

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.11 vom 10. Oktober 2017

BS Appellationsgericht, 2017-10-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.11

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.11 du 10 octobre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.11 del 10 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

ZPO). Die Fragen, die sich im vorliegenden Fall stellen, können gestützt auf die Akten beantwortet werden und es sind auch keine Beweise abzunehmen. Der vorliegende Entscheid ist deshalb nach Beizug der zivilgerichtlichen Akten ohne Verhandlung auf dem Zirkulationsweg gefällt worden.

E. 2

Das Zivilgericht beschränkte das Verfahren mit Verfügung vom 11. Mai 2016 auf die Frage, ■ob die Parteien im Sinne der Erfüllung der Prozessvoraussetzungen ein Schlichtungsverfahren hätten durchlaufen müssen oder ob die vorliegende Klage einen Anwendungsfall von Art. 198 lit. h ZPO darstellt und damit vom Schlichtungsobligatorium ausgeschlossen ist■. Mit Verfügung vom 30. Juni 2016 erweiterte das Gericht das (beschränkte) Verfahren um die ■Frage der Wahrung der Verwirkungsfrist durch die Ungültigkeitsklage vom 22. Juni 2015, unter Annahme des fristauslösenden Ereignisses der (unbestrittenen) Entgegennahme des Schreibens des Erbschaftsamts mit der Kopie des angefochtenen Testaments am 19. Juni 2014, aber unter Ausklammerung einer allfälligen tatsächlichen Kenntnisnahme vor dem 19. Juni 2014■. Im angefochtenen Entscheid kam das Zivilgericht zum Schluss, dass es sich bei der Ungültigkeitsklage nicht um eine Prosekutionsklage in Bezug auf die vorsorglich angeordnete Massnahme handle. Daher hätten die Parteien ein Schlichtungsverfahren durchlaufen müssen. Mangels Durchführung eines Schlichtungsverfahrens fehle es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb auf die Ungültigkeitsklage nicht einzutreten sei (Entscheid, E. 5). Aufgrund dieses Verfahrensausgangs prüfte das Gericht die Frage der Wahrung der Verwirkungsfrist durch die Ungültigkeitsklage nicht (Entscheid, E. 6).

Die Berufungskläger wenden dagegen im Kern ein, dass das vorsorglich angeordnete Verbot, dem Berufungsbeklagten eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen, der Sicherung des Anspruchs auf Ungültigerklärung des Testaments diene. Diesen bereits in den Massnahmeverfahren geltend gemachten Anspruch hätten sie mit der Ungültigkeitsklage vom 22. Juni 2015 prosequiert. Da die Frist zur Einreichung der Klage in der Hauptsache gemäss Art. 263 ZPO richterlich angesetzt gewesen sei, entfalle in Anwendung von Art. 198 lit. h ZPO das Schlichtungsobligatorium, weshalb das Zivilgericht zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten sei (Berufung, Rz. 49).

Demgegenüber vertritt der Berufungsbeklagte zusammengefasst den Standpunkt, dass sich die Streitgegenstände des Massnahmeverfahrens und des Klageverfahrens unterschieden, was bereits aus den unterschiedlichen Rechtsbegehren hervorgehe. Die Ungültigkeitsklage sei daher als unabhängige materielle Klage zu betrachten. Für diese bestehe keine

Ausnahme vom Schlichtungsobligatorium. Mangels Klagebewilligung fehle es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb das Zivilgericht zu Recht auf die Klage nicht eingetreten sei (Berufungsantwort, Rz. 65■69).

Der vorliegende Entscheid behandelt zunächst die Frage, ob die Parteien ein Schlichtungsverfahren hätten durchlaufen müssen (E. 3■11; Thema der Verfahrensbeschränkung vom 11. Mai 2016). E. 12 befasst sich mit der Frage der Frist nach Art. 521 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) zur Erhebung der Ungültigkeitsklage (Thema der Verfahrensbeschränkung vom 30. Juni 2016). Die weiteren Erwägungen betreffen schliesslich den Verfahrensausgang (E. 13) und den Kostenentscheid (E. 14).

E. 3

Grundsätzlich geht dem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Dort, wo das Schlichtungsverfahren zwingend vorgeschrieben ist, bildet dessen ordnungsgemässe Durchführung bzw. das Vorliegen einer gültigen Klagebewilligung im Falle des Scheiterns des Einigungsversuchs eine Prozessvoraussetzung (A.Zürcher, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 59 ZPO N 57, mit weiteren Hinweisen).

Gemäss Art. 198 lit. h ZPO entfällt das Schlichtungsverfahren, wenn das Gericht eine Frist für eine Klage gesetzt hat. Die Ansetzung einer Frist zur Einreichung der Klage in der Hauptsache bei vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 263 ZPO ist ein Anwendungsfall dieser Bestimmung (Egli, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 198 ZPO N 17; Honegger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 198 ZPO N 12; Infanger, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 197/198 ZPO N 23; Peter, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 198 ZPO N 15). Gesetzliche Klagefristen fallen nicht unter Art. 198 lit. h ZPO (Frey, in: Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 198 ZPO N 11; Infanger, a.a.O., Art. 197/198 ZPO N 24; vgl. auch Honegger, a.a.O., Art. 198 ZPO N 12). Daraus kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten (Berufungsantwort, Rz. 34■43) nicht geschlossen werden, dass Art. 198 lit. h ZPO im Falle der Ansetzung einer gerichtlichen Prosektionsfrist gemäss Art. 263 ZPO nicht zur Anwendung gelange, wenn für den Verfügungsanspruch gleichzeitig eine gesetzliche materiell-rechtliche Klagefrist gelte. In der Literatur wird vielmehr zutreffend festgehalten, dass das Schlichtungsverfahren aufgrund der gerichtlichen Fristansetzung gemäss Art. 263 ZPO immer entfällt, wenn vor der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache eine vorsorgliche Massnahme angeordnet worden ist (Infanger, a.a.O., Art. 197/198 ZPO N 25). Der Entfall des Schlichtungsverfahrens bei der Prosekution vorsorglicher Massnahmen wird insbesondere damit begründet, dass ein solches wenig Sinn macht, wenn die Parteien bereits in einem Massnahmeverfahren vor einem Gericht die Klagen gekreuzt haben (Frey, a.a.O., Art. 198 ZPO N 11), und mit der Verfahrensbeschleunigung (Peter, a.a.O., Art. 198 ZPO N 15). Beide Zwecke gebieten den Entfall des Schlichtungsverfahrens bei der Prosekution einer vorsorglichen Massnahme auch dann, wenn zusätzlich zur vom Gericht angesetzten Prosektionsfrist eine gesetzliche materiellrechtliche Klagefrist gilt.

