

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

# Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



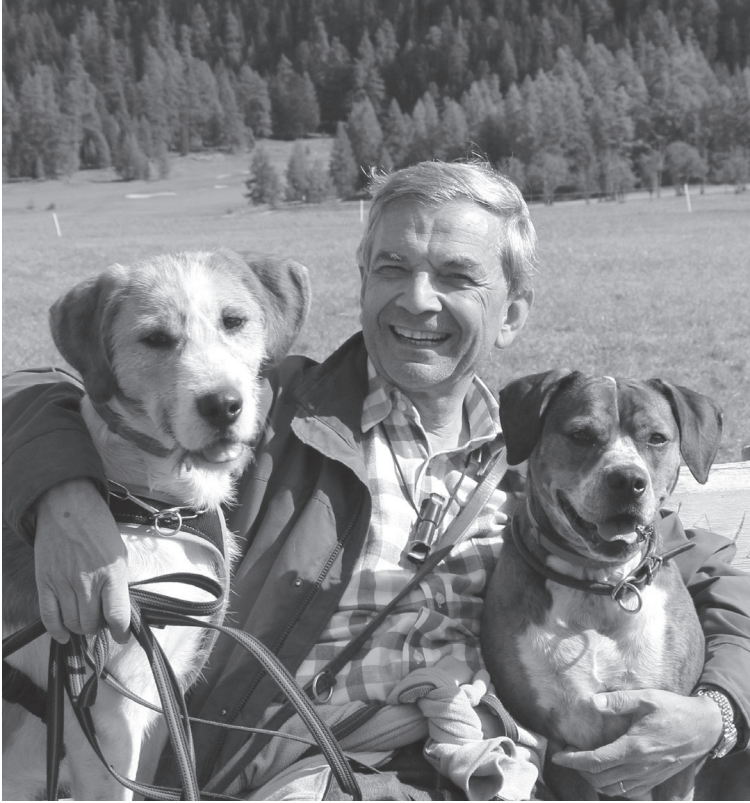
Stämpfli Verlag



---

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

**Auf zu neuen Ufern!**



A. J. Müller

---

Karin Müller  
Jörg Schwarz  
(Herausgeber)

# **Auf zu neuen Ufern!**

**Festschrift für Walter Fellmann**



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

ISBN 978-3-7272-7808-2

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:  
E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9



© Stämpfli Verlag AG Bern

---

# Zwei grobe Anwaltsfehler und deren Folgen

## Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 4A\_464/2008 vom 22. Dezember 2008

ALFRED KOLLER

### Inhaltsverzeichnis

I.	BGE 4A_464/2008: der Sachverhalt .....	574
II.	BGE 4A_464/2008: die massgeblichen Erwägungen .....	575
III.	Haftung von Rechtsanwalt X. für die Kostenfolgen des Ungültigkeitsprozesses Y./A.Z. und B.Z.? .....	579
	A. Ausgangslage .....	579
	B. Der natürliche Kausalzusammenhang .....	580
	C. Der adäquate Kausalzusammenhang .....	582
IV.	Exkurs: Bemerkungen zum Verhältnis Y./ Rechtsanwalt O. ....	583
V.	Fazit .....	585
VI.	Literaturverzeichnis .....	585

Walter Fellmann ist sowohl Universitätsprofessor als auch selbständiger Anwalt<sup>1</sup>. Es lag daher nahe, einen die Anwaltstätigkeit betreffenden Gegenstand zum Thema meines Festschriftbeitrags zu machen. Die Wahl fiel auf den im (Unter-)Titel erwähnten Bundesgerichtsentscheid, in dem es um (grobe) Anwaltsfehler ging. Die Folgen solcher Anwaltsfehler zeigen sich sowohl auf der Honorar- als auch auf der Haftungsebene. Beides soll am Sachverhalt, der dem besagten Entscheid zugrunde liegt, illustriert werden. Ich hoffe, damit auf das Interesse des Jubilars zu stossen, zumal er sich in mehreren Festschriftbeiträgen ebenfalls mit Bundesgerichtsentscheiden auseinandergesetzt hat<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Von seiner Anwaltstätigkeit zeugen (u.a.) verschiedene Bundesgerichtsentscheide, in denen er einen der Verfahrensbeteiligten vertreten hat. S. z.B. die Urteile 4A\_152/2016 vom 26. August 2016 = BGE 142 III 657 (dazu FELLMANN, S. 797 ff.) und 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000. In beiden Fällen hat der Jubilar obsiegt, im letzteren Fall aber m.E. zu Unrecht (vgl. KOLLER, Haftung, S. 367 ff.).

<sup>2</sup> S. nebst dem in Anm. 1 zitierten Aufsatz etwa noch FELLMANN/MAGNIN, S. 81 ff.

## I. BGE 4A\_464/2008: der Sachverhalt<sup>3</sup>

1. Am 16. September 1994 verstarb H.Z. Er hinterliess drei Söhne: A.Z. und B.Z., welche aus seiner Ehe mit der vorverstorbenen F.Z. stammten, sowie Y., den er im November 1992 vor dem Zivilstandsbeamten Neuenburg als seinen Sohn anerkannt hatte. Die gesamten Nachlassaktiven beliefen sich auf Fr. 696'000.–.

