

# GR\_GERICHTE ZB 2005 21 vom 30. Juni 2005

GR Gerichte, 2005-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZB\\_2005\\_21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZB_2005_21)

FR: GR\_GERICHTE ZB 2005 21 du 30 juin 2005

IT: GR\_GERICHTE ZB 2005 21 del 30 giugno 2005

## Regeste

unentgeltliche Rechtspflege | Prozessrecht 232 Ziff. 1-8 ZPO

## Erwägungen

### E. 2

Die Ehefrau zog das Urteil des Bezirksgerichts Maloja an das Kantonsgericht von Graubünden weiter, wobei sie sich im Berufungsverfahren von lic. iur. K., Advokaturbüro lic. iur. D., vertreten liess. In ihrem Berufungsbegehren beantragte die Klägerin unter anderem auch die Aufhebung der Ziffer 9 des angefochtenen Urteils. Zusammen mit der Berufung reichte sie sodann beim Kantonsgericht auch ein Revisionsgesuch ein. Anlässlich der Berufungsverhandlung äusserte sich die Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin auch zur Aufteilung des Mobiliars. Im Rahmen der formfreien Befragung der Parteien antwortete die Berufungsklägerin, die Aufteilung habe noch nicht vorgenommen werden können, weil es ihr an Platz mangle. Sie hoffe allerdings, dass man diesbezüglich zu einer Einigung gelange, so dass das Kantonsgericht damit von der Vornahme der Aufteilung dispensiert werden könne. Auf Grund dieser Aussage wurde im Urteil vom 24. Januar 1996 auf diesen Punkt der Berufung nicht mehr näher eingegangen. Die fragliche Ziffer des erstinstanzlichen Urteils

### E. 3

blieb damit unverändert, während das Kantonsgericht insbesondere bezüglich der Kinderzuteilung die Berufung teilweise guthiess. Auf das Revisionsgesuch wurde nicht eingetreten. Die Frage der Kinderzuteilung und des Besuchsrechts bildete in der Folge auf Grund von durch beide Parteien ergriffenen Rechtsmitteln noch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Schweizerischen Bundesgericht, welches mit Urteil vom 30. Oktober 1996 Teile des angefochtenen Urteils aufhob und die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückwies. Dieses fällte am 16. Dezember 1996 sein neues Urteil. Die Aufteilung des Mobiliars bildete in diesem Verfahren kein Thema. B. 1. Am 17. März 1997 schlossen die Parteien in Anwesenheit ihrer Rechtsvertreter eine Vereinbarung über die „Aufteilung des ehelichen Mobiliars und Inventars“ ab. Bei der Vorbereitung und Ausführung dieser Vereinbarung war den Parteien von Dezember 1996 bis Sommer 1997 in privater Eigenschaft Dr. E., Aktuar des Bezirksgerichts Maloja, beigegeben. In der Vereinbarung wurden alle Gegenstände des Haushaltes minutiös aufgeführt und festgehalten, wem welche Gegenstände zugeteilt würden. Mit Bezug auf das vom Ehemann übernommene Mobiliar wurde bestimmt, dass dieses vom Betreibungsbeamten geschätzt und der Schätzwert vom Übernehmer unter teilweiser Verrechnung mit der diesem noch zustehenden ausseramtlichen Entschädigung an seine geschiedene Ehefrau ausbezahlt werden sollte. Es wurde ferner festgehalten, die Aufteilung des Inventars werde im Beisein einer Amtsperson des Regionalen Sozialdienstes oder des Bezirksgerichts

vorgenommen. Nach dem Vollzug der Vereinbarung sollten die Parteien in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sein und nichts mehr voneinander zu fordern haben. Am 12. April 1997 teilten die Parteien einen Teil des ehelichen Mobiliars und Inventars im Beisein des Aktuars des Bezirksgerichts, der sich als Privatperson und freiwillig zur Verfügung stellte, sowie einer Amtsperson des Sozialdienstes auf. Einige Positionen blieben jedoch unbereinigt. 2. Da die Parteien trotz der erwähnten Vereinbarung keine definitive Aufteilung vorzunehmen vermochten, stellte A. am 21. November 1997 beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin erneut ein Sühnebegehren, in welchem sie beantragte, es sei der Beklagte zur Herausgabe im einzelnen bezeichneter und zum Ersatz fehlender Gegenstände sowie zur Bezahlung allfälliger Reparaturkosten zu verpflichten. Ferner verlangte sie, es sei das dem Beklagten überlassene Mobiliar nochmals zu schätzen und der Beklagte sei zu verpflichten, ihr den jeweiligen