E. 4.1

4.1.1 Das Zivilgericht erwog unter Verweis auf Huber (in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 263 ZPO N 19 und 23), im Rahmen des Prosektionsverfahrens solle die Rechtmässigkeit des über die vorsorgliche Massnahme gewährten Anspruchs verbindlich und abschliessend festgestellt werden (Entscheid, E. 5, S. 10). In Art. 263 ZPO N 19 schreibt Huber tatsächlich, im Rahmen des Prosektionsverfahrens sei die Rechtmässigkeit des über die vorsorgliche Massnahme gewährten Anspruchs [] verbindlich und abschliessend festzustellen. Diese Aussage bezieht sich aber ausdrücklich auf den Fall, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungsmassnahmen zu einer vorsorglichen Vollstreckung des behaupteten Anspruchs führen. Dies wird auch dadurch deutlich, dass Huber festhält, die Leistungsmassnahme sei rückgängig zu machen, wenn der Anspruch des Gesuchstellers im Prosektionsprozess verneint werde (Huber, a.a.O., Art. 263 ZPO N 19). Im vorliegenden Fall steht keine Leistungs-, sondern eine Sicherungsmassnahme zur Diskussion. Damit ist die zitierte Literaturstelle nicht einschlägig. Die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Sicherungsmassnahmen als Gegenstand der Prosektionsklage ist relevant. In Art. 263 ZPO N 23, der sich auf Sicherungsmassnahmen in immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten bezieht, hält Huber hingegen fest, im Prosektionsverfahren gehe es darum, den im Massnahmeverfahren geltend gemachten Anspruch des Gesuchstellers verbindlich und abschliessend festzustellen.

4.1.2 Aus der für den vorliegenden Fall nicht einschlägigen Kommentarstelle zog das Zivilgericht den Schluss, der Streitgegenstand des Prosektionsverfahrens müsse mit demjenigen des Massnahmeverfahrens identisch sein und richte sich nach der angeordneten Massnahme, weil der Zweck des Prosektionsverfahrens darin bestehe, die im vorangehenden vorsorglichen Massnahmeverfahren angeordnete Massnahme endgültig zu überprüfen (Entscheid, E. 5, S. 10). Dies trifft zumindest für Sicherungsmassnahmen nicht zu.

4.1.3 Das Zivilgericht erwog unter Verweis auf David et al., in: SIWR I/2, 3. Auflage, Basel 2011, S. 266 f. und Treis, in: Stämpfli Handkommentar, a.a.O., Art. 263 ZPO N 5, dass in die Prosektionsklage mindestens die vorsorglich zugesprochenen Begehren aufgenommen werden müssten (Entscheid, E. 5, S. 10). Die Ausführungen von David et al. sind widersprüchlich. Einerseits erklären sie unter Verweis auf HGer SG, in: SMI 1990, S. 210, 211: Der Kläger darf denn auch im Bestätigungsverfahren mehr oder anderes als im Massnahmeverfahren verlangen [] (David et al., a.a.O., S. 266, N 671). Andererseits führen David et al. unter Verweis auf denselben Entscheid aus, in der Bestätigungsklage seien mindestens die vorsorglich zugesprochenen Begehren wieder aufzunehmen, auch wenn diese erweitert oder ergänzt werden könnten (David et al., a.a.O., S. 267 f., N 676). Treis stützt die Auffassung des Zivilgerichts nicht. Er vertritt ebenfalls unter Verweis auf HGer SG, in: SMI 1990, S. 210, 211 vielmehr die gegenteilige Meinung, indem er festhält: Der Kläger kann zur Prosequierung der vorsorgl. Massnahme mehr oder anderes als im Massnahmeverfahren verlangen (Treis, a.a.O., Art. 263 ZPO N 5). Tatsächlich kann aus dem Entscheid des HGer SG nicht geschlossen werden, dass die vorsorglich zugesprochenen Begehren in die Prosektionsklage aufgenommen werden müssen. Im vom HGer SG beurteilten Fall wurde dem Beklagten vorsorglich verboten, bestimmte Schilder zu vertreiben, und beantragte der Kläger mit der Prosektionsklage unter anderem, dem Beklagten sei zu verbieten, diese Schilder herzustellen oder zu vertreiben (HGer SG, in: SMI 1990, S. 210, 210). Damit nahm der Kläger das vorsorglich

gutgeheissene Begehren wieder auf und ergänzte es mit einem weiteren Begehren. Dass die Wiederaufnahme des Begehrens notwendig gewesen wäre, ist dem Entscheid aber nicht zu entnehmen. Das HGer SG erwog vielmehr: ■Soweit der Beklagte geltend macht, der Kläger verlange mehr oder ander[e]s als noch im Massnahmeverfahren, sind seine Ausführungen nicht zu hören. Dem Kläger ist es vielmehr unbenommen, im Hauptverfahren andere Anträge zu stellen, als noch im Massnahmeverfahren []■ (HGer SG, in: SMI 1990 S. 210, 211, E. 3a). Aus der blossen Bezeichnung der Prosektionsklage als Bestätigungsklage bei David et al., a.a.O., S. 267 und Treis, a.a.O., Art. 263 ZPO N 6, kann nicht abgeleitet werden, diese müsse mindestens die vorsorglich gutgeheissenen Begehren enthalten, zumal Treis ausdrücklich festhält, zur Prosequierung der vorsorglichen Massnahme könne auch anderes als im Massnahmeverfahren verlangt werden (Treis, a.a.O., Art. 263 ZPO N 5). Das Gleiche gilt für die vom Zivilgericht ausserdem zitierte Aussage von Staehelin, in: Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 14 UWG N 105: ■Die Prosektionsklage hat die mit der vorsorglichen Massnahme zugesprochenen Begehren weiterzuverfolgen, doch soll und muss den Gegebenheiten des definitiven Verfahrens Rechnung getragen werden.■

Das Zivilgericht beruft sich weiter auf Sprecher, in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 263 ZPO N 33 (Entscheid, E. 5, S. 10). Diese Kommentarstelle stützt die Auffassung des Zivilgerichts. Sie lautet folgendermassen: ■Die [Prosequierungsk]lage muss denselben Anspruch zum Gegenstand haben wie das Gesuch bzw. jenen Anspruch umfassen. Aufzunehmen sind demnach mindestens die angeordneten vorsorglichen Massnahmen; sie können im Antrag aber auch erweitert und ergänzt werden.■. Die Auffassung, mit der Prosektionsklage müsse das vorsorglich gutgeheissene Rechtsbegehren wieder aufgenommen werden bzw. die Definitivklärung der vorsorglichen Massnahme beantragt werden, kann jedoch zumindest für Sicherungsmassnahmen nicht richtig sein, weil die Definitivklärung solcher Massnahmen in jedem Fall sinnlos ist und in gewissen Fällen sogar die Vollstreckung des Verfügungsanspruchs verunmöglichen würde (vgl. E. 4.2.4 hiernach).

E. 4.2

4.2.1 Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt voraus, (1) dass dem Gesuchsteller gegenüber dem Gesuchsgegner ein materieller zivilrechtlicher Anspruch (Verfügungsanspruch) zusteht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), (2) dass der Gesuchsgegner diesen Anspruch verletzt oder zu verletzen droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), (3) dass dem Gesuchsteller aus der Verletzung des Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO), (4) dass die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zeitlich dringlich ist und (5) dass die vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist (vgl. Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 17■24). Dabei bilden die Voraussetzungen 2 und 3 den Verfügungsgrund (vgl. Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 261 ZPO N 10; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 10 und 16; J. Zürcher, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 261 ZPO N 17). Für die rechtserheblichen Tatsachen gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 ZPO N 6 und 10; J. Zürcher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 5■11). Die Rechtsfragen sind summarisch zu prüfen (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 ZPO N 6; J. Zürcher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 9).