Am 26. September 1994 wurde Y. eine Kopie des vom Verstorbenen am 13. Juni 1993 aufgesetzten eigenhändigen Testaments zugestellt. Eine der Klauseln dieses Testaments lautete folgendermassen:

«Certains ont cherché à me soutirer de l'argent en me rendant responsable de la naissance de Y. \_\_\_\_\_. Ma paternité sur celui-ci n'a jamais été établie scientifiquement. Y. \_\_\_\_\_ ne sera pas mon héritier et ne sera pas appelé à ma succession.»<sup>4</sup>

Am 24. Oktober 1994 gelangte Y., vertreten durch Rechtsanwalt X., an den vom verstorbenen H.Z. bezeichneten Willensvollstrecker und teilte ihm seinen Wunsch nach einer Teilung des Nachlasses unter würdigen und korrekten Bedingungen mit. In der Folge kam es zwischen X. und dem Willensvollstrecker zu Vergleichsverhandlungen, welche jedoch keinen Erfolg zeigten.

Am 25. Januar 1996 liess der Willensvollstrecker Rechtsanwalt X. im Namen von A.Z. wissen, dass Y. allfällige Erbansprüche verwirkt habe, da er innert der Einjahresfrist von Art. 521 Abs. 1 ZGB nicht auf Ungültigkeit des Testaments bzw. der besagten Testamentsklausel geklagt habe. Mit Schreiben vom 2. Februar 1996 wies Rechtsanwalt X. diese Ansicht zurück; er machte geltend, es stehe ihm die 30-jährige Frist von Art. 521 Abs. 2 ZGB für die Erhebung der Ungültigkeitsklage zur Verfügung. Der Willensvollstrecker liess sich jedoch von seinem Standpunkt nicht abbringen.

Mit Eingabe vom 28. März 1996 erhob Y., neu vertreten durch Rechtsanwalt O., gegen A.Z. und B.Z. Klage auf Ungültigerklärung der Enterbungsklausel. Am 6. Juli 1998 wies die II. Zivilabteilung des Kantonsgerichts Neuenburg die Klage ab und verurteilte Y. zur Bezahlung von Fr. 6'675.– Gerichtskosten und zur Entrichtung einer Parteientschädigung von Fr. 8'000.– an die Beklagten. Das Gericht erwog im Wesentlichen, dass die Klage wegen Fristversäumnis abgewiesen werden müsse.

---

<sup>3</sup> Der Sachverhalt ist in rechtlich unerheblicher Weise vereinfacht. Eine ausführliche Sachverhaltsschilderung findet sich in der Praxis des Bundesgerichts, für die Jenny Schwob den in Französisch abgefassten Urteilstext übersetzt hat (Pra 2009 Nr. 67).

<sup>4</sup> «Gewisse Personen versuchten, mir Gelder zu entziehen, indem sie mich für die Geburt von Y. verantwortlich machten. Meine Vaterschaft betreffend diesen wurde nie wissenschaftlich nachgewiesen. Y. soll nicht mein Erbe und nicht zur Erbfolge berufen sein.»



2. Mehrere Jahre später, am 30. April 2004, reichte Y. beim Kantonsgericht Neuenburg Schadenersatzklage gegen Rechtsanwalt X. ein. Er forderte Fr. 232'000.– als Abgeltung seines Anteils am Nachlass des verstorbenen H.Z. sowie Fr. 29'740.– als Ersatz der Kosten, die ihm durch den Prozess gegen seine Halbbrüder (A.Z. und B.Z.) entstanden waren (Fr. 14'675.– Prozesskosten [Gerichtskosten und Prozessentschädigung an die Gegenpartei] sowie Fr. 15'065.– Honorar, das er seinem eigenen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt O., entrichtet hatte). Nachträglich reduzierte er seine Hauptforderung von Fr. 232'000.– (gesetzlicher Erbteil) auf Fr. 174'000.– (Pflichtteil), wodurch sich der Klagebetrag von Fr. 261'740.– auf Fr. 203'740.– verringerte.

Das Kantonsgericht Neuenburg hiess die Klage gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR gut. X. fand sich mit diesem Urteil ab, soweit es seine Haftung für den dem Y. entgangenen Pflichtteil anbelangte. Hingegen reichte er mit Bezug auf die übrigen Schadenspositionen Zivilrechtsbeschwerde beim Bundesgericht ein. Er machte geltend, es fehle an dem von Art. 97 Abs. 1 OR vorausgesetzten adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem ihm zur Last gelegten Verschulden (nicht fristgerechte Erhebung der Ungültigkeitsklage) und den betreffenden Schadenspositionen. Das Bundesgericht gab ihm recht, im Wesentlichen mit der Begründung, der von Y. bzw. in seinem Namen von O. angehobene Prozess gegen die Gebrüder Z. sei von vornherein aussichtslos gewesen und hätte daher nicht unternommen werden dürfen, es fehle daher am natürlichen Kausalzusammenhang. Im Einzelnen erwoog das Bundesgericht Folgendes (E. 3 bis 5):

## II. BGE 4A\_464/2008: die massgeblichen Erwägungen<sup>5</sup>

3.

3.1 Le recourant reproche aux premiers juges de l'avoir condamné à payer la somme de 29'740 fr. comprenant les dépens et honoraires d'avocat assumés par l'intimé dans la procédure ayant opposé ce dernier à ses deux demi-frères. Selon lui, cette procédure ne servait à rien et était d'autant plus inutile qu'elle n'avait pas pour objet sa responsabilité. De manière évidente, elle avait été ouverte tardivement [...]. Toutes les preuves administrées au cours de cette première procédure inutile auraient pu l'être dans le cadre de la procédure en responsabilité du mandataire intentée après coup.