#### **E. 4**

Schätzwert auszurichten. Die Klägerin war in diesem Verfahren durch Rechtsanwalt lic. iur. D. vertreten. Das Bezirksgericht Maloja trat in seinem Urteil vom 28. Oktober 1998 auf die Klage nicht ein, auferlegte die Vermittlungs- und Gerichtskosten von zusammen 3'700 Franken der Klägerin und verpflichtete diese, den Beklagten aussergerichtlich mit Fr. 4'334.60 zuzüglich Mehrwertsteuer zu entschädigen. Das Gericht stellte fest, werde die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht als Ganzes in ein gesondertes Verfahren verwiesen, müsse über alle güterrechtlichen Ansprüche entweder im Scheidungsurteil selber oder allenfalls in einem beim Scheidungsrichter anzuhängenden, im Gesetz nicht vorgesehenen Nachverfahren entschieden werden. Diese Möglichkeit dürfe jedoch nicht dazu führen, dass nach Abschluss eines Scheidungsprozesses in einem Nachverfahren leichthin güterrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden könnten, deren Beurteilung im Rahmen des Scheidungsverfahrens wegen Nachlässigkeit einer Partei unterblieben sei. Ein Nachverfahren dürfe nur Platz greifen, wenn das Scheidungsurteil eine offensichtliche Lücke aufweise, nicht aber dann, wenn eine gewisse Unsicherheit vorliege, welche durch Auslegung geklärt werden könne. Im vorliegenden Fall könne nicht von einer Lücke gesprochen werden. Falls überhaupt eine solche vorgelegen habe, so sei sie durch die Vereinbarung vom 17. März 1997, welche zudem eine Saldoklausel enthalte, gefüllt worden. Dass die klare Regelung im Scheidungsurteil und in der Vereinbarung zu solchen Problemen führen könnte, sei nicht voraussehbar gewesen. Wenn dies geschehen sei, so könne daraus nicht die Zulässigkeit eines Nachverfahrens abgeleitet werden. A., wiederum vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. D., focht dieses Urteil am 23. November 1998 durch Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden an, welches indessen durch Beschluss vom 9. Februar 1999 auf die entsprechende zivilrechtliche Berufung nicht eintrat mit der Begründung, das Bezirksgericht habe kein Sachurteil erlassen; es fehle demnach an einer Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 93 ZPO, so dass die Berufung nicht gegeben sei. An diesem Ergebnis ändere sich auch nichts, wenn das angehobene Verfahren als Nachverfahren zum Scheidungsverfahren angesehen werde und die Zuständigkeit des Bezirksgerichts aus Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 EG zum ZGB abgeleitet würde, da nach Abs. 2 dieser Bestimmung nur Sachurteile der Berufung an das Kantonsgericht unterlägen, Prozessurteile jedoch ausgeschlossen seien und mittels Beschwerde anzufechten seien.

#### **E. 5**

Ebenfalls am 23. November 1998 liess A. durch Rechtsanwalt D. Beschwerde beim Kantonsgerichtsausschuss von Graubünden einreichen, mit welcher sie beantragte, die Sache sei zur Ergänzung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; im Sinne eines Eventualbegehrens wurden die vor erster Instanz gestellten Anträge wiederholt. Mit Urteil vom 30. Juni 1999 wies der Kantonsgerichtsausschuss die Beschwerde ab. Er stellte fest, das rechtskräftige Scheidungsurteil enthalte auch bezüglich des ehelichen Mobiliars und der weiteren im Streite stehenden Gegenstände durchaus eine Regelung und es seien nicht irgendwelche güterrechtlichen Ansprüche vergessen oder zu regeln unterlassen worden. Allein weil die anwaltlich vertretenen Parteien in diesem der Dispositionsmaxime unterliegenden Punkt in freier Ausübung ihres Willens bewusst darauf verzichtet hätten, bereits zum damaligen Zeitpunkt genauer zu bestimmen, wer welche Gegenstände und zu welchem Wert übernehme, und statt dessen anlässlich der Hauptverhandlung ausdrücklich erklärt hätten, selbst die weitere Aufteilung vornehmen zu können, lasse sich keine Lücke im Scheidungsurteil annehmen. Keine andere Betrachtungsweise erlaube auch der vollstreckungsrechtliche Aspekt. Der übereinstimmende Wille der Parteien ergebe sich klar aus der Vereinbarung vom 17. März 1997, welche beim Vollzug des Urteils durchaus herangezogen werden dürfe. Damit erscheine das Scheidungsurteil in dieser Hinsicht als vollstreckbar und folglich nicht als ergänzungsbedürftig. Für den Vollzug des Urteils habe sich die Beschwerdeführerin indessen an das zuständige Kreisamt zu wenden. 3. Am 8. Juli 2002 gelangte die geschiedene Ehefrau, nunmehr wieder unter ihrem ehemaligen Namen A. und vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. G., mit einem Amtsbefehlsgesuch an das Kreisamt Oberengadin, mit welchem sie verlangte, dass ihr einzelne, in der Vereinbarung vom 17. März 1997 aufgeführte Gegenstände herausgegeben würden. Der Kreispräsident Oberengadin wies das Gesuch mit Entscheid vom 12. September 2002 ab und verpflichtete die Gesuchstellerin, dem Gesuchsteller eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 2'441.45 zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Er war zum Schluss gelangt, es gehe nicht um die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils im Sinne von Art. 252 ff. ZPO, da die fragliche Vereinbarung einen privatrechtlich geschlossenen Vertrag darstelle und nicht Teil des Scheidungsurteils sei. A. erhob gegen diese Verfügung Beschwerde beim Kantonsgerichtspräsidenten von Graubünden. Dieser hiess die Beschwerde teilweise insofern gut, als er die aussergerichtliche Entschädigung auf 1'700 Franken herabsetzte. Im Übrigen wies er die Beschwerde mit der Begründung ab, die Vereinbarung von 1997 wäre zwar für einen Besitzschutz oder eine Besitzesherausgabe für einen Nachweis im Sinne von Art. 146 Abs. 2 ZPO tauglich und würde