4.2.2 Gestaltungs- und Feststellungsurteile kennen zwar keine Vollstreckung. Sofern ihre Realverwirklichung durch Handlungen oder Unterlassungen der Gegenpartei gefährdet wird, können aber auch Gestaltungs- und Feststellungsansprüche Gegenstand vorsorglicher Massnahmen sein (vgl. Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 17; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 15).

4.2.3 Inhalt einer vorsorglichen Massnahme kann gemäss Art. 262 ZPO jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Vorsorgliche Massnahmen werden in Sicherungs-, Leistungs- und Regelungsmassnahmen unterteilt (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 2 und Art. 262 ZPO N 1 und 7; Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 2). Sicherungsmassnahmen verhindern eine Veränderung des Sachverhalts bis zum Endentscheid im Hauptsacheverfahren und stellen dadurch die Vollstreckung bzw. die Realverwirklichung des Urteils über den Verfügungsanspruch sicher (vgl. Güngerich, in: Berner Kommentar, a.a.O., Art. 262 ZPO N 6; Huber, a.a.O., Art. 262 ZPO N 9; Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 3). Zu den Sicherungsmassnahmen gehören beispielsweise die Anordnung der gerichtlichen Hinterlegung (Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 3), die Beschlagnahme einer Sache (Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 3) und die Anordnung der Hinterlegung von Unterhaltsbeiträgen (Art. 303 Abs. 1 ZPO; Treis, a.a.O., Art. 262 ZPO N 6). Leistungsmassnahmen führen zur vorläufigen Vollstreckung des Verfügungsanspruchs bis zum Endentscheid im Hauptsacheverfahren (vgl. Huber, a.a.O., Art. 262 ZPO N 15; Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 4). Mit Regelungsmassnahmen wird in einem Dauerrechtsverhältnis bis zum Endentscheid im Hauptsacheverfahren eine provisorische (Friedens-)Ordnung geschaffen (vgl. Güngerich, a.a.O., Art. 262 ZPO N 9; Huber, a.a.O., Art. 262 ZPO N 24; Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 10).

4.2.4 Die Vollstreckung eines Verfügungsanspruchs auf Herausgabe einer Sache oder Bezahlung von Kindesunterhalt kann mittels einer vorsorglichen Sicherungsmassnahme auf Hinterlegung der Sache oder der Unterhaltsbeiträge sichergestellt werden. Falls mit der Prosektionsklage das vorsorglich gutgeheissene Rechtsbegehren wieder aufgenommen bzw. die Definitivklärung der vorsorglichen Massnahme beantragt werden müsste, wäre in diesem Fall mit der Prosektionsklage zumindest auch die Hinterlegung der Sache bzw. der Unterhaltsbeiträge zu verlangen. Damit wäre die Geltendmachung des Verfügungsanspruchs jedoch ausgeschlossen, weil zwischen einem Rechtsbegehren um Herausgabe der Sache bzw. Bezahlung der Unterhaltsbeiträge und dem Rechtsbegehren um deren Hinterlegung ein unauflöslicher Widerspruch besteht. Zudem würde die Vollstreckung des Verfügungsanspruchs auf Herausgabe bzw. Bezahlung durch die Definitivklärung der Hinterlegung verunmöglicht. Diese Folgen zeigen, dass die Auffassung des Zivilgerichts nicht richtig sein kann.

4.2.5 Eine Sicherungsmassnahme führt noch nicht zur Befriedigung des Gesuchstellers, sondern hält lediglich den bisherigen Zustand aufrecht. Damit stellt sie inhaltlich im Vergleich zum Hauptsacheentscheid, der die Erfüllung des materiellrechtlichen Anspruchs (z.B. Herausgabe der gekauften Sache) gebietet, sowohl einminus als auch einaliud dar (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 262 ZPO N 6). Das Hauptsacheverfahren zielt nicht auf Sicherung oder Regelung eines vorübergehenden Zustands ab (Güngerich, a.a.O., Art. 263 ZPO N 8). Folglich kann das Rechtsbegehren der Prosektionsklage nicht mit dem Inhalt einer Sicherungsmassnahme übereinstimmen (vgl. Güngerich, a.a.O., Art. 263 ZPO N 8). Lautet die vorsorgliche Massnahme z.B. auf ein Verfügungsverbot, so kann mit der Prosektionsklage die Herausgabe der Sache verlangt werden (Güngerich, a.a.O., Art. 263

ZPO N 8). Wenn das Massnahmegericht vor Rechtshängigkeit der Hauptsache eine vorsorgliche Massnahme auf Beschlagnahme einer gekauften Sache erlässt, wird diese vom Gesuchsteller dadurch prosequiert, dass er eine Klage auf Herausgabe der gekauften Sache einreicht (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 263 ZPO N 4).

4.2.6 Gemäss Art. 263 ZPO setzt das Gericht der gesuchstellenden Partei eine Frist zur Einreichung der Klage an, wenn die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist. Voraussetzung für die Fristansetzung ist somit, dass die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist (Sprecher, a.a.O., Art. 263 ZPO N 5). Damit ist eine Prosektionsklage nicht erforderlich, wenn die Klage in der Hauptsache rechtshängig ist. Folglich muss es zur Prosekution der vorsorglichen Massnahme auch genügen, dass die Klage in der Hauptsache eingereicht wird. Dementsprechend handelt es sich bei der Prosequierungsfrist um eine Frist zur Einleitung des Hauptsacheprozesses (Sprecher, a.a.O., Art. 263 ZPO N 8) und muss der Gesuchsteller innerhalb der gesetzten Frist einen Prozess über die Hauptsache einleiten (Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017, N 1213 und 1224; vgl. Rohner/Wiget, in: Gehri et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2015, Art. 263 ZPO N 1) bzw. das Hauptsacheverfahren rechtshängig machen, indem er eine Klage in der Hauptsache einreicht (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 263 ZPO N 4). Die Klage in der Hauptsache ist die Klage, mit welcher der Verfügungsanspruch geltend gemacht wird. Damit ist zur Beantwortung der Frage, ob eine Klage als Prosektionsklage zu qualifizieren ist, nicht massgebend, ob darin das vorsorglich gutgeheissene Rechtsbegehren wieder aufgenommen wird oder die Definitivklärung der vorsorglichen Massnahme beantragt wird, sondern ob damit der Verfügungsanspruch, welcher der vorsorglichen Massnahme zugrunde gelegen hat, geltend gemacht wird. Dies entspricht auch der Rechtslage unter den früheren kantonalen Zivilprozessordnungen. ■ Ziel der Prosektionsklage ist nicht ■ die Aufrechterhaltung der vorsorglichen Verfügung ■, sondern die materielle Entscheidung des Rechtsanspruches, zu dessen vorläufigem Schutz die vorsorgliche Verfügung erlassen wurde. Dies ist im Klagebegehren zu berücksichtigen ■ (Haberthür, Praxis zur Basler ZPO, Stand Oktober 1964, S. 1128). Die Anhebung des Prosektionsprozesses innerhalb der Prosektionsfrist hat nur die Bedeutung, dass damit die vorsorgliche Verfügung wirksam bleibt (Haberthür, a.a.O., S. 1128). Im Prosektionsprozess für ein Verbot ■ ist nur darüber zu erkennen, ob der Anspruch, zu dessen Schutz das Verbot erlassen wurde, besteht ■ (Haberthür, a.a.O., S. 1129 f.). Die Prosektionsfrist ist eingehalten, wenn die im Hauptprozess eingereichte Klage den durch die vorsorgliche Verfügung geschützten materiell-rechtlichen Anspruch betrifft (Meng, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, Diss. Basel 1971, S. 134).