---

<sup>5</sup> Die Erwägungen finden sich auf Deutsch in der Praxis (Pra 2009 Nr. 67). Hier wird der französische Originaltext wiedergegeben, da er die Erwägungen des Bundesgerichts naturgemäss authentischer zum Ausdruck bringt als die Übersetzung.

Ce faisant, les juges précédents seraient tombés dans l'arbitraire et auraient violé les art. 97 al. 1, 99 al. 3, 41 et 44 CO, de l'avis du recourant, pour avoir mis à sa charge des frais inutilement engagés, qui avaient augmenté le dommage à réparer par lui.

3.2 La cour cantonale retient, à bon droit, que la responsabilité contractuelle du recourant, lié à l'intimé par un contrat de mandat (art. 394 ss CO), découle de l'art. 398 CO, le mandataire ayant omis d'intenter action en temps utile pour le compte de son client (cf. arrêt 4C.449/2004 du 9 mars 2005 consid. 2).

### 3.3

3.3.1 La question présentement litigieuse a trait à la causalité entre l'omission fautive imputable au recourant et le dommage subi par l'intimé qui a dû assumer les frais, dépens et honoraires d'une procédure introduite tardivement par lui du fait de la violation du mandat qu'il avait confié au recourant.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il y a lieu de distinguer entre la causalité naturelle et la causalité adéquate même si la violation d'une obligation contractuelle est imputable à une omission. Toutefois, pour retenir une causalité naturelle en cas d'omission, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi ou au contrat. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique. Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur. En règle générale, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. Ainsi, lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique des événements. Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en matière civile, est lié, selon l'art. 105 al. 1 LTF, par les constatations cantonales concernant la causalité naturelle, dès lors qu'elles ne reposent pas exclusivement sur l'expérience de la vie, mais sur des faits ressortant de l'appréciation des preuves. Violer, en revanche, le droit fédéral le juge qui ignore l'exigence de la causalité naturelle ou méconnaît cette notion juridique (arrêt précité, consid. 4.1 et les références).

### 3.3.2

3.3.2.1 Le délai d'un an pour intenter une action en nullité des dispositions pour cause de mort court dès la connaissance de la disposition incriminée et de la cause de nullité (art. 521 al. 1 CC). Le délai d'un an applicable à l'action en réduction s'écoule à partir du moment où l'héritier connaît la lésion de sa réserve (art. 533 al. 1 CC). Il s'agit de délais de préemption ou de déchéance (ATF 98 II 176 consid. 10 p. 178 à 181).

Ainsi, d'après l'état de fait du jugement attaqué, le délai pour intenter l'une ou l'autre de ces deux actions est arrivé à échéance le 26 septembre 1995, l'intimé ayant pris connaissance de la perte de ses droits lors de la communication du testament de son père défunt. Il en découle que le recourant n'a pas procédé judiciairement dans un tel laps de temps, ce qui a entraîné la forclusion des droits de son client.

Sur le vu des constatations de l'autorité cantonale, il est établi et non contesté que, si le recourant avait ouvert action en temps utile pour le compte de son mandant, afin de contester la validité de la clause d'exhérédation de ce dernier, l'intimé aurait obtenu gain de cause et n'aurait pas été privé de sa réserve légale dans la succession de feu son père à concurrence de 174'000 fr.

Un rapport de causalité hypothétique, au sens de la jurisprudence précitée, entre l'omission d'agir en temps utile et le préjudice est donc constant.

3.3.2.2 En revanche, sur le point encore litigieux, il faut d'abord remarquer que les frais que l'intimé a encourus pour avoir intenté une première action contre les deux héritiers de feu son père ne sont en rien imputables au recourant, mais résultent exclusivement d'une décision unilatérale prise par l'intimé et son nouveau conseil. Ceux-ci ont, de la sorte, pris de leur propre chef le risque d'ouvrir action, nonobstant l'expiration du délai légal pour procéder, et la décision déférée ne renferme pas de constatations permettant de dire que le recourant y aurait été associé d'une façon ou d'une autre. Il n'est donc pas possible d'affirmer que l'omission imputée au recourant serait dans un rapport de causalité hypothétique avec ce poste du dommage.

En d'autres termes, comme le recourant l'a soutenu avec raison, il aurait suffi à l'intimé d'ouvrir une seule action en responsabilité à l'encontre de son ancien mandataire. L'instruction de celle-ci aurait alors permis d'aboutir aux mêmes conclusions que celles auxquelles est parvenue la IIe Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, ce d'autant qu'il était manifeste qu'une exhérédation était dépourvue de tout fondement dans le cas particulier au regard des motifs mêmes du testament confectionné le 13 juin 1993 par H.Z. \_\_\_\_\_, les seuls motifs qui peuvent être pris en considération selon l'art. 479 al. 1 CC. En effet, une telle mesure n'est possible, en vertu de l'art. 477 CC, que lorsque l'héritier réservataire a commis une infraction pénale grave contre le défunt ou l'un de ses proches (ch. 1) ou qu'il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le défunt ou sa famille (ch. 2). Or, aucune de ces deux hypothèses n'est réalisée en l'espèce sur le vu de la clause topique du testament, en l'absence de tout comportement fautif imputé à l'intimé, ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas.

