

GR_GERICHTE ZK2 2022 57 vom 6. Juni 2023

GR Gerichte, 2023-06-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2022_57

FR: GR_GERICHTE ZK2 2022 57 du 6 juin 2023

IT: GR_GERICHTE ZK2 2022 57 del 6 giugno 2023

Regeste

Revision | Beschwerde übrige Fälle

Erwägungen

E. 9

/ 20 immerhin klargestellt, dass nicht nur eine vor Gericht erklärte, zu Protokoll genommene und von der Partei unterzeichnete Erklärung gültig ist), wenn wie hier ein anderer Formfehler geltend gemacht wird, wenn das Gericht bei mehreren Prozessen einen Klagerückzug dem falschen Dossier zurechnet, oder wenn etwa die in einem Vergleich vereinbarte Frist abgelaufen ist und die Referentin des Gerichts irrtümlich annimmt, es sei eine Widerrufs-Frist gewesen, während die Parteien vereinbart hatten (was vorkommt und erlaubt ist), der Vergleich solle nur gelten, wenn sie ihm bis zu einem bestimmten Datum beide zustimmten – alles das sind Sachverhalte, für welche die auf Willensmängel zugeschnittene Revision nur bedingt passt. Ob in solchen Fällen je nach Streitwert Beschwerde oder Berufung zulässig sein sollen (dazu Markus Kriech, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Dike-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 18 f. zu Art. 241 ZPO, und dort genannte Zitate und Entscheide) oder ob das Bundesgericht das ausschliessen wird, muss sich weisen. Die Frage kann heute offen bleiben. Klarzustellen ist immerhin, dass es bei der in Frage stehenden Revision im Sinne von Art. 328 ff. ZPO nicht um die Revision geht, welche dem Vertreter der Beschwerdeführerin aus seiner Praxis vertraut sein dürfte: die Revision des P._____ Rechts führt zur Überprüfung des angefochtenen Entscheides durch die obere Instanz (§§ 542 ff. D-ZPO), während die Schweizerische Zivilprozessordnung ein zweistufiges Verfahren derjenigen Instanz vorsieht, welche den Entscheid gefällt hat: (zuerst) die "Revision" als Aufhebung des Entscheides und (erst) dann der neue Entscheid über die Sache (Art. 332 ZPO, Art. 333 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu auch Ivo Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Dike-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Kommentierung zu Art. 332 und 333 ZPO passim). 1.3. Wenn das Verfahren wie hier dem Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) untersteht, sind Berufung und Beschwerde keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie dienen vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheids und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Die das Rechtsmittel führende Partei hat den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen (darum sind die pauschalen Verweise von Rechtsanwalt N._____ in der Beschwerdeschrift act. A.1 S. 4 untere Mitte unzulässig und nutzlos). Das Bundesgericht

formuliert es so:

E. 10

/ 20 (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Das Bundesgericht ist mit den Anforderungen streng: neuestens kritisierte es, das Kantonsgericht hätte in seinem Urteil ZK2 21 27 vom 15. März 2022 nicht solche Argumente und Behauptungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigen und würdigen dürfen, welche in der Berufung nicht ausdrücklich wiederholt worden seien (BGer 4A_186/2022 v. 22.8.2022 E. 4.4.1). Soweit das Rechtsmittel dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). 2.1. Rechtsanwalt N._____ macht für die Beschwerdeführerin geltend, das von dieser am 14. Februar 2022 unterzeichnete Schriftstück stelle keinen Klagerückzug dar, denn man könne keine Klage zurückziehen, von der man "keine Ahnung" habe (act. A.1 S. 3 f.). Das ist nicht schlüssig. Aus dem Papier geht hervor, dass die Beschwerdeführerin erklärte, von der in ihrem Namen eingereichten Klage gegen die B._____ nichts zu wissen. Ob das zutrifft oder nicht, ist hier noch nicht wesentlich, ebenso wenig, ob ihr Anwalt ihr Papiere vorlegte, welche sie unbesehen unterschrieb, und ob er hohe Honorarforderungen stellte. Sie erklärte aber weiter, sie sei mit der Klage gegen die B._____ "nicht einverstanden" und gab dazu auch eine Begründung: ihr verstorbener Mann habe nie beabsichtigt, dass das Darlehen zurückzuzahlen sei. Vielmehr habe er gewollt, dass das Darlehen nicht verzinslich und nicht rückzahlbar sei (RG-act. III/2 im Dossier 115-2022-3). Gewiss hätte die Beschwerdeführerin den "Rückzug" der Klage mit diesem technischen Begriff des Prozessrechts erklären können. Nach Art. 18 OR und Art. 52 ZPO kommt es aber nicht auf die Worte an, sondern auf den Sinn, welcher diesen Worten nach Treu und Glauben beigemessen werden kann und muss. Das bedeu-

E. 11

/ 20 tet hier, dass die Beschwerdeführerin eine von Rechtsanwalt N._____ in ihrem Namen eingereichte Klage zurückziehen wollte. So hat es das Regionalgericht verstanden, und daran ist nichts auszusetzen. 2.2. Mit der Beschwerde wird bemängelt, dass die fragliche Erklärung nicht durch den Anwalt der Klägerseite, sondern durch die beklagte Partei dem Gericht zugeleitet worden sei. Das ist durchaus ungewöhnlich. Rechtsanwalt N._____ räumt aber richtig ein, dass ihm als Vertreter der klagenden Partei kein eigenes rechtliches Gehör zustand. Er ist als Prozessanwalt Beistand, nicht Vormund seiner Partei, welche ihre Handlungsfähigkeit mit dem Erteilen der Vollmacht nicht einbüsst (dazu statt Vieler Tanja Domej, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar zur ZPO, 3. Aufl.,

Basel 2021, N 7 zu Art. 68 ZPO). Es kann für das Gericht durchaus unpraktisch sein, wenn eine Partei und ihr Vertreter unab- hängig voneinander und möglicherweise widersprüchliche Eingaben machen; dem ist aber mit geeigneten Massnahmen der Prozessleitung zu begegnen und nicht damit, dass Eingaben der Partei selber nicht beachtet werden. Wenn das Einver- nehmen von Anwalt und Partei getrübt ist (dazu gäbe es Anlass, vgl. nachstehend E. 2.7), ist das deren internes Problem und hat das Gericht so lange nicht zu in- teressieren, als nicht der begründete Verdacht aufkommt, der Anwalt handle nicht im Auftrag der Klientin, sein Handeln sei also von der Vollmacht nicht gedeckt. Das Regionalgericht hat durchaus nicht einen Klagerückzug der beklagten Partei zur Basis des Abschreibungsentscheides genommen, wie die Beschwerde zu in- sinuieren sucht, sondern eine von der klagenden Partei unterzeichnete Erklärung. Diese Erklärung kam zustande im Rahmen einer Besprechung/Beratung von A._____ mit und durch I._____ und Rechtsanwalt G._____. Sofern letzterer dem schweizerischen Anwaltsverband/SAV angehört, könnte ein solches Vorgehen möglicherweise gegen Art. 28 der Standesordnung des SAV verstossen. Danach darf ein Anwalt mit einer anwaltlich vertretenen Gegenpartei ohne Einwilligung von deren Anwalt nicht direkt Kontakt aufnehmen. Ob dies auch dann gilt, wenn Rechtsanwalt G._____ gegenüber der heutigen Beschwerdeführerin am 14. Februar 