## **E. 6**

genügen, wenn nicht andere Umstände dagegen sprächen. Der Beschwerdegegner behaupte nun aber, er habe alle Gegenstände herausgegeben, soweit er sich dazu verpflichtet habe. Eine auf Antrag der Beschwerdeführerin wegen unrechtmässiger Aneignung geführte Strafuntersuchung sei eingestellt worden, weil B. nicht habe nachgewiesen werden können, dass er noch im Besitze von in der Vereinbarung aufgeführter Gegenstände sei und es hätten anlässlich einer Hausdurchsuchung keine der fraglichen Gegenstände ausfindig gemacht werden können. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht aufgezeigt, wie viele Jahre nach Auflösung des Haushalts beziehungsweise der güterrechtlichen Auseinandersetzung einzelne Gegenstände noch individualisiert und ausfindig gemacht werden könnten, so dass angesichts dieser Beweislage ein Nachweis in Bezug auf einzelne oder alle der im Gesuch aufgeführten und von der Beschwerdeführerin herausverlangten Gegenstände nicht erbracht werden könne. C. Am 9. Dezember 2004 liess A. durch

Rechtsanwalt Dr. iur. Pierluigi Schaad beim Vermittleramt Oberengadin gegen ihren früheren Rechtsvertreter lic. iur. D. eine Forderungsklage über einen Betrag von Fr. 36'426.50 nebst 5 % Zins auf Fr. 28'389.-- seit dem 1. September 1999 und auf Fr. 8'037.50 seit dem 9. Dezember 2004 einreichen. Gleichzeitig stellte die Klägerin beim Bezirksgerichtspräsidium Maloja ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Ihr Rechtsvertreter führte darin aus, seine Klientin mache Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten geltend. Vergleichsverhandlungen mit der Haftpflichtversicherung des Beklagten seien gescheitert, weshalb das Vermittlungsbegehren gestellt worden sei. Die Gesuchstellerin habe 2003 als zu 50 % Beschäftigte bei der H. Versicherungsgesellschaft in Chur netto Fr. 26'381.- verdient und ihr gegenwärtiger Nettolohn betrage Fr. 1'921.50 im Monat. A. verfüge über kein Vermögen; sie sei neben dem notwendigen Lebensunterhalt nicht in der Lage, für Prozesskosten aufzukommen und folglich prozessarm im Sinne von Art. 42 Abs. 1 ZPO. Sie könne den Forderungsprozess gegen ihren früheren Anwalt nicht ohne rechtskundige Hilfe führen. Die Schadenersatzansprüche stünden im Zusammenhang mit der Vertretung durch Rechtsanwalt D. in der güterrechtlichen Auseinandersetzung des Scheidungsverfahrens. So sei das Bezirksgericht Maloja mit Urteil vom 28. Oktober 1998 mangels Zuständigkeit auf eine Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin nicht eingetreten. Sodann sei eine von ihrem damaligen Rechtsvertreter ausgearbeitete Vereinbarung vom 17. März 1997 lückenhaft und für den Vollzug der güterrechtlichen Auseinandersetzung ungenügend gewesen; auch daraus sei seiner Mandantin Schaden entstanden. Der eingeleitete Forderungsprozess könne sicher nicht als aussichtslos im Sinne von

#### **E. 7**

Art. 42 Abs. 2 ZPO bezeichnet werden. Die Voraussetzungen von Art. 42 und 46 ZPO seien in jeder Hinsicht erfüllt. D. Das Bezirksamt Maloja stellte das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung der Gemeinde I., wo die Gesuchstellerin ihren Wohnsitz hat, zur Stellungnahme zu; die Gemeinde machte indessen von ihrem Recht auf Einreichung einer Vernehmlassung keinen Gebrauch. Nachdem sie in die vom Anwalt der Gesuchstellerin am 1. März 2005 eingereichte Prozesseingabe Einsicht genommen hatte, verfügte die vorsitzende Richterin des Bezirksgerichts Maloja am

#### **E. 10**

dem Hinweis, im Vermittlungsverfahren seien noch keine Beweismittel einzureichen, auf den Standpunkt stellen, er könne sich darauf beschränken, gewisse Angaben zu seiner persönlichen und finanziellen Situation zu machen. Auf den konkreten Fall bezogen heisst dies, dass der über das Gesuch der A. befindende Richter berechtigt war, seinem Entscheid auch das ihm aus früheren Verfahren bekannte Wissen zugrunde zu legen und es war selbstverständlich auch der Kantonsgerichtsausschuss befugt, die Akten aus diesen Verfahren beizuziehen, nachdem seitens der Gesuchstellerin diese für die Beurteilung ihrer Prozessaussichten nützlichen Unterlagen nicht eingelegt worden waren. II. 1. Erste materiellrechtliche Voraussetzung zur Bewilligung eines Gesuches um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Gesuchstellers, was das Gesetz durch die Begriffe der prozessualen Mittellosigkeit oder der Prozessarmut zum Ausdruck bringt (Art. 42 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat sich nicht dazu geäußert, ob diese Bedingung im vorliegenden Fall erfüllt ist, sondern ist offenbar stillschweigend davon ausgegangen, dass A. als bedürftig im Sinne der erwähnten Bestimmung anzusehen ist.