Ainsi, contrairement à l'avis de l'autorité cantonale, l'intimé était parfaitement fondé à procéder directement à l'encontre du recourant sans actionner préalablement ses demi-frères, étant donné que le mandant lésé, qui agit en responsabilité

contre son avocat, est habilité à prouver que, si son ancien conseil avait respecté son devoir de diligence, le dommage ne se serait pas produit (ATF 87 II 364 consid. 2).

3.4 Il est vrai que, si, par hypothèse, l'intimé avait obtenu gain de cause dans la procédure judiciaire intentée contre ses demi-frères, l'omission reprochée au recourant n'aurait pas eu de conséquences dommageables aussi importantes. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que seules sont opposables au lésé, s'agissant du devoir d'éviter la survenance du dommage ou d'en réduire l'importance, les mesures pouvant être raisonnablement et objectivement exigées de lui (ATF 132 III 359 consid. 4.3 p. 368). Par conséquent, il faut examiner si l'intimé était fondé à intenter d'abord action à ses demi-frères.

Les délais pour intenter une action en nullité d'une disposition pour cause de mort ou une action en réduction sont des délais de péremption, soit de déchéance (cf. consid. 3.3.2.1 ci-dessus). [...] Du moment que le respect des délais de péremption et de prescription constitue une des règles élémentaires de la profession d'avocat, le sort d'une cause dépendant au premier chef de la question de savoir si l'action est périmée ou la créance prescrite (arrêt C.413/1982 du 26 avril 1983 consid. 1, in SJ 1984 p. 204), on ne voit pas comment l'inaction fautive du recourant aurait pu légitimer l'intimé à intenter action contre ses deux demi-frères en dépit de l'expiration des délais de péremption, alors que cet état de choses était en définitive imputable à l'exhéredé par le fait de son conseil.

En conséquence, l'intimé ne saurait prétendre qu'il pouvait être raisonnablement et objectivement exigé de lui qu'il intentât une action tardive à l'encontre de ses demi-frères. Le faire ne constituait donc pas une mesure adéquate, de nature à diminuer le dommage qu'il avait subi à la suite de l'omission de son avocat d'ouvrir action en temps utile.

3.5 En conclusion, la somme de 29'740 fr., représentant les frais, dépens et honoraires provoqués par la procédure que l'intimé avait conduite inutilement contre ses demi-frères, n'aurait pas dû être mise à la charge du recourant. En le faisant néanmoins, la cour cantonale a donc violé le droit fédéral. Le présent recours doit donc être admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que la somme en question sera déduite du montant alloué à l'intimé. Pour le surplus, il y a lieu d'annuler le dispositif de ce jugement et de renvoyer la cause aux premiers juges afin qu'ils statuent à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

### III. Haftung von Rechtsanwalt X. für die Kostenfolgen des Ungültigkeitsprozesses Y./A.Z. und B.Z.?

Das Bundesgericht hat den Entscheid der Vorinstanz betr. die Tragung der in Frage stehenden Kosten aufgehoben und die diesbezügliche Haftung von X. verneint. Ob zu Recht oder zu Unrecht, wird später (unten III./B. und III./C.) geprüft. Vorab sei nochmals die Ausgangslage in Erinnerung gerufen (A.):

#### A. Ausgangslage

Y. hatte Rechtsanwalt X. den Auftrag erteilt, seine erbrechtlichen Ansprüche gegenüber seinen Halbbrüdern A.Z. und B.Z. zu wahren. Diese Ansprüche verwirkten, weil X. die Testamentsklausel, mit welcher der Erblasser H.Z. den Y. enterbt hatte, nicht rechtzeitig, d.h. innert eines Jahres ab Kenntnis der Enterbungsklausel (Art. 521 Abs. 1 bzw. 533 ZGB), mittels Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage angefochten hatte<sup>6</sup>. In der Folge beauftragte Y. Rechtsanwalt O. mit der Wahrung seiner Interessen. O. klagte auf Ungültigkeit der Klausel, er ging also offenbar von deren gänzlichen Nichtigkeit aus (Art. 519 ZGB), und verlangte dementsprechend den gesetzlichen Erbteil. Nachdem die Klage wegen Verspätung abgewiesen worden war, klagte Y. gegen X. vorerst auf Abgeltung seines gesetzlichen Erbteils, später jedoch nur mehr auf Abgeltung seines Pflichtteils. Die Klagereduktion beruhte offenbar auf der neu gewonnenen – wohl richtigen – Einsicht, dass die Klausel nicht gänzlich, sondern nur insoweit ungültig war, als sie ihm seinen Pflichtteil entzog (s. sogleich im Kleintext). Nebst dem Ersatz für den entgangenen Pflichtteil (Fr. 174'000.–) verlangte Y. Ersatz der Kosten, die ihm aus dem verlorenen Ungültigkeitsprozess gegen seine Halbbrüder entstanden waren (Gerichtskosten Fr. 6'675.–; Parteientschädigung Fr. 8000.–; Honorarzahlung an O. Fr. 15'065.–). Die Klage wurde vom Kantonsgericht Neuenburg – gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR<sup>7</sup> – vollumfänglich gutgeheissen. X. fand sich damit hinsichtlich der Pflichtteilshaftung ab, nicht hingegen mit Bezug auf die besagten Kosten: Insoweit verlangte er vom Bundesgericht die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Er bestritt zwar weder sein Verschulden (Unterlassen rechtzeitiger prozessualer Schritte zur Wahrung der erbrechtlichen Ansprüche von Y.) noch Bestand oder Umfang der

<sup>6</sup> Art. 521 und 533 ZGB sprechen zwar von Verjährung, diese ist aber als Verwirkung zu verstehen (statt vieler FORNI/PIATTI, N. 1 zu Art. 521 ZGB und N. 1 zu Art. 533 ZGB).