E. 5

Gemäss dem angefochtenen Entscheid muss sich die Prosektionsklage ausdrücklich auf die angeordnete vorsorgliche Massnahme beziehen und muss mit der Prosektionsklage beantragt werden, dass die vorsorgliche Massnahme definitiv erklärt wird (Entscheid, E. 5, S. 12). Die Auffassung, mit der Prosektionsklage müsse die Definitivklärung der vorsorglichen Massnahme verlangt werden, steht im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung. Mit Rechtskraft des Entscheids in der Hauptsache fallen die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 268 Abs. 2 ZPO von Gesetzes wegen dahin, sofern das Gericht nicht deren Weitergeltung anordnet. Dabei ist eine Weitergeltung nur ausnahmsweise anzuordnen (vgl. Güngerich, a.a.O., Art. 268 ZPO N 16; Huber, a.a.O., Art. 268 ZPO N 13

f.). Folglich kann ein Antrag auf Definitivklärung und damit Weitergeltung der vorsorglichen Massnahme nicht Voraussetzung einer Prosektionsklage sein.

E. 6

Der Willensvollstrecker hat Anspruch auf eine behördliche Legitimationsurkunde über seine Stellung (Willensvollstreckerausweis oder Willensvollstreckerzeugnis). Diese ist grundsätzlich auch dann auszustellen, wenn eine Einsprache nach Art. 559 ZGB erfolgt oder eine Ungültigkeitsklage hängig ist (Karrer/Vogt/Leu, in: Basler Kommentar, 5. Auflage 2015, Art. 517 ZGB N 18; Künzle, in: Berner Kommentar, 2011, Art. 517■518 ZGB N 39). Daraus kann jedoch entgegen der Auffassung des Zivilgerichts (vgl. Entscheid, E. 5, S. 12) nicht geschlossen werden, die Ungültigkeitsklage könne nicht als Prosektionsklage betreffend das vorsorgliche Verbot der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung qualifiziert werden. Wenn die Ungültigkeitsklage als Prosektionsklage betreffend das Verbot der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung qualifiziert wird, bleibt dieses Verbot bei rechtzeitiger Einreichung der Klage ohne gegenteilige Anordnung des Hauptsachegerichts bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ungültigkeitsprozesses gültig (vgl. Art. 268 Abs. 2 ZPO; Sprecher, a.a.O., Art. 263 ZPO N 39). Im Falle der rechtskräftigen Gutheissung der Ungültigkeitsklage ist die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses definitiv ausgeschlossen, weil diese eine gültige letztwillige Verfügung voraussetzt (Künzle, a.a.O., Art. 517■518 ZGB N 37) und kein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt werden darf, wenn die Gültigkeit der Einsetzung des Willensvollstreckers in klarer Weise nicht gegeben ist (Künzle, a.a.O., Art. 517■518 ZGB N 42). Damit ist eine Definitivklärung des Verbots der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung entgegen der Auffassung des Zivilgerichts (vgl. Entscheid, E. 5, S. 12) nicht erforderlich.

E. 7

Der Berufungsbeklagte macht geltend, in der Prosektionsklage müsse ein Rechtsbegehren um Definitivklärung der vorsorglichen Massnahme gestellt werden, weil andernfalls das Hauptsachegericht aufgrund der Dispositionsmaxime keine Möglichkeit hätte, die vom Massnahmegericht angeordnete vorsorgliche Massnahme zu überprüfen, und die von der vorsorglichen Massnahme betroffene Partei de facto mit deren automatischen Perpetuierung konfrontiert wäre (Berufungsantwort, Rz. 27 f.).

Die Argumentation des Berufungsbeklagten überzeugt nicht. Die Aufgabe des Hauptsachegerichts besteht grundsätzlich nicht in der Überprüfung der vorsorglichen Massnahme, sondern in der Beurteilung des dieser zugrunde liegenden Verfügungsanspruchs. Die Überprüfung einer vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache angeordneten vorsorglichen Massnahme erfolgt vielmehr ■ auch nachdem der Hauptprozess anhängig gemacht worden ist ■ durch die Rechtsmittelinstanz auf Berufung oder Beschwerde der von der vorsorglichen Massnahme betroffenen Partei gegen den Entscheid des Massnahmegerichts (OGer ZH LF110030 vom 30. Mai 2011 E. 3; Sprecher, a.a.O., Art. 263 ZPO N 35a; J.Zürcher, a.a.O., Art. 263 ZPO N 9). Haben sich die Umstände geändert oder erweisen sich vorsorgliche Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt, so können sie gemäss Art. 268 Abs. 1 ZPO geändert oder aufgehoben werden. Zuständig dafür ist vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache das Massnahmegericht, das die vorsorgliche Massnahme angeordnet hat (Güngerich, a.a.O., Art. 268 ZPO N 4; Huber, a.a.O., Art. 268 ZPO N 5; Sprecher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 10; J.Zürcher, a.a.O., Art. 268

ZPO N 11). Ob die Zuständigkeit bei Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens ausschliesslich beim Massnahmegericht (vgl. zu dieser Variante Sprecher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 10; J.Zürcher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 12), ausschliesslich beim Hauptsachegericht (so Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 22 N 43; J.Zürcher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 12; Sprecher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 10) oder alternativ beim Massnahme- oder Hauptsachegericht (so Güngerich, a.a.O., Art. 268 ZPO N 4; Huber, a.a.O., Art. 268 ZPO N 5) liegt, ist umstritten. Abgesehen von den Ausnahmefällen, in denen auch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme von Amtes wegen möglich ist, setzt die Änderung oder Aufhebung aufgrund des Dispositionsgrundsatzes aber in jedem Fall ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus (Güngerich, a.a.O., Art. 268 ZPO N 3; Huber, a.a.O., Art. 268 ZPO N 4; Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 268 ZPO N 4; vgl. auch Treis, a.a.O., Art. 268 ZPO N 1; J.Zürcher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 5; Sprecher, a.a.O., Art. 268 ZPO N 22; a.M.Rohner/Wiget, a.a.O., Art. 268 ZPO N 3). Ohne ein Gesuch um Aufhebung oder Änderung wird die vorsorgliche Massnahme somit vom Hauptsachegericht grundsätzlich nicht mehr überprüft. Dies gilt unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache beantragt worden ist. Wenn der Gesuchsgegner und Beklagte nach Einreichung der Prosektionsklage kein entsprechendes Gesuch stellt, hat er es sich somit selbst zuzuschreiben, dass die vorsorgliche Massnahme bis zum Endentscheid des Sachgerichts gültig bleibt. Mit der Rechtskraft des Entscheids in der Hauptsache fallen die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 268 Abs. 2 ZPO grundsätzlich von Gesetzes wegen dahin, weil der mit dem Entscheid in der Hauptsache gewährte endgültige Rechtsschutz den einstweiligen, mit der vorsorglichen Massnahme verbundenen Rechtsschutz obsolet macht (Huber, a.a.O., Art. 268 ZPO N 12).