Diese Annahme war angesichts der vom Rechtsvertreter der Gesuchstellerin gemachten und durch Dokumente belegten Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse seiner Mandantin sicher gerechtfertigt, so dass diese erste Voraussetzung als unbestritten gelten kann. 2. a) Das Bezirksgerichtspräsidium Maloja hat unter Bezugnahme auf die einschlägige Praxis des Bundesgerichts und des Kantonsgerichts sowie den diese Rechtsprechung und die Literatur zu diesem Thema eingehend kommentierenden Aufsatz von Brunner (a.a.O. S. 172 f.) die zweite materiellrechtliche Voraussetzung, welche zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sein muss, nämlich die fehlende Aussichtslosigkeit des eingeleiteten Verfahrens, zutreffend wiedergegeben und auch die Gesuchstellerin übernimmt mit ihrem Zitat aus PKG 2002 Nr. 16 die zu den Begriffen der Mutwilligkeit oder Aussichtslosigkeit eines Prozessbegleits entwickelten Grundsätze. Diese können daher als bekannt und unbestritten angesehen werden, so dass sie im folgenden nicht mehr dargestellt werden müssen, sondern nach einigen Bemerkungen zu grundsätzlichen Einwendungen der Beschwerdeführerin direkt zur Beurteilung der Frage übergegangen werden kann, ob das von der Gesuchstellerin vor Bezirksgericht Maloja eingeleitete Verfahren gegen Rechtsanwalt D. entsprechend der Auffassung der Vorinstanz als offensichtlich aussichtslos zu betrachten ist oder ob die Klägerin eine vernünftige Chance hat, mit ihrem Rechtsbegehren ganz oder teilweise durchzudringen.

## **E. 11**

b) In der Beschwerde wird der Vorinstanz vorgeworfen, sie habe in tatsachenwidriger Weise festgehalten, die Gesuchstellerin habe in allen den zahlreichen früheren Verfahren, welche sich mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung befasst hätten, die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch genommen. Dies sei indessen nur einmal geschehen, nämlich im Amtsbefehlsverfahren vor dem Kreisamt Oberengadin, in welchem die Verfahrenskosten von 800 Franken und das Honorar von Rechtsanwalt G. in der Höhe von Fr. 2'244.10 von der Gemeinde I. bezahlt worden seien. Dieser Einwand ist zutreffend, wenn man nur die Verfahren im Auge hat, welche ausschliesslich das Güterrecht der Ehegatten zum Gegenstand hatten. Betrachtet man hingegen alle mit der Ehescheidung im Zusammenhang stehenden Verfahren, so ist festzustellen, dass die Klägerin auch in einem von B. eingeleiteten, auf die Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die geschiedene Ehefrau gerichteten Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchte. Diese blieb allerdings für das Gemeinwesen ohne Folgen, da die Beklagte in diesem Verfahren obsiegte. Im angefochtenen Entscheid wurde festgestellt, in einer dritten Phase habe Rechtsanwalt D. erfolglos versucht, mit einer Forderungsklage zu einer Aufteilung der Gegenstände zu kommen; dabei könne ihm aber keine eigentliche Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht, also eine grobe Fahrlässigkeit bzw. ein Kunstfehler vorgeworfen werden. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz mit dieser Bemerkung eine grobe Fahrlässigkeit als Voraussetzung für die anwaltliche Haftung annehme, was der Praxis sowohl des Bundesgerichts als auch des Kantonsgerichts von Graubünden widerspreche, wonach der Anwalt grundsätzlich für jedes, also auch für leichtes Verschulden hafte. Dieser Einwand ist berechtigt. Das Kantonsgericht hat in dem in PKG 1999 Nr. 3 publizierten Entscheid unter Bezugnahme auf die Praxis des Bundesgerichts (BGE 117 II 567) tatsächlich festgestellt, der Anwalt hafte grundsätzlich für jedes, also auch für leichtes Verschulden. Mit der Annahme eines Auftrages verpflichtet sich ein Rechtsanwalt gemäss Art. 394 Abs. 1 OR, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Er hat zwar nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen, doch schuldet er dem Auftraggeber die getreue und sorgfältige Ausführung des

ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Der Anwalt verletzt diese Pflicht, wenn er seine Leistung in qualitativer oder quantitativer Hinsicht nicht in der nach dem Vertrag geschuldeten Art und Weise erbringt. Von einem Kunstfehler des Anwalts spricht man, wenn dieser die allgemein anerkannten und praktizierten Regeln seines Berufes verletzt. Auch wenn der fehlende Erfolgseintritt für sich allein den Beauftragten noch nicht schadenersatzpflichtig macht, so verletzt dieser doch den Vertrag, wenn er