<sup>7</sup> Art. 97 Abs. 1 OR betrifft allerdings unmittelbar nur Unmöglichkeit-, nicht auch Schlechterfüllungstatbestände, und kommt daher bei solchen nur analog zur Anwendung, zudem nicht einzelanalog, sondern – zusammen mit zahlreichen anderen Haftungsbestimmungen – im Rahmen einer Gesamtanalogie (KOLLER, OR AT, Rz. 45.15). Zum Begriff der Einzel- bzw. Gesamtanalogie s. unten Anm. 22.

Kosten, wohl aber das Vorliegen eines rechtsgenügenden Kausalzusammenhanges zwischen Verschulden und Kosten. Das Bundesgericht gab ihm recht. Es ging davon aus, es fehle bereits am natürlichen Kausalzusammenhang. M.E. war dieser zwar gegeben (sogleich B.), nicht aber der adäquate (unten III./C.). Dem referierten Entscheid ist somit im Ergebnis zuzustimmen, nicht jedoch in der Begründung.

Ein Enterbungsgrund i.S.v. Art. 477 ZGB war offensichtlich nicht gegeben (E. 3.3.2.2). Denn weder hatte Y. gegen den Erblasser H.Z. oder eine diesem nahestehende Person eine strafbare Handlung begangen, noch hatte er die ihm gegenüber H.Z. und dessen Angehörigen obliegenden familienrechtlichen Pflichten verletzt. Nach Art. 479 ZGB war jedoch die Enterbungsklausel nicht gänzlich ungültig, vielmehr blieb sie insoweit aufrecht, als sie sich mit dem Pflichtteil von Y. vertrug (Abs. 3 der Bestimmung)<sup>8</sup>. Sie war also – entsprechend dem hypothetischen Willen des Testators – in eine Herabsetzungsklausel umzudeuten (favor negotii, vgl. auch Art. 20 Abs. 2 OR).

## B. Der natürliche Kausalzusammenhang

Hätte Rechtsanwalt X. rechtzeitig die Herabsetzungsklage erhoben, so hätte er den Prozess – bei pflichtgemäsem Vorgehen – gewonnen, Y. demzufolge Fr. 174'000.– erlangt<sup>9</sup>. Zudem wäre es nicht zum Mandatswechsel (von X. auf O.) und zur erfolglosen Prozessführung gegen die Gebrüder Z. gekommen. Y. hätte daher keine Gerichtskosten (Fr. 6'675.–) und keine Prozessentschädigung an die Brüder Z. (Fr. 8'000.–) zahlen müssen, zudem wäre eine Honorarzahlung an seinen Anwalt O. (Fr. 15'065.–) unterblieben. Das Verpassen der Klagefrist war somit natürliche Ursache (*condicio sine qua non*<sup>10</sup>) für alle diese Schadensposten. Das Bundesgericht hat die natürliche Kausalität hingegen nur hinsichtlich des entgangenen Pflichtteils bejaht (E. 3.3.2.1), im Übrigen aber verneint

<sup>8</sup> S. z.B. ESCHER, N. 3 zu Art. 479 ZGB.

<sup>9</sup> Freilich ist immer denkbar, dass ein Gericht ein nicht der Rechtslage entsprechendes Urteil fällt, im konkreten Fall also die Herabsetzungsklage abgewiesen worden wäre. Entscheidend ist jedoch, wie nach der Rechtslage *zu entscheiden gewesen wäre*. Denn die Ungewissheit, dass sich diese Hypothese nicht verifizieren lässt, hat derjenige zu vertreten, der den Prozess pflichtwidrig nicht unternommen hat (in casu Rechtsanwalt X.). Zudem genügt für die Annahme natürlicher Kausalität eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (KOLLER, OR AT, Rz. 48.109). Im konkreten Fall stand offenbar ausser Frage, dass die Beklagten A.Z. und B.Z. den Herabsetzungsprozess bei rechtzeitiger Klageerhebung verloren hätten (E. 3.3.2.1 [«erstellt und unbestritten»; «établi et non contesté»]).

<sup>10</sup> Statt von *condicio* ist oft von *conditio* die Rede – zu Unrecht (s. Langenscheidts Taschenwörterbuch, wo festgestellt wird, dass *conditio* eine «falsche Schreibung für *condicio* ist).