E. 8

Zusammenfassend ist für die Qualifikation einer Klage als Prosektionsklage entscheidend, dass damit der Verfügungsanspruch, welcher der vorsorglichen Massnahme zugrunde gelegen hat, geltend gemacht wird. Bei Sicherungsmassnahmen ist dazu mit der Prosektionsklage weder das vorsorglich gutgeheissene Rechtsbegehren wieder aufzunehmen noch die Definitivverklärung der vorsorglichen Massnahme zu beantragen (vgl. E. 4 ■ 7 hiervor).

E. 9

Mit Rechtsbegehren 2 seiner Klageantwort vom 1. Februar 2016 beantragte der Berufungsbeklagte, die Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens sowie der Verfahren VV.2014.138 und V.2014.1961 des Zivilgerichts betreffend Anordnung und Bestätigung einer superprovisorischen Massnahme seien den Berufungsklägern aufzuerlegen. Entsprechend diesem Antrag auferlegte das Zivilgericht den Berufungsklägern auch die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens (Entscheid, E. 7).

Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Der Entscheid über die Prozesskosten des Massnahmeverfahrens im vorliegenden Verfahren setzt damit voraus, dass es sich dabei um das Prosektionsverfahren bezüglich der im Verfahren V.2014.1961 angeordneten vorsorglichen Massnahme handelt. Der Antrag des Berufungsbeklagten und der Kostenentscheid des Zivilgerichts setzen damit voraus, dass es sich bei der Klage vom 22. Juni 2015 um die Prosektionsklage betreffend die vorsorgliche Massnahme handelt. Indem der Berufungsbeklagte und das Zivilgericht dies verneinen, obwohl sie einen

entsprechenden Kostenantrag stellen bzw. Kostenentscheid fällen, verhalten sie sich widersprüchlich.

E. 10

10.1 Mit Gesuch vom 22. Dezember 2014 beantragten die Berufungskläger, es sei dem Erbschaftsamt unverzüglich superprovisorisch zu verbieten, den Berufungsbeklagten als Willensvollstrecker über den Nachlass der Erblasserin einzusetzen und diesem eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen. Eventualiter sei dieses Verbot vorsorglich vor dem 7. Januar 2015 anzuordnen. Zur Begründung machten sie geltend, die Erblasserin sei im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 2. April 2012, mit dem sie den Berufungsbeklagten als Universalerben und Willensvollstrecker eingesetzt habe, nicht urteilsfähig und damit nicht testierfähig gewesen. Aus diesem Grund sei das Testament ungültig und wäre es rechtswidrig, gestützt darauf eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen (Gesuch vom 22. Dezember 2014, insbesondere Rz. 3, 12 und 15). Unter dem Titel ■Drohende Verletzung eines den Gesuchstellern zustehenden materiellen Anspruchs (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO)■ finden sich die folgenden Angaben: ■Der materielle Anspruch zivilrechtlicher Natur (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) zielt auf die Geltendmachung der gesetzlichen Erbenstellung, die Aushändigung der materiellen Erbschaft und deren Sicherung. Dem Gesuchsgegner [Berufungsbeklagter] soll durch die Verweigerung der Willensvollstreckerbescheinigung verboten werden, über den Streitgegenstand zu verfügen■ (Gesuch vom 22. Dezember 2014, Rz. 16). ■Derzeit läuft die Frist für die Einreichung der Ungültigkeitsklage, wozu gemäss Art. 519 Abs. 2 ZGB auch jeder Erbe (einzeln), ■der als Erbe oder Bedachter ein Interesse■ an der Ungültigerklärung hat, legitimiert ist; umso mehr sind es die Erben vorliegend als Gesuchsteller. Die übergangenen Gesuchsteller werden auf Grund gesetzlicher Erbfolge unmittelbar einen rechtlichen Vorteil aus dem Dahinfallen der Verfügung von Todes wegen ziehen können []. Dieses Ziel kann durch Handlungen der Gegenpartei vereitelt werden■ (Gesuch vom 22. Dezember 2014, Rz. 17). Unter dem Titel ■Drohender nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO)■ machten die Berufungskläger zudem folgende Ausführungen: ■Angesichts der Vielzahl gewichtiger Anhaltspunkte für eine Ungültigkeit des strittigen Testaments, welche gleichzeitig solche für die drohende Anspruchsverletzung und des drohenden Nachteils sind, liegt auch eine intakte Hauptsachenprognose zu Gunsten der Gesuchsteller vor■ (Gesuch vom 22. Dezember 2014, Rz. 18). Damit ergibt sich aus dem Gesuch vom 22. Dezember 2014, dass die Berufungskläger als Verfügungsanspruch ihr Gestaltungsanspruch auf Ungültigerklärung der letztwilligen Verfügung vom 2. April 2012 gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB geltend gemacht und mit dem Verbot der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung eine superprovisorische bzw. vorsorgliche Sicherungsmassnahme zur Sicherstellung der Realverwirklichung des Entscheids über ihre Ungültigkeitsklage beantragt haben.

10.2 Mit Verfügung vom 30. Dezember 2014 im Verfahren VV.2014.138 verbot der Zivilgerichtspräsident dem Erbschaftsamt superprovisorisch, dem Gesuchsgegner im Nachlass der Erblasserin eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen. Er wies das weitergehende Begehren ab und ordnete die Ladung der Parteien in eine Verhandlung des Einzelgerichts in Zivilsachen zur Überprüfung dieser superprovisorischen Massnahme an. Diese Verfügung enthält keine schriftliche Begründung.

10.3 Anlässlich der Verhandlung des Einzelgerichts in Zivilsachen vom 11. Februar 2015 erklärte der Parteivertreter der Berufungskläger gemäss seinen Plädoyernotizen, es sei

zumindest glaubhaft gemacht, dass die Testierfähigkeit verneint werden müsse. Die letztwillige Verfügung erweise sich überwiegend wahrscheinlich als ungültig. Ein darauf gestütztes Ausstellen einer Willensvollstreckerbescheinigung wäre rechtswidrig. Dem Berufungsbeklagten solle durch die Verweigerung der Willensvollstreckerbescheinigung verboten werden, über den Streitgegenstand zu verfügen. Die übergangenen Berufungskläger würden aufgrund der gesetzlichen Erbfolge unmittelbar einen rechtlichen Vorteil aus dem Dahinfallen der Verfügung von Todes wegen ziehen können. Dieses Ziel könne durch Handlungen des Berufungsbeklagten vereitelt werden. Angesichts der Vielzahl gewichtiger Anhaltspunkte für eine Ungültigkeit des strittigen Testaments, die gleichzeitig auch solche für die drohende Anspruchsverletzung und den drohenden Nachteil seien, liege auch eine intakte Hauptsachenprognose vor (Plädoyernotizen, S. 10 f.). Damit bestätigten die Berufungskläger die Begründung ihres Gesuchs vom 22. Dezember 2014. Entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten (Berufungsantwort, Rz. 20) werden die Aussagen des Parteivertreters durch dessen Plädoyernotizen rechtsgenügend bewiesen. Da deren Einreichung im Verhandlungsprotokoll vom 11. Februar 2015 ausdrücklich erwähnt wird, bilden sie Bestandteil dieses Protokolls, und ist davon auszugehen, dass die Gerichtsschreiberin Angaben, die der Parteivertreter in seinem mündlichen Vortrag nicht gemacht hätte, durchgestrichen hätte (vgl. zu den Plädoyernotizen Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 232 ZPO N 6 f.).