#### **E. 12**

gegen die Pflicht zu sorgfältigem und sachgemäßem Verhalten und Vorgehen verstösst und die Treuepflicht als Ausfluss des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seinem Klienten verletzt. Diese findet ihre Konkretisierung in der Sorgfaltspflicht bei der Ausführung des Auftrages. Der Anwalt wird schadenersatzpflichtig, wenn der Mandant eine Vertragsverletzung nachweist, die in einer Abweichung vom erwarteten, sachgerechten und damit sorgfältigen Verhalten besteht. Will sich der Anwalt gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR exkulpieren, muss er beweisen, dass ihn kein Verschulden, also wiederum keine Sorgfaltspflichtverletzung trifft, was grundsätzlich dem Fehlen einer (groben oder leichten) Fahrlässigkeit entspricht (vgl. zum Ganzen: Fellmann, Die Haftung des Anwalts, in Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 190 ff.). 3.a) Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat bereits in seinem Schreiben an den beklagten Anwalt vom 1. April 2004 einen Schadenersatzanspruch von Fr. 19'854.20 für Gerichts- und Anwaltskosten angemeldet. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den Kosten eines Verfahrens, mit welchem die durch Rechtsanwalt D. vertretene Klägerin gestützt auf die Vereinbarung vom 17. März 1997 die Herausgabe einer detailliert aufgelisteten Anzahl von Gegenständen forderte und in erster Instanz durch einen Nichteintretensentscheid des Bezirksgerichts Maloja vom 28. Oktober 1998 seinen Abschluss fand. Das Kantonsgericht trat am 9. Februar 1999 auf eine gegen dieses Urteil erhobene Berufung nicht ein und der Kantonsgerichtsausschuss wies eine gleichzeitig mit der Berufung eingereichte Beschwerde durch Urteil vom 30. Juni 1999 ab. Bei dem auf diese Weise endgültig erledigten Prozess ging es um ein so genanntes Nachverfahren, mit welchem ein lückenhaftes Scheidungsurteil, nämlich jenes des Bezirksgerichts Maloja vom 22./28. August 1995 beziehungsweise das sich mit diesem Entscheid befassende Berufungsurteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 24. Januar 1996, ergänzt werden sollte. Das Bezirksgericht hatte seinen Nichteintretensentscheid damit begründet, dass es sich auf den Standpunkt stellte, das Scheidungsurteil weise keine offensichtliche Lücke auf, welche durch ein Nachverfahren geschlossen werden müsse. Man sei im Zeitpunkt der Scheidung davon ausgegangen, dass die Regelung bezüglich Mobiliar, Inventar und persönliche Effekten genügend konkret sei, so dass die Aufteilung keine Schwierigkeiten bereiten sollte. Auch wenn sich diese Annahme nicht bewahrheitet habe, könne deswegen nicht vom Vorliegen einer Lücke gesprochen werden, in jedem Falle wäre eine solche aber durch die Vereinbarung vom 17. März 1997 gefüllt worden. Diese Vereinbarung stelle eine abschliessende Regelung der güterrechtlichen Auseinandersetzung dar, so dass kein Platz für ein Nachverfahren sei. Es gehe vielmehr um die Umsetzung der Vereinbarung, was

#### **E. 13**

aber nicht durch das Bezirksgericht zu erfolgen habe, da dieses nicht Vollstreckungsrichter sei. Der Kantonsgerichtsausschuss teilte diese Auffassung und hielt in seinem Urteil vom 30. Juni 1999 fest, wenn die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht ausdrücklich erklärt hätten, selbst die Aufteilung des ehelichen Mobiliars

und anderer Gegenstände vornehmen zu wollen, so lasse sich keine Lücke im Scheidungsurteil annehmen. Mit Bezug auf den vollsteckungsrechtlichen Aspekt treffe es zwar zu, dass die Vereinbarung vom 17. März 1997 nicht Bestandteil eines rechtskräftigen Scheidungsurteils sei, hingegen dürfe das Dokument beim Vollzug des Urteils durchaus herangezogen werden. Im ursprünglichen Scheidungsverfahren, in welchem das Bezirksgericht Maloja am 22./28. August 1995 sein Urteil gefällt hat, war A. als Klägerin durch Rechtsanwalt Dr. C. vertreten. Soweit es im vorliegenden Verfahren noch von Interesse ist, hielt das Gericht aufgrund des Rechtsbegehrens „Güterrechtliche Auseinandersetzung“ fest, das Mobiliar der ehelichen Wohnung sei wertmässig hälftig auf die Parteien aufzuteilen, wobei sich der Beklagte verpflichtet habe, der Klägerin die gesamte Esszimmereinrichtung herauszugeben; Tisch- und Bettwäsche sowie sämtliches Geschirr sei je hälftig auf die Parteien aufzuteilen; nach Vollzug dieser Auseinandersetzung hätten die Parteien in güter- und vermögensrechtlicher Hinsicht nichts mehr voneinander zu fordern. Im folgenden Berufungsverfahren war A. von Rechtsanwalt D. vertreten, der den Antrag auf güterrechtliche Auseinandersetzung wieder aufnahm, und für den an der Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht vom 24. Januar 1996 seine Praktikantin lic. iur. K. teilnahm. Die Beschwerdeführerin wirft Rechtsanwalt D. vor, seine Substitutin habe ungenügende Rechtsbegehren gestellt und nicht auf der Behandlung der mit der Aufteilung des Mobiliars im Zusammenhang stehenden Fragen durch das Kantonsgericht bestanden. Soweit dieser Vorwurf im vorliegenden Beschwerdeverfahren beurteilt werden kann, erscheint er ungerechtfertigt. Das schriftliche Berufungsbegehren entsprach dem vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren. Wird ein entsprechender Antrag vor Bezirksgericht als genügend anerkannt, muss dies auch für das Berufungsverfahren gelten, erlaubt es doch auch der zweiten Instanz, sich mit allen güterrechtlichen Fragen erneut auseinanderzusetzen. Dem Urteil des Kantonsgerichts vom 24. Januar 1996 kann denn auch entnommen werden, dass sich die Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin in ihrem Plädoyer auch zur Aufteilung des Mobiliars geäußert hat. Wäre es bei diesen Ausführungen geblieben, hätte sich das Kantonsgericht mit diesem Teil des angefochtenen Urteils auseinandersetzen müssen; ein fehlerhaftes Verhalten der Praktikantin ist also diesbezüglich nicht ersichtlich. Was den Ausschlag für den Entscheid des Kantonsgerichts gegeben hat, sich mit diesem Punkt