(E. 3.3.2.2). Zwar verwendet es ebenfalls die – allgemein gebräuchliche – *Condicio-sine-qua-non*-Formel, verneint dann jedoch die natürliche Kausalität mit der Begründung, die fraglichen Kosten seien «in keiner Weise dem Beschwerdeführer [X.] zuzuschreiben», sondern würden «ausschliesslich auf einem vom Beschwerdegegner [Y.] und seinem neuen Anwalt [O.] getroffenen einseitigen Entscheid beruhen»<sup>11</sup>. Darauf kommt es jedoch unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Kausalität nicht an. Insoweit ist einzig entscheidend, dass die fraglichen Kosten nicht angefallen wären, wenn X. in korrekter Erfüllung seines Auftrags rechtzeitig auf Herabsetzung geklagt hätte. Hingegen ist die vom Bundesgericht angestellte Erwägung hinsichtlich der Adäquanz von Bedeutung. Dasselbe gilt mit Bezug auf E. 3.4, wo das Bundesgericht ausführt, Y. sei unter dem Titel der Schadenminderungspflicht nicht gehalten gewesen, «eine verspätete Klage gegen seine beiden Halbbrüder zu erheben»<sup>12</sup>. Derartige Wertungsgesichtspunkte sind ausschliesslich in der Adäquanzfrage von Bedeutung, nicht aber bei der natürlichen Kausalität; insoweit geht es um eine tatsächliche Feststellung, somit nicht um ein Werturteil (ausdrücklich anders E. 3.3.1).

Die Kausalität der Unterlassung wird z.T. als *hypothetische* Kausalität bezeichnet (so der referierte Entscheid, E. 3.3.1, ferner etwa BGE 115 II 440 E. 5a). Diese Ausdrucksweise ist sachlich nicht angemessen, denn Unterlassungen wirken sich, soweit sie nach der *Condicio-sine-qua-non*-Formel als kausal anzusehen sind, ebenso real auf den Kausalverlauf aus wie entsprechende positive Handlungen<sup>13</sup>. Ob ein Arzt den Patienten durch eine Injektion (positives Tun) oder dadurch tötet, dass er eine erforderliche Injektion nicht vornimmt (Unterlassung), ist für den Patienten ein und dasselbe. So oder anders ist es das Verhalten des Arztes, welches den Tod – real – herbeiführt. Am Gesagten ändert nichts, dass die Kausalität der Unterlassung über eine Hypothese festzustellen ist; dasselbe gilt ja – nach der *Condicio-sine-qua-non*-Formel – auch für die Kausalität positiven Tuns<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> «[...] que les frais [...] ne sont en rien imputables au recourant, mais résultent exclusivement d'une décision unilatérale prise par l'intimé et son nouveau conseil».

<sup>12</sup> «[...] qu'il intentât une action tardive à l'encontre de ses demi-frères».

<sup>13</sup> BÜRGI, S. 16: Eine Unterlassung ist «ebenso wirklich wie eine positive Handlung».

<sup>14</sup> Der Ausdruck hypothetische Kausalität macht hingegen dort Sinn, wo ein Schadensereignis eintritt, das später auf andere Weise ohnehin eingetreten wäre (es überfährt beispielsweise ein Autofahrer einen Hund, der ohne den Unfall wenig später an einem Herzversagen gestorben, von seinem Eigentümer eingeschlafert oder von einem Dritten erschossen worden wäre). In solchen Fällen steht der tatsächlichen Schadensursache eine zweite Ursache gegenüber, welche ohne die erste denselben Schaden ebenfalls bewirkt hätte, also bloss hypothetisch zum Zuge gekommen ist (daher hypothetische Kausalität).

## C. Der adäquate Kausalzusammenhang

Die Adäquanz einer (natürlichen) Ursache ist zu bejahen, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Schaden von der Art des eingetretenen zu bewirken, und daher der Eintritt des Schadens durch die betreffende Ursache als begünstigt erscheint (ständige Rechtsprechungsformel [z.B. BGE 129 II 312 E. 3.2 = Pra 2004 Nr. 4; 4C.18/2004 E. 3.1]). An der Adäquanz fehlt es insbesondere in Fällen, in denen nebst der in Frage stehenden Ursache ein anderer Umstand schadenskausal war, und dies «mit besonderer Intensität»<sup>15</sup>. Als solche Umstände gelten grobes Selbstverschulden, grobes Drittverschulden und höhere Gewalt<sup>16</sup>. Soweit ein solcher Umstand eingreift, sprechen Lehre und Rechtsprechung von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges<sup>17</sup>. Im konkreten Fall gereichte es dem Y. zum groben Selbstverschulden, dass er gegen seine beiden Halbbrüder A.Z. und B.Z. eine offensichtlich verspätete Ungültigkeitsklage eingereicht hatte bzw. durch O., dessen Verhalten ihm wie eigenes zurechenbar war, hatte einreichen lassen. Denn für das Einreichen der Klage gab es keinen vernünftigen Grund. Demgegenüber war das Kantonsgericht Neuenburg davon ausgegangen, eine erfolgreiche Schadenersatzklage gegen X. habe vorausgesetzt, dass Y. vorgängig Ungültigkeitsklage erhebe, um so den Verlust seiner Erbansprüche rechtskräftig feststellen zu lassen. Diese Auffassung ist offensichtlich verfehlt, da der Verlust der Erbansprüche im Schadenersatzprozess gegen X. vorfrageweise hätte überprüft werden können und daher keinerlei Notwendigkeit bestand, eine verspätete Ungültigkeitsklage zu erheben (E. 3.3.2.2). Freilich war nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Y. mit der verspäteten Klage Erfolg haben würde, also das angerufene Gericht diese trotz Verpassens der Klagefrist – zu Unrecht – gutheissen und gegebenenfalls X. seiner Haftpflicht ledig würde<sup>18</sup>. Mit Rücksicht hierauf hielt sich Y. zumindest für *berechtigt*, vor Erhebung der Schadenersatzklage auf Ungültigkeit zu klagen. Das Bundesgericht wies diese Auffassung zu Recht zu-

<sup>15</sup> GUHL/KOLLER, § 10 Rz. 28.