10.4 Mit Entscheid vom 11. Februar 2015 im Verfahren V.2014.1961 bestätigte die Zivilgerichtspräsidentin die superprovisorische Massnahme vom 30. Dezember 2014 und ordnete an, dass die Berufungskläger ■innert Prosequierfrist bis 30. April 2015, einmal erstreckbar, die Klage in der Hauptsache rechtshängig zu machen ■ haben. Zudem erkannte sie, dass die Gerichtskosten einstweilen von den Berufungsklägern in solidarischer Verbindung getragen werden, dass die Parteikosten einstweilen wettgeschlagen werden und dass beides unter dem Vorbehalt einer anderen Verteilung im Hauptsacheentscheid steht. Dieser Entscheid wurde ohne schriftliche Begründung eröffnet. Mit Verfügung vom 5. Mai 2015 wurde die Prosequierfrist bis am 15. Juli 2015 erstreckt.

10.5 Die Berufungskläger behaupten, in der mündlichen Begründung ihres Entscheids vom

E. 11

11.1 Der Berufungsbeklagte behauptet, die Berufungskläger hätten die Anordnung der vorsorglichen Massnahme weder dargelegt noch ausreichend bewiesen (Berufungsantwort, Rz. 31). Dieses Vorbringen ist unbegründet.

11.2 In der Klage vom 22. Juni 2015 behaupteten die Berufungskläger, die von ihnen beantragte Sicherungsmassnahme, die Verweigerung der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung, sei bewilligt und bestätigt worden (Klage, Rz. 17). Der diesbezügliche Beweisantrag lautet folgendermassen: ■ Beweis: Vorsorgliche Massnahme VV.2014.138 vom 30. Dezember 2014, bei den Akten; Entscheid vom 11. Februar 2015, V.2014.1961, bei den Akten ■. Damit beantragten die Berufungskläger den Beizug der in den Akten des Massnahmeverfahrens befindlichen Entscheide vom 30. Dezember 2014 und 11. Februar 2015. In Rz. 24 der Klage behaupten die Berufungskläger, das Zivilgericht habe sowohl im superprovisorischen als auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren die Wahrscheinlichkeit, dass die Erblasserin urteilsunfähig gewesen sei, als hoch angesehen und zwei Mal gestützt darauf dem Erbschaftsamt das Ausstellen einer

Willensvollstreckerbescheinigung an den Berufungsbeklagten verboten. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 11. Mai 2016 behaupteten die Berufungskläger, im Massnahmeverfahren sei eine Hauptsachenprognose betreffend die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung gestellt und die Glaubhaftmachung der Ungültigkeit bejaht worden. Dann sei die gerichtliche Frist für das Einreichen der Ungültigkeitsklage angesetzt worden (Protokoll im Verfahren Nr. K5.2015.13, S. 5). In der Verfügung vom 12. Februar 2016 hatte der verfahrensleitende Zivilgerichtspräsident ausdrücklich festgehalten, dass die Novenschranke mit dieser Instruktionsverhandlung noch nicht falle. Die eingeschränkte Replik der Berufungskläger vom 27. Mai 2016 enthält in Rz. 4 die folgende Behauptung: ■In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass durch Entscheid des Zivilgerichts vom 11. Februar 2015 die superprovisorisch angeordnete Massnahme (das an das Erbschaftsamt Basel-Stadt gerichtete Verbot, dem Beklagten im Nachlass [der Erblasserin] zufolge Ungültigkeit des Testaments eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen) bestätigt wurde und die Klägerschaft eine Prosequierfrist bis 30. April 2015, einmal erstreckbar, angesetzt erhielt, um die Klage in der Hauptsache rechtshängig zu machen.■ Damit behaupteten die Berufungskläger, das Zivilgericht habe dem Erbschaftsamt vorsorglich verboten, dem Berufungsbeklagten eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen, und diese vorsorgliche Massnahme mit der Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung begründet. Zum Beweis beantragten sie ausdrücklich den Beizug des Entscheids des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 11. Februar 2015, der Verfahrensakten V.2014.1961 und der Verfahrensakten VV.2014.138 von Amtes wegen. Daraus folgt, dass die Berufungskläger die für die Qualifikation der vorliegenden Klage als Prosekuationsklage wesentlichen Tatsachen rechtzeitig behauptet und bewiesen haben.

Ausserdem gestand der Berufungsbeklagte selber zu, dass die Akten des Massnahmeverfahrens im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden können. An der ersten Hauptverhandlung vom 30. Juni 2016 erklärte der Parteivertreter des Berufungsbeklagten das Folgende: ■Aus den Rechtsbegehren ergibt sich keine Konnexität, allenfalls aus den Verfahrensakten, aber das reicht nicht. Der Beizug der Verfahrensakten wurde erst in der eingeschränkten Replik verlangt. Nach neuem Prozessrecht geht das, aber zum Zeitpunkt, als wir das moniert haben, war das noch nicht so.■ (Protokoll im Verfahren K5.2015.13, S. 11). Die Behauptung, dies sei im Zeitpunkt der Beanstandung noch nicht der Fall gewesen, ist unrichtig. Die Schweizerische Zivilprozessordnung trat am 1. Januar 2011 und damit lange vor der Einleitung des Massnahme- und des Hauptverfahrens in Kraft.

E. 12

12.1 Mit Verfügung vom 30. Juni 2016 erweiterte das Gericht das (beschränkte) Verfahren um die ■Frage der Wahrung der Verwirkungsfrist durch die Ungültigkeitsklage vom 22. Juni 2015, unter Annahme des fristauslösenden Ereignisses der (unbestrittenen) Entgegennahme des Schreiben des Erbschaftsamts mit der Kopie des angefochtenen Testaments am 19. Juni 2014, aber unter Ausklammerung einer allfälligen tatsächlichen Kenntnisnahme vor dem 19. Juni 2014■. Diese Frage prüfte das Zivilgericht allerdings nicht, da seiner Ansicht nach mangels Schlichtungsverfahren auf die Klage nicht einzutreten sei und die Fristwahrung als materielle Frage deshalb nicht geprüft werden könne (Entscheid, E. 6). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zu entscheiden, ob die Einhaltung der Fristen zur Erhebung der Ungültigkeitsklage als Prozessvoraussetzung zu prüfen ist oder ob die Fristwahrung eine materielle Frage ist.