#### **E. 14**

der Berufung nicht mehr zu befassen, waren die Aussagen der Berufungsklägerin in der formfreien Befragung. Sie war es, welche auf entsprechende Befragung durch den Kantonsgerichtsvizepräsidenten erklärte, die Aufteilung des Mobiliars habe noch nicht stattfinden können, weil es ihr an Platz mangle; sie hoffe, dass die Parteien diesbezüglich zu einer Einigung kämen, so dass das Kantonsgericht von der Vornahme der Aufteilung dispensiert werden könne. Es ist nicht einzusehen, was die Praktikantin von Rechtsanwalt D. angesichts dieser Aussagen ihrer recht selbstsicheren Mandantin noch hätte einwenden sollen, konnte sie sich doch vernünftigerweise nicht gegen deren dem Gericht gegenüber selbst gemachten Äusserungen stellen. Eine Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten anlässlich der Berufungsverhandlung vom 24. Januar 1996 ist folglich schwerlich auszumachen. Nach der Auffassung der Beschwerdeführerin wurde sie auch bei der Ausarbeitung der Vereinbarung vom 17. März 1997 von ihrer damaligen Rechtsvertreterin schlecht beraten. Dazu ist festzustellen, dass die fragliche Vereinbarung nach langwierigen Verhandlungen, an welcher die Parteivertreter zwar offenbar teilgenommen haben, die jedoch unter der Vermittlung des als Privatperson mitwirkenden Bezirksgerichtsaktuars zwischen den

geschiedenen Eheleuten geführt wurden, zustande gekommen ist. Die Parteien haben schliesslich das mühsam erarbeitete Dokument auch selbst unterzeichnet und am 12. April 1997 im Beisein von Bezirksgerichtsaktuar E. und von F., Mitarbeiter des Sozialdienstes, das Mobiliar im Wesentlichen untereinander aufgeteilt. Dass es zwischen den verbissen um jeden Löffel kämpfenden Parteien überhaupt soweit kommen konnte, war erstaunlich und ist sicher positiv zu werten. Wenn der Praktikant des Anwalts der Klägerin unter solchen Umständen der Vorwurf gemacht wird, dass sie ihre Mandantin schlecht beraten und zur Unterzeichnung der Vereinbarung ermuntert habe, so ist dies schwer verständlich und ein sich auf diese Fakten stützender Schadenersatzanspruch gegen Rechtsanwalt D. schwer vorstellbar. Nachdem es den Parteien auch nach Abschluss der Vereinbarung vom 17. März 1997 und den im Anschluss an diese vorgenommenen teilweisen Aufteilung ihres Hausrats nicht gelungen war, ihre güterrechtlichen Probleme endgültig zu lösen, wandte sich Rechtsanwalt D. im Namen von A. mit Prozesseingabe vom 19. Februar 1998 an das Bezirksgericht Maloja mit dem Begehren, es sei der Beklagte in Erfüllung der Vereinbarung vom 17. März 1997 zu verpflichten, seiner Mandantin eine grössere Anzahl näher umschriebener Gegenstände auszuhändigen und ihr die Hälfte des Wertes von fehlenden Gegenständen zu vergüten. Er leitete damit ein so genanntes Nachverfahren ein, wie es – ohne im Gesetz verankert zu sein –

#### **E. 15**

für zulässig erachtet wird, um allfällige Lücken eines Scheidungsurteils zu schliessen. Wie sich aus dem oben unter B.2. dargestellten Ablauf dieses Verfahrens vor Bezirksgericht Maloja und den Rechtsmittelverfahren vor Kantonsgericht beziehungsweise Kantonsgerichtsausschuss Graubünden ergibt, endete dieser Prozess mit einer Niederlage für die Klägerin, indem das Bezirksgericht Maloja mit Urteil vom 28. Oktober 1998 mit der Begründung, dass angesichts der Regelungen im Scheidungsurteil und in der Vereinbarung vom 17. März 1997 kein Raum für ein Nachverfahren zur Ergänzung des Scheidungsurteils bestehe, auf die Klage nicht eintrat, auf eine Berufung gegen dieses Urteils nicht eingetreten und eine Beschwerde abgewiesen wurde. In seinem Schreiben an Rechtsanwalt D. vom 1. April 2004 warf der heutige Rechtsvertreter der Gesuchstellerin dem damaligen Anwalt seiner Mandantin daher vor, es wäre seine Sache und nicht jene der nicht rechtsunkundigen Partei gewesen, den richtigen Weg zur Durchsetzung derer berechtigten Ansprüche zu wählen. Der Kantonsgerichtsausschuss habe in seinem Urteil festgehalten, dass für die Durchsetzung des Urteils nicht das angerufene Bezirksgericht, sondern gemäss Art. 255 ZPO das Kreisamt zuständig sei. Er (Rechtsanwalt D.) habe daher in Verletzung seiner Sorgfaltspflicht nicht den richtigen Weg eingeschlagen und seiner Klientin damit Schaden zugefügt. Auf diesem Vorwurf, nicht erkannt zu haben, dass keine ein Nachverfahren rechtfertigende Lücke im Scheidungsurteil besteht, basiert die in dem vor Bezirksgericht Maloja anhängig gemachten Schadenersatzverfahren geltend gemachte Position von Fr. 19'854.20 für der Klägerin entstandene Gerichts- und Anwaltskosten. Der Kantonsgerichtsausschuss hält es für sehr fraglich, ob gestützt auf dieses Klagefundament und mit dieser Argumentation erfolgreich eine Schadenersatzforderung durchgesetzt werden kann. Damit dies der Fall wäre, müsste dem Anwalt nachgewiesen werden, dass er es an der gewissenhaften Erfüllung des Mandats hatte mangeln lassen und den Fall nicht mit den erforderlichen Fachkenntnissen angegangen hat. Zu den letzteren gehört die Kenntnis der einschlägigen Gesetze, der entsprechenden Rechtsprechung und der Fachliteratur. Im vorliegenden Fall hat Rechtsanwalt D. ein so genanntes Nachverfahren zu einem Scheidungsverfahren eingeleitet. Dieses Verfahren ist nicht gesetzlich geregelt, doch

bildet es Gegenstand von Präjudizien und Abhandlungen in der Literatur. Der beklagte Anwalt hat durch sein Vorgehen bewiesen, dass ihm diese Verfahrensart bekannt war. Er hat auch erkannt, dass die private Vereinbarung vom 17. März 1997 für den Vollzug nicht ausreichte und wollte sie daher gerichtlich bestätigt haben. Mangelnde Kenntnis der Rechtslage kann dem Anwalt unter diesen Umständen kaum vorgeworfen werden, es war vielmehr die gemäss Gerichtsurteilen unrichtige Einschätzung der Lückenhaftigkeit des Scheidungsurteils, welche das Verfahren letztlich zu Ungunsten seiner Mandantin ausgehen liess. Dieser Ausgang war aller-

#### **E. 16**

dings nicht von vornherein voraussehbar, nachdem das Scheidungsurteil keine Details bezüglich der Aufteilung des ehelichen Mobiliars enthielt und die Vereinbarung, welche das Nähere regeln sollte, privater Natur war. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass der von Rechtsanwalt D. eingeschlagene Weg völlig abwegig gewesen war, kann man doch über die Frage, ob ein Urteil lückenhaft ist, durchaus geteilter Auffassung sein und es kann jedenfalls kaum gesagt werden, dass die Tatsache, dass die Gerichte diese Frage letztlich anders beurteilten, als dies Rechtsanwalt D. getan hat, auf eine Verletzung der Sorgfalts- und Treupflichten des Anwalts schliessen lässt. Wollte man in diesem Fall eine Sorgfaltspflichtverletzung des Rechtsvertreters bejahen, so führte dies faktisch dazu, dass jedes Mal, wenn ein Rechtsanwalt ein nicht zielführendes Verfahren wählt und das Gericht deshalb auf ein Gesuch oder eine Klage nicht eintritt, sich die unterliegende Partei bei ihrem Rechtsvertreter schadlos halten könnte, was zweifellos nicht im Sinne des Gesetzgebers wäre. Letztlich würde dies auf eine Erfolgshaftung des Anwalts hinauslaufen, was von Lehre und Rechtsprechung mit gutem Grund abgelehnt wird. Der Kantonsgerichtsausschuss räumt der von A. eingeleiteten Klage in diesem Punkt daher sehr geringe Erfolgchancen ein. b) In seinem Schreiben an Rechtsanwalt D. vom 26. November 2004 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin diesem mit, es habe sich auf Grund der Verhandlungen mit der „J.“ klar ergeben, dass die Verantwortung für die Ausarbeitung der Vereinbarung vom 17. März 1997 bei ihm (Rechtsanwalt D.) liege. Es habe sich aber herausgestellt, dass diese Vereinbarung zum Vollzug völlig ungenügend sei. So habe sich das Schätzungsverfahren für die Gegenstände nachteilig für A. ausgewirkt. Die vom Betreibungsbeamten gemäss Ziffer 4 der Vereinbarung vorgenommenen Schätzungen der Arvenwohnwand, der Arvenschiebetüre, des Geschirrspülers, des Tiefkühlschranks und der Truhe zur Stereoanlage seien ungenügend, woraus seiner Mandantin ein Schaden von Fr. 7'150.-- entstanden sei. - Falls Rechtsanwalt D. – was noch zu beweisen bleibt – bei der Abfassung der Vereinbarung tatsächlich entscheidend mitgewirkt und dabei auch die Schätzung der fraglichen Gegenstände durch den Betreibungsbeamten vorgeschlagen haben sollte, so ist schlechterdings nicht vorstellbar, was an diesem Vorschlag ausgesetzt werden könnte. Es war zweifellos angezeigt, für diese Schätzung von gebrauchten Möbelstücken und Küchengeräten eine Person beizuziehen, welche über Erfahrungen auf diesem Gebiet verfügt, was beim Betreibungsbeamten sicher der Fall ist. Es war auch vernünftig, dass die Parteien erklärten, sie seien nach Vollzug der Vereinbarung in güterrechtlicher Hinsicht auseinandergesetzt und hätten nichts mehr voneinander zu fordern. In dieser Erklärung ist auch die Bereitschaft der Parteien

#### **E. 17**

zu sehen, die vom beauftragten Schätzer ermittelten Werte zu anerkennen und die Sache als endgültig erledigt zu betrachten. Es konnte sicher nicht die Meinung sein, diese

Angelegenheit erneut in Frage zu stellen und über die Schätzwerte erneut eine Diskussion zu beginnen. Es ist daher geradezu abwegig, dem Anwalt zum Vorwurf zu machen, dass er die Sache nach Eingang der Schätzung nicht wieder neu aufgerollt hat. Abgesehen davon stellt sich auch die Frage, wie ein Schaden bewiesen werden soll, wenn der Schätzung eines Fachmannes auf diesem Gebiet einfach eigene Zahlen gegenüber gestellt werden. Auch in diesem Punkt besteht daher keine grosse Wahrscheinlichkeit, dass A. mit ihrer Schadenersatzklage durchzudringen vermöchte. c) Der Rechtsvertreter von A. kündigte Rechtsanwalt D. in seinem Schreiben vom 26. November 2004 an, er mache für seine Klientin für die Kosten von Reparaturen an der Nähmaschine einen Betrag von Fr. 496.80 und für solche an der Strickmaschine von Fr. 888.--, insgesamt unter diesem Titel also Fr. 1'384.80 nebst 5 % Zins seit dem 1. September 1999 geltend. Dieser Betrag bildet denn auch Teil des mit der Klage gegen Rechtsanwalt D. geforderten Gesamtbetrages von Fr. 36'426.50. Zu dieser Position ist festzustellen, dass in der Vereinbarung vom 17. März 1997 von Reparaturkosten für schadhafte Mobiliar und defekte Gerätschaften nirgends die Rede ist; es ging in der güterrechtlichen Auseinandersetzung also offenbar allein um die Aufteilung all dieser Gegenstände im Zustand, in welchem sie sich zu diesem Zeitpunkt befanden, hingegen nicht um irgendwelche Reparaturansprüche; bei der verlangten Entschädigung für Reparaturkosten handelt es sich also um ein neues, über die Vereinbarung hinausgehendes Begehren. Es lässt sich denn auch schlicht nicht nachweisen, dass B. die Beschädigungen verursacht hat, können doch die reparierten Schäden auf alle mögliche Arten entstanden sein; dass die Geräte in einwandfreiem Zustand waren, als die Klägerin aus der ehelichen Wohnung auszog, ist eine reine Behauptung, für die jeder Beweis fehlt. Die fragliche Forderung dürfte aber ohnehin von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg sein, weil schlechterdings kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Anwalts und der angeblichen Schädigung ersichtlich ist. Selbst wenn sich Rechtsanwalt D. mit Bezug auf die Instanzierung eines Nachverfahrens eine Sorgfaltsverletzung vorwerfen lassen müsste (was nach dem oben Gesagten nach Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses nicht der Fall ist), liesse sich daraus nichts für die hier zur Diskussion stehende Forderung gewinnen, scheiterte doch die Klage nicht daran, dass geltend gemachte Ansprüche ungenügenden beziffert worden wären, es wurden vielmehr die Voraussetzungen für ein Nachverfahren, also die Lückenhaftigkeit des Scheidungsurteils, als nicht gegeben betrachtet. Unter welchem Gesichtspunkt

#### **E. 18**

man also die Forderung für die Reparaturarbeiten auch beurteilt, vermag man kein Argument zu erkennen, das für eine Gutheissung der entsprechenden Klage sprechen würde. d) Der klägerische Anwalt macht in seiner Schadenersatzklage schliesslich als letzte Position sein bisher aufgelaufenes Honorar als vorprozessualen Schaden geltend und beziffert diesen auf Fr. 8'037.50. Nachdem alle drei oben beurteilten Schadenspositionen als wenig erfolgversprechend zu betrachten sind, könnte die Beschwerdeführerin selbstverständlich auch für diesen Teil der Klage nicht mit einem positiven Urteil rechnen, kann doch für die Geltendmachung einer aussichtslosen Sache offensichtlich keine Entschädigung geschuldet sein. 4. Bei Abwägung aller bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegenden Argumente und der sich aus den beigezogenen Akten ergebenden Fakten gelangt der Kantonsgerichtsschuss zum Schluss, dass das von A. gegen ihren früheren Rechtsvertreter eingeleitete Schadenersatzverfahren kaum Aussicht auf Erfolg haben kann, so dass das Bezirksgerichtspräsidium Maloja zu Recht verfügt hat, dass die unentgeltliche Pro-

zessführung für dieses aussichtslose Verfahren nicht bewilligt werden kann. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. III. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Kantonsgerichts ausschusses zu Lasten der Beschwerdeführerin, wobei in Fällen wie dem vorliegenden ein so genannter Sozialtarif zur Anwendung gelangt.

#### **E. 19**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss:

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