<sup>16</sup> S. im Einzelnen FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 457 ff.; KOLLER, OR AT, Rz. 48.87 ff.

<sup>17</sup> Eine bestimmte natürliche Schadensursache (*condicio sine qua non*) ist mit Bezug auf ein Schadensereignis entweder adäquat oder nicht adäquat. Ist sie adäquat, so kann die Adäquanz nicht gleichzeitig unterbrochen und dadurch beseitigt sein. Es ist daher widersprüchlich zu sagen, eine Ursache sei an sich adäquat, im Einzelfall aber zufolge eines Unterbrechungsgrundes doch nicht. Die Lehre wird nicht müde, dies zu betonen (z.B. OFTINGER/STARK, § 3 Rz. 135 Anm. 156). Auch das Bundesgericht hat sich gegenüber seiner eigenen Rechtsprechung schon entsprechend geäußert (BGE 86 IV 153 E. 1). «Und trotzdem – weil der Ausdruck praktisch ist – pflegt man weiterhin bildhaft zu sagen, der Kausalzusammenhang sei durch eine neue Ursache (...) unterbrochen, was heissen will, dass die neue Ursache rechtlich die bisherige abgelöst hat.» (BREHM, N. 136 zu Art. 41 OR; FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 475).

<sup>18</sup> Vgl. oben Anm. 9.



rück (E. 3.4). In der Tat soll ein Geschädigter nur die Kostenfolgen von Massnahmen, welche einige Aussicht auf Schadensminderung haben, auf den Haftpflichtigen abwälzen können.

Das Bundesgericht ist der Meinung, bei Unterlassungen beruhe die Feststellung der natürlichen Kausalität auf einem Werturteil (oben III./B.). Werde im Einzelfall die natürliche Kausalität bejaht, so sei «in aller Regel» (E. 3.3.1), quasi automatisch, auch das Adäquanzerfordernis erfüllt<sup>19</sup>. Dem kann nicht gefolgt werden, wenn man die Kausalität von Unterlassungen – gleich wie von positiven Handlungen – ausschliesslich nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel feststellt. Alsdann finden wertende Gesichtspunkte erst im Rahmen der Adäquanzprüfung Berücksichtigung. Daher war im vorliegenden Fall die natürliche Kausalität – entgegen dem Bundesgericht – zu bejahen, die Adäquanz hingegen zu verneinen.

#### IV. Exkurs: Bemerkungen zum Verhältnis Y./Rechtsanwalt O.

O. hatte einen objektiv nutzlosen Prozess geführt. Das gereichte ihm subjektiv zum Verschulden, sofern er seinen Mandanten (Y.) nicht eindringlich abgemahnt und ihn darauf hingewiesen hatte, dass er bei dem zu erwartenden Prozessverlust gegenüber Gericht und Gegenpartei kostenpflichtig würde und die Kosten nicht auf X. würde abwälzen können. Ob eine derartige Abmahnung erfolgt ist, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen, ist aber unwahrscheinlich. Im Gegenteil muss davon ausgegangen werden, dass O. seinem Mandanten zur Prozessführung geraten hat, dies in der unzutreffenden Annahme, er sei dazu berechtigt, weil ein Obsiegen nicht gänzlich ausgeschlossen war, oder weil er sogar – wie das Kantonsgericht Neuenburg – die Auffassung vertrat, ein Obsiegen im Haftungsprozess gegen X. setze einen rechtskräftigen Entscheid im Ungültigkeitsprozess voraus (s. oben III./C.). Ein allfälliges «Abmahnungverschulden» des O. zeitigte zu dessen Lasten Rechtsfolgen in doppelter Hinsicht: *Zum einen* haftete er dem Y. – nach Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR – auf Ersatz der Prozesskosten (Gerichtskosten [Fr. 6'675.–] und Parteientschädigung [Fr. 8000.–]), die jener im verlorenen Ungültigkeitsprozess hatte übernehmen müssen (gegebenenfalls hatte er diese Kosten adäquat kausal verschuldet). *Zum andern* liess es seinen Honoraranspruch entfallen. Denn nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. neustens das Bundesgerichtsurteil 4A\_190/2019 vom 8. Oktober 2019 E. 6.1 [in BGE 145 III 506 nicht publiziert]) und (wohl) herrschender Lehre<sup>20</sup> hat der schuldhaft handelnde Beauftragte für

<sup>19</sup> Noch weiter gehend FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 435: «Mit der Bejahung der hypothetischen [= natürlichen] Kausalität bejaht der Richter [...] auch deren Adäquanz.»