12.2 Die Klagefristen für die Ungültigkeitsklage sind durch das materielle Recht geregelt (Sutter-Somm/Lötscher, *Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis*, in: *successio* 2013, S. 354, 355). Gemäss Art. 521 ZGB verjährt die Ungültigkeitsklage mit Ablauf eines Jahres, von dem Zeitpunkt an gerechnet, da der Kläger von der Verfügung und dem Ungültigkeitsgrund Kenntnis erhalten hat, und in jedem Falle mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der Eröffnung der Verfügung an gerechnet (Abs. 1). Gegenüber einem bösgläubigen Bedachten verjährt sie im Falle der Verfügungsunfähigkeit des Erblassers oder der Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit unter allen Umständen erst mit dem Ablauf von 30 Jahren (Abs. 2).

Diese Fristen sind entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht Verjährungs-, sondern Verwirkungsfristen (BGE 102 II 193 E. 2b S. 196; 98 II 176 E. 10 S. 178■181; Abt, in: Abt/Weibel [Hrsg.], *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Auflage, Basel 2015, Art. 521 ZGB N 2; Brückner/Weibel, *Die erbrechtlichen Klagen*, 3. Auflage, Zürich 2012, N 17; Fankhauser, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 521 ZGB N 1; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., S. 355; vgl. Forni/Piatti, in: *Basler Kommentar*, a.a.O., Art. 521 ZGB N 1; vgl. zur Herabsetzungsklage BGE 138 III 354 E. 5.2 S. 358). Das Klagerecht verwirkt, wenn die Ungültigkeitsklage nicht innert der gesetzlichen Frist eingereicht wird (BGE 98 II 176 E. 10 S. 178■181; Forni/Piatti, a.a.O., Art. 521 ZGB N 1, A.Zürcher, a.a.O., Art. 59 ZPO N 62).

12.3 Gemäss einer Lehrmeinung ist die Einhaltung von Verwirkungsfristen generell keine Prozessvoraussetzung, weil sich nach materiellem Recht entscheide, ob ein Anspruch verwirkt ist, und die Verwirkung deshalb eine Frage des materiellen Rechts sei, deren Prüfung ein Eintreten auf die Klage voraussetze (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Bern 2016, N 5.25; Morf, in: Gehri et al. [Hrsg.], *ZPO Kommentar*, a.a.O., Art. 59 ZPO N 33).

Nach einer anderen Auffassung können Klagefristen prozessuale oder materiellrechtliche Verwirkungsfristen sein (vgl. Domej, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], *Kurzkommentar*, a.a.O., Art. 59 ZPO N 31; Sutter-Somm, a.a.O., N 603). Die Wahrung prozessualer Verwirkungsfristen sei eine Prozessvoraussetzung. Bei Nichteinhaltung solcher Fristen sei demnach auf die Klage nicht einzutreten (Domej, a.a.O., Art. 59 ZPO N 31; Zingg, in: *Berner Kommentar*, a.a.O., Art. 59 ZPO N 165). Die Wahrung materiellrechtlicher Verwirkungsfristen dagegen sei keine Prozessvoraussetzung. Bei Versäumung solcher Fristen sei die Klage abzuweisen (Domej, a.a.O., Art. 59 ZPO N 31; Sutter-Somm, a.a.O., N 603; vgl. auch A.Zürcher, a.a.O., Art. 59 ZPO N 62).

Eine dritte Lehrmeinung unterscheidet zwischen prozessualen Verwirkungsfristen, Verwirkungsfristen für Gestaltungsklagen und materiellrechtlichen Verwirkungsfristen und qualifiziert die Einhaltung der ersten beiden als Prozessvoraussetzung (Bohnet, in: Bohnet et al., *Code de procédure civile commenté*, Basel 2011, Art. 59 ZPO N 141). Weshalb im materiellen Recht geregelte Verwirkungsfristen für Gestaltungsklagen als Prozessvoraussetzungen und nicht als materiellrechtliche Frage zu behandeln sein sollen, begründet der Autor nicht (vgl. Bohnet, a.a.O., Art. 59 ZPO N 146■149).

12.4 Da die Verwirkungsfrist für die Ungültigkeitsklage durch das materielle Recht geregelt ist (Art. 521 ZGB), ist sie als materiellrechtliche Verwirkungsfrist zu qualifizieren. Nach der ersten und der zweiten Auffassung ist die Einhaltung dieser Klagefrist folglich keine Prozessvoraussetzung, und hat das Gericht die Klage bei verspäteter Einreichung

abzuweisen (so im Ergebnis A.Zürcher, a.a.O., Art. 59 ZPO N 62 und für die Herabsetzungsklage Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 5.25). Nach der dritten Lehrmeinung ist die Einhaltung der Klagefrist hingegen eine Prozessvoraussetzung, und ist bei Fristversäumnis auf die Klage nicht einzutreten (so für die Herabsetzungsklage Bohnet, a.a.O., Art. 59 ZPO N 147).

Gemäss BGE 98 II 176 ist eine Ungültigkeitsklage bei Versäumung der Klagefrist von Art. 521 Abs. 1 ZGB abzuweisen (E. 11 S. 184). In BGE 102 II 193 hat das Bundesgericht eine Ungültigkeitsklage wegen Nichteinhaltung der Frist von Art. 521 Abs. 1 ZGB als verwirkt abgewiesen (E. 2 S. 195 f. und Dispositiv). In BGE 135 III 489 schützte das Bundesgericht die Abweisung einer Anfechtungsklage wegen Nichteinhaltung der Frist gemäss Art. 75 ZGB durch die kantonalen Instanzen (Sachverhalt S. 490 und E. 3.5 S. 492). Die vorstehenden publizierten Bundesgerichtsurteile sprechen für die ersten beiden Auffassungen und gegen die dritte Lehrmeinung.

In einem Fall, in dem die kantonalen Gerichte auf eine Klage auf Anfechtung einer Kündigung eines Mietvertrags wegen Nichteinhaltung der Verwirkungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220) nicht eingetreten waren, wies das Bundesgericht die Beschwerde ab mit der Begründung, bei Nichteinhaltung der Frist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR sei auf die Anfechtungsklage nicht einzutreten (BGer 4A_171/2008 vom 22. Mai 2008 Sachverhalt B und E. 1.2). Da das Bundesgericht diese Auffassung nicht begründet hat, liegt es nahe, dass es die Ansicht der Vorinstanz ohne nähere Prüfung übernommen hat, zumal in der Lehre schon damals die Auffassung vertreten wurde, bei Fristversäumnis sei die Anfechtungsklage abzuweisen (vgl. SVIT, Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 273 OR N 14). Unter diesen Umständen kann aus dem soweit ersichtlich singulären, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsurteil nicht abgeleitet werden, Verwirkungsfristen für Gestaltungsklagen seien allgemein als Prozessvoraussetzungen zu qualifizieren.

Zusammenfassend ist mit der publizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entsprechend der überwiegenden Lehre festzustellen, dass die Einhaltung der Verwirkungsfristen von Art. 521 ZGB keine Prozessvoraussetzung ist. Folglich ist auf die vorliegende Klage unabhängig von der Einhaltung dieser Fristen einzutreten und deren Wahrung als materiellrechtliche Frage vom Zivilgericht zu prüfen.

E. 13

Aufgrund des angefochtenen Nichteintretensentscheids hat das Zivilgericht die Klage in der Sache nicht beurteilt. Damit wurde ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt und ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen. Die Sache wird deshalb gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zur Entscheidung in der Sache an das Zivilgericht zurückgewiesen.

E. 14

14.1 Gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie gemäss Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlassen. Wenn keine besonderen Gründe vorliegen, überlässt die Rechtsmittelinstanz im Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des

Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 104 ZPO N 11). Im Falle eines Rückweisungsentscheids gehören die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens zum Prozessrisiko, das von den Parteien nach Massgabe des endgültigen Verfahrensausgangs zu tragen ist (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 318 ZPO N 61; Rüegg/Rüegg, in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 104 ZPO N 7; Steininger, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 318 ZPO N 17; Urwyler/Grütter, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 104 ZPO N 6). Dieser ist im Zeitpunkt des Rückweisungsentscheids noch offen. Die Festsetzung der Höhe der Prozesskosten hingegen bleibt in jedem Fall Sache der Rechtsmittelinstanz (Rüegg/Rüegg, a.a.O., Art. 104 ZPO N 7; Steininger, a.a.O., Art. 318 ZPO N 17; Sterchi, in: Berner Kommentar, a.a.O., Art. 104 ZPO N 16; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 104 ZPO N 6).

14.2 Hinsichtlich des Eintretens auf die Klage trifft das Appellationsgericht im vorliegenden Fall einen neuen Entscheid. Bezüglich der materiellen Beurteilung der Klage fällt es hingegen einen Rückweisungsentscheid. Da der reformatorische Entscheid des Appellationsgerichts das Verfahren insgesamt nicht abschliesst, sondern dieses aufgrund des Rückweisungsentscheids vor dem Zivilgericht seinen Fortgang nimmt, ist es angezeigt, hinsichtlich des Kostenentscheids auf die für Rückweisungsentscheide geltenden Regeln abzustellen. Besondere Gründe, die es rechtfertigen würden, dass das Appellationsgericht selber über die Verteilung der Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens entscheidet, sind nicht erkennbar.

14.3 Über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen kann zusammen mit der Hauptsache entschieden werden (Art. 104 Abs. 3 ZPO). In der Regel erfolgt die Verteilung mit dem Entscheid über die Hauptsache (vgl. Jenny, a.a.O., Art. 104 ZPO N 9). Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen. Folglich hat das Zivilgericht in seinem Entscheid auch über die Verteilung der Kosten des Massnahmeverfahrens zu entscheiden.

14.4 Für die Bestimmung des Streitwerts ist gestützt auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien von einem Wert des Nachlasses von CHF 8'422'922.95 auszugehen (vgl. Klage, Rz. 6; Berufung, Rz. 9; Berufungsantwort, Rz. 10; Entscheid des Zivilgerichts, Tatsachen, Ziffer I).

Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden in Anwendung von § 11 Abs. 1 Ziffer 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 und § 4 Abs. 1 Ziffer 1.2 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (SG 154.810) auf CHF 25'000.■ festgesetzt.

Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 der Honorarordnung [HO, SG 291.400]). Im erstinstanzlichen Verfahren beträgt das Grundhonorar bei einem Streitwert von über CHF 2 Millionen 1■3 % des Streitwerts, mindestens aber CHF 60'000.■ (§ 4 Abs. 1 lit. b Ziffer 14 HO). Bei Beschränkung des Verfahrens auf einzelne Streitpunkte beträgt das Honorar höchstens die Hälfte des für den ordentlichen Prozess zulässigen Honorars (§ 7 HO). Soweit die Honorarordnung für die Bemessung des Honorars Mindest- und Höchstansätze vorsieht, richtet sich die Bemessung des Honorars nach dem Umfang der Bemühungen, nach der Wichtigkeit und Bedeutung der Sache für den Auftraggeber sowie nach der Schwierigkeit

in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 und 2 HO). Im Vergleich zum sehr hohen Streitwert war der Umfang der Bemühungen der Parteivertreter im vorliegenden Berufungsverfahren bescheiden. Dies rechtfertigt es, vom Mindestansatz auszugehen. Nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen beträgt das Grundhonorar damit CHF 84'229.■ (1 % des Streitwerts). Da das Verfahren auf eine einzige von einer Vielzahl von Fragen beschränkt wurde, ist das Honorar auf ein Drittel dieses Betrags zu reduzieren (§ 7 HO). Zudem ist für das Berufungsverfahren ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen (§ 12 Abs. 1 HO). Dies ergibt abgerundet ein Honorar von CHF 18'000.■.

14.5 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von den Gerichtskosten und die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Der Vermögenswert, um den im Prozess gestritten wird, darf dem Gesuchsteller bei der Beurteilung seiner Bedürftigkeit nicht als Vermögen angerechnet werden (Bühler, in: Berner Kommentar, a.a.O., Art. 117 ZPO N 105; Emmel, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 117 ZPO N 7). Der Nachlass, für den der Berufungsbeklagte mit der angefochtenen letztwilligen Verfügung als Alleinerbe eingesetzt worden ist, kann deshalb bei der Beurteilung seiner Bedürftigkeit nicht berücksichtigt werden. Ohne diesen Vermögenswert ist die Bedürftigkeit des Berufungsbeklagten glaubhaft (vgl. Berufungsantwort, Rz. 74■77 und Beilagen 3■15). Angesichts dessen, dass das Zivilgericht im Sinn des Berufungsbeklagten entschieden hat, kann sein Begehren um Abweisung der Berufung nicht als aussichtslos qualifiziert werden. Ein Rechtsbeistand ist zur Wahrung seiner Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren erforderlich. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren demzufolge die unentgeltliche Rechtspflege mit Advokat [...] als unentgeltlichem Rechtsbeistand gewährt.

Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, so wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton entschädigt, gehen die Gerichtskosten zulasten des Kantons, werden der Gegenpartei die Vorschüsse, die sie geleistet hat, zurückerstattet, und hat die unentgeltlich prozessführende Partei der Gegenpartei die Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Da die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens dem Zivilgericht überlassen wird, ist derzeit offen, ob der Berufungsbeklagte unterliegen oder obsiegen wird. Folglich ist noch ungewiss, ob der unentgeltliche Rechtsbeistand des Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren vom Kanton zu entschädigen sein wird oder nicht. Für den Fall der Entschädigungspflicht des Kantons ist sein allfälliges Honorar aber bereits im vorliegenden Verfahren festzusetzen.

Das Honorar des unentgeltlichen Rechtsbeistands richtet sich in Zivilsachen mit bestimmtem Streitwert nach der Honorarordnung. Bei hohem Streitwert kann es jedoch bis auf die Hälfte des Gebührenansatzes gekürzt werden (§ 17 Abs. 2 des Advokaturgesetzes [SG 291.100]). Da der Streitwert des vorliegenden Verfahrens sehr hoch ist, ist das Honorar des unentgeltlichen Rechtsbeistands auf CHF 9'000.■ zu reduzieren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.