014, Rz 27 ff., 190; BGE 138 III 354 E. 5 S. 357). So hat denn auch das Bundesgericht in BGE 128 III 318 E. 2.2.1 festgehalten: „Vermöchte nun die Einsprache das Testament definitiv zu blockieren, liefe das darauf hinaus, die gesetzlich festgeschriebenen Klägerrollen (Art. 519 und 522 ZGB) zu vertauschen. Ein solcher Schluss lässt sich weder aus dem Umstand ziehen, dass die Wirkung der Einsprache in Art. 559 Abs. 1 ZGB nicht ausdrücklich zeitlich begrenzt ist, noch bestehen hierfür sachlich überzeugende Gründe. Ist der sich verletzt fühlende Erbe trotz erhobener Einsprache gehalten, innert den Verwirkungsfristen erbrechtliche Klagen zu erheben, wird dadurch die Einsprache keineswegs ihres Sinnes entleert, was allenfalls ein Indiz für eine andere Auslegung der Bestimmung bedeuten könnte. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich der gesetzliche Erbe mit der Einsprache vor dem Schaden einer vorzeitigen Auslieferung der Erbschaft schützen kann. Sodann gewinnt er Zeit, sei es für Verhandlungen mit den eingesetzten Erben, sei es zur sorgfältigen Vorbereitung eines Prozesses gegen diese. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Einsprecher darüber hinaus auch noch von seiner fundamentalen Obliegenheit, Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage zu erheben, entbunden werden sollte.“

Die übergebenen Pflichtteilserven werden somit durch die Einsprache nicht zu „anerkannten Erben“.

Die Erwähnung der durch die Verfügung von Todes wegen ausgeschlossenen pflichtteilsgeschützten Erben ist denn auch nicht Inhalt einer Erbbescheinigung. Gemäss KARRER/VOGT/LEU-BSK ZGB II, Art. 559 N 25, ist ein ausgeschlossener Pflichtteilserbe aber dann aufzunehmen, wenn die übrigen Erben mit ihm übereingekommen sind, dass er entgegen der Verfügung von Todes wegen Erbenstellung erhalten soll.

17. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass übergebene Pflichtteilserven nur dann ohne Gestaltungsurteil – das die fristgerechte Klageerhebung voraussetzt – zu vollen Erben werden, wenn ihre Erbenstellung von den eingesetzten Erben anerkannt wurde. Es ist daher in einem nächsten Schritt die Tragweite der Zustimmungserklärung von Frau XY. zu beurteilen.

18. Der Entwurf des Erbschaftsinventars vom (...) (KAB 3) enthält die Feststellung, dass die Nachkommen des Erblassers unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage anerkannte Erben und zu je 1/8 am reinen Nachlassvermögen von CHF (...) (gemäss Entwurf) beteiligt seien. Frau XY. erklärte auf dem Formular „Zustimmungserklärung“ am (...), dass sie mit dem Inhalt des Entwurfs einverstanden sei. Das öffentlich beurkundete Inventar vom (...) enthält dieselben Feststellungen wie der Entwurf.
19. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Feststellung des Notars, dass die Nachkommen als Erben anerkannt worden seien, die Vermutung der Richtigkeit gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB geniesst. Diese Bestimmung lautet wie folgt: „Öffentliche Register und öffentliche Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist.“ Diese Vermutung knüpft an das bundesrechtliche Erfordernis einer öffentlichen Beurkundung an. Nur jener Teil einer öffentlichen Urkunde ist beweisverstärkt, für den die Form der öffentlichen Beurkundung erforderlich ist (FLAVIO LARDELLI, in: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Art. 9 N 12 und 28). Wie bereits vorstehend (Ziff. 11 ff.) erwogen, ist die Feststellung, welche Erben anerkannt sind, nicht Bestandteil des bundesrechtlich vorgeschriebenen Inhalts eines Erbschaftsinventars. Hingegen enthält die Erbbescheinigung gemäss Art. 559 ZGB die Feststellung, dass die aufgeführten Erben als einzige solche anerkannt sind, allerdings unter Vorbehalt der Ungültigkeits- und der Erbschaftsklage. Vorbehalten sind auch die Herabsetzungs- und allfällige Feststellungsklagen. Dieser bundesrechtliche Vorbehalt gilt immer, und zwar auch dann, wenn er aus Versehen nicht in der Erbbescheinigung enthalten sein sollte (KARRER/VOGT/LEU-BSK ZGB II, Art. 559 N 23). Die Erbbescheinigung muss von Bundesrechts wegen nicht öffentlich beurkundet sein (vorstehend Ziff. 14).

Damit besteht keine rechtliche Grundlage, einer in einer öffentlichen Urkunde (Erbschaftsinventar oder Erbbescheinigung) enthaltenen Feststellung, wonach Personen ohne Vorbehalt der Herabsetzungsklage als Erben anerkannt sind, die Vermutung der Richtigkeit zuzuerkennen.

20. Es ist somit zu prüfen, ob die Zustimmungserklärung von Frau XY. zum Entwurf des Inventars so auszulegen ist, dass sie die Nachkommen nicht nur als virtuelle, sondern als vollwertige gesetzliche Erben anerkannt und vom Erfordernis der Einreichung einer Herabsetzungsklage dispensiert hat. Zu beweisen hat dies gemäss Art. 8 ZGB der Berufungskläger.
21. Es muss davon ausgegangen werden, dass sich Frau XY. einer solchen Tragweite ihrer Zustimmungserklärung nicht bewusst war. Diese wurde ihr vom Notar vorbereitet gestellt, und es ging um eine Zustimmung zum Inventar, worunter landläufig und auch nach dem Gesetz eine Aufstellung von Vermögenswerten verstanden wird. Unter dem Titel erbrechtliche Feststellungen findet sich lediglich ein Vorbehalt für die Ungültigkeits- und Erbschaftsklage, nicht erwähnt wird jedoch die Herabsetzungsklage. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht geschlossen werden, dass Frau XY. die Nachkommen mit ihrer Zustimmungserklärung von der Einreichung einer solchen dispensieren wollte. Dies käme einer Zustimmung zu einem „qualifizierten Schweigen“ gleich, was auch deshalb nicht anzunehmen ist, weil nirgends dargelegt wurde, dass sie vom Notar vorgängig über das Thema Herabsetzung aufgeklärt worden wäre. Aufgrund der Formulierung im

Inventar (Nachkommen haben Einsprache erhoben und sind „somit“ anerkannte Erben) musste sie – sofern sie sich überhaupt entsprechende Überlegungen machte – vielmehr davon ausgehen, dass die Feststellungen des Notars der Rechtslage entsprechen, was nach den obigen Ausführungen nicht der Fall war. Die vom Berufungskläger vorgenommene Auslegung der Zustimmungserklärung ist somit nicht vom Wissen und Willen von Frau XY. getragen. Jedenfalls fehlt ein entsprechender Nachweis, der die gegenläufigen Indizien entkräften würde.

22. Somit ist entscheidend, ob zugunsten der Nachkommen bzw. im vorliegenden Prozess das Vertrauensprinzip zur Anwendung kommt.
23. Aus den Unterlagen aus den Jahren 2006 bis 2009 geht nicht hervor, dass seitens der Nachkommen und des Berufungsklägers jemals vorgebracht worden wäre, Frau XY. habe die Erbenstellung der Nachkommen anerkannt. Erstmals findet sich die Darstellung, der Erbanspruch der Nachkommen (auf 1/8 des Nachlasses gemäss Entwurf Erbschaftsinventar, ausmachend pro Nachkomme (...)), bestehe nach wie vor, im Schreiben des Berufungsklägers an die Berufungsbeklagte vom 7. April 2010 (KB 14). Das Argument der Anerkennung der Erbenstellung der Nachkommen durch Frau XY. wird erstmals im Schreiben von Fürsprecher X. an Fürsprecher Y. vom (...) (KB 18) vorgebracht.
24. Am (...) schrieb Notar D. dem Berufungskläger im Zusammenhang mit der Eröffnung und Anfechtung des Erbvertrags, den Erben stehe selbstverständlich die gerichtliche Anfechtung des Erbvertrags offen (KAB 8). Die Reaktion des Berufungsklägers war nicht ein Hinweis auf die gemäss Inventar anerkannte Erbenstellung der Nachkommen. Vielmehr reichte er am (...) für die Nachkommen ein Ladungsgesuch zum Aussöhnungsversuch für eine Ungültigkeits-, eventualiter Herabsetzungsklage ein (KB 5). Der diesbezügliche Aussöhnungsversuch verlief im Mai 2007 fruchtlos. Eine bereits anerkannte Erbenstellung der Nachkommen war offenbar kein Thema. Am (...) unterbreitete Fürsprecher Z. dem Berufungskläger einen Lösungsvorschlag, der u.a. beinhaltete, dass die Nachkommen „auf die Geltendmachung der Herabsetzung“ verzichten (KAB 10). Am (...) wies der Berufungskläger Fürsprecher Z. darauf hin, dass die Klagefrist am (...) ausläuft (KAB 11) und am (...) wünschte er telefonisch von Fürsprecher Z. einen Verzicht auf die Wiederholung des Aussöhnungsversuchs (KB 6).
25. Auf Seiten von Frau XY. wurde offensichtlich davon ausgegangen, dass die Nachkommen im Fall der Nichteinigung zur Durchsetzung des Herabsetzungsanspruchs gerichtlich vorgehen müssen, was der Berufungskläger zunächst auch tat. Eine Prüfung der Rechtslage durch den rechtskundigen Berufungskläger hätte zudem zumindest Zweifel darüber wecken müssen, dass das Fehlen der Herabsetzungsklage beim Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen in den Feststellungen im Erbschaftsinventar als qualifiziertes Schweigen ausgelegt werden kann (vgl. ROLAND PFÄFFLI, Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht, successio 2009, 32 ff, Fn 32, mit Hinweis auf EDUARD SOMMER, Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1941). Unter diesen Umständen konnten die Nachkommen resp. der Berufungskläger nicht darauf vertrauen, in Abweichung von der Rechtslage von der fristgerechten Einreichung einer Herabsetzungsklage zur Durchsetzung ihrer Pflichtteilsansprüche dispensiert zu sein.

26. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es dem Berufungskläger weder durch den Verweis auf die notariellen erbrechtlichen Feststellungen im Erbschaftsinventar noch auf die Zustimmungserklärung von Frau XY. zu dessen Entwurf gelingt, eine Anerkennung der Erbenstellung und der Pflichtteilsansprüche der Nachkommen durch diese zu beweisen. Ebenso wenig war das Verhalten von Frau XY. geeignet, bei den Nachkommen resp. beim Berufungskläger berechtigtes Vertrauen zu erzeugen, auf die Einreichung einer Herabsetzungsklage infolge Anerkennung der Erbenstellung und der Pflichtteilsansprüche verzichten zu können. Mangels Anerkennung der Erbenstellung der pflichtteilsgeschützten Nachkommen durch die eingesetzte Alleinerbin Frau XY., war aber nach dem vorstehend unter Ziff. 16 Gesagten ein Gestaltungsurteil notwendig, um die „virtuellen Erben“ zu vollen Erben zu machen. Dies wiederum hätte die fristgerechte Einreichung der Ungültigkeits-, resp. Herabsetzungsklage gemäss Art. 521 und Art. 533 Abs. 1 ZGB bedingt, was vorliegend die Einhaltung der sechsmonatigen Klagefrist vorausgesetzt hätte, zumal es sich bei den „Verjährungsfristen“ der genannten Bestimmungen nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eigentliche Verwirkungsfristen handelt (BGE 98 II 176; BGE 102 II 193; BGE 135 III 97).

Zwar kann der Herabsetzungsanspruch gemäss Art. 533 Abs. 3 ZGB einredeweise jederzeit und im Erbteilungsprozess unabhängig von der Verteilung der Parteirollen geltend gemacht werden, doch würde dies Mitbesitz am Nachlassvermögen voraussetzen. Nur Besitz an der Erbschaft vermag den geschädigten Erben von der Pflicht, Herabsetzungsklage zu erheben, zu befreien (BGE 98 II 176 E. 10 S. 181; BGE 135 III 97 E. 3 S. 101; FORNI/PIATTI-BSK ZGB II, Art. 533 N 4; DANIELA KLÖTI, a.a.O., Rz 153).

27. Weil also die Erbenstellung der pflichtteilsgeschützten Nachkommen durch die eingesetzte Alleinerbin Frau XY. nicht anerkannt war, diese nicht im (Mit)besitz des Nachlassvermögens waren und daher einen Herabsetzungsanspruch nicht einredeweise geltend machen können, wäre zur Wahrung der Interessen der Berufungsbeklagten die Einhaltung der Verwirkungsfrist für die Herabsetzungsklage – entgegen der Auffassung des Berufungsklägers – notwendig gewesen. Denn das Verstreichenlassen der Frist bedeutete den Untergang des Herabsetzungsanspruches und dadurch auch eine massive Verschlechterung der Verhandlungsposition für die aufgegleisten aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen.
28. Dass die Wahrung von Fristen zu den elementaren Aufgaben eines Anwaltes zählt, braucht nicht näher erörtert zu werden. Indem der mit der Wahrung der erbrechtlichen Ansprüche betraute Berufungskläger die Verwirkungsfrist für die Ungültigkeits-, resp. Herabsetzungsklage unbenutzt verstreichen liess, ohne seine Mandantschaft über die Bedeutung deren Ablaufs aufzuklären, hat er in Verletzung seiner Sorgfaltspflicht sein Mandat schlecht erfüllt. Eine Vertragsverletzung als erste Voraussetzung für den geltend gemachten vertraglichen Haftungsanspruch ist gegeben.

(...)

Der Entscheid ist rechtskräftig.

Mitgeteilt von:

MLaw Helen Holzapfel Pürro, Gerichtsschreiberin