<sup>20</sup> KOLLER, OR AT, Rz. 57.59, mit Hinweis auf abweichende Ansichten in Rz. 57.60.

nutzlose Aufwendungen kein Honorar zugute und entfällt jeder Honoraranspruch, falls sich die ganze Mandatsführung als wertlos erweist. Allerdings entfällt der Honoraranspruch nicht eo ipso, vielmehr steht dem Mandanten lediglich ein Rücktrittsrecht zu, mit dessen Ausübung der Vertrag und mit ihm der Honoraranspruch ex tunc dahinfällt. Zwar fehlt in den Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR), welche das Prozessmandat beherrschen (E. 3.2), eine entsprechende ausdrückliche Regel. Eine solche ist jedoch im Wege gesamtanaloger Anwendung von Bestimmungen, welche in verwandtem Zusammenhang ein Rücktrittsrecht gewähren (z.B. Art. 208 und 368 Abs. 1 OR) – richterrechtlich (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – in das Auftragsrecht einzufügen<sup>21</sup>.

Das Rücktrittsrecht ist vor allem dann von zentraler Bedeutung, wenn dem Auftraggeber kein positives Vertragsinteresse entstanden ist, wenn er also bei korrekter Auftragsführung finanziell nicht besser gestanden wäre bzw. die fehlerhafte Auftragsausführung keinen finanziellen Nachteil zur Folge hatte. So verhielt es sich in dem erwähnten BGE 87 II 290: Frau A. hatte Rechtsanwalt B. damit betraut, eine drohende Enteignung abzuwenden. Die Intervention des Anwalts hatte keinen Erfolg. Die Enteignung hätte jedoch bei gewissenhafter Auftragsführung abgewendet werden können. A. brauchte kein Honorar zu zahlen, da die Anwaltsleistung wertlos war (E. 4c a.E.). Der Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses hätte Frau A. nicht geholfen: Da die Enteignungsschädigung dem Verkehrswert der Liegenschaft entsprach, konnte Frau A. unter diesem Titel nichts fordern (sie hatte wegen der Schlechtleistung des B. keinen finanziellen Nachteil erlitten).

Im Übrigen stand dem Y. wohl ohnehin nicht die Ungültigkeits-, sondern nur die Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB) zur Verfügung. Seine Klage hätte dementsprechend auf Bezahlung von Fr. 174'000.– (Pflichtteil des Y.), nicht Fr. 232'000.– (gesetzlicher Erbeil) gehen sollen (s. oben III./A., Kleindruck). Unterstellt man dies als richtig, so hat O. «überklagt», was mit prozessualen Mehrkosten verbunden war (sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung an A.Z. und B.Z. wären bei Erhebung der Herabsetzungsklage geringer ausgefallen). Zumindest *eventualiter* hätte O. auf Herabsetzung klagen müssen, was er offenbar unterlassen hat. Wer als Anwalt schuldhaft überklagt, muss mit einer Honorarreduktion rechnen (dem Mandanten steht ein Herabsetzungsrecht [Minderungsrecht] zu)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Bei der sog. Gesamtanalogie wird mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen. Demgegenüber wird bei der Einzelanalogie die für einen Tatbestand gegebene Regel auf einen anderen, nicht geregelten, wertungsmässig aber gleich zu erachtenden Tatbestand übertragen (vgl. KRAMER, S. 232 ff.; KOLLER, Vertragsstreitigkeiten, S. 644, mit Beispielen zu beiden Analogiearten).

<sup>22</sup> KOLLER, OR AT, Rz. 57.48.

## V. Fazit

Überblickt man das Gesagte, so lässt sich feststellen: X. haftete dem Y. wegen eines prozessualen Versäumnisses auf Ersatz des diesem entgangenen Pflichtteils am Nachlass von H.Z. Hingegen haftete er nicht für die Prozesskosten (Gerichtsgebühr und Parteientschädigung), die dem Y. daraus erwachsen waren, dass er – vertreten durch O. – verspätet auf Ungültigkeit der Enterbungsklausel geklagt hatte. Insoweit stand jedoch dem Y. ein Regressanspruch gegen O. zu, sofern dieser ihn nicht abgemahnt hatte. Mit diesem Vorbehalt entfiel auch der Honoraranspruch des O., bzw. war Y. berechtigt, das bereits bezahlte Honorar zurückzuverlangen. X. seinerseits war für das von Y. an O. bezahlte Honorar (mangels Adäquanz) nicht haftbar.

## VI. Literaturverzeichnis

- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BREHM)
- BÜRGI FRIEDRICH WOLFHART, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Bern 1927 (zit. BÜRGI)
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 1975 (zit. ESCHER)
- FELLMANN WALTER, Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 797 ff. (zit. FELLMANN)
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012 (zit. FELLMANN/KOTTMANN)
- FELLMANN WALTER/MAGNIN JOSIANNE, Wenn das Gesetz an Grenzen stösst, Aufklärung des Arztes über den Stand seiner Ausbildung – Bemerkungen zu BGer 4A\_453/2014, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, S. 81 ff. (zit. FELLMANN/MAGNIN)
- FORNI ROLAND/PIATTI GIORGIO, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. FORNI/PIATTI, N. ... zu Art. ... ZGB)
- KOLLER ALFRED, Ausservertragliche Haftung des Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung?, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 367 ff. (zit. KOLLER, Haftung)

KOLLER ALFRED, in: GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL/KOLLER, § ... Rz. ...)

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT)

KOLLER ALFRED, Vertragsstreitigkeiten: Grundsätze der Streiterledigung, SJZ 115/2019, S. 643 ff. (zit. KOLLER, Vertragsstreitigkeiten)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern/Wien/München 2019 (zit. KRAMER)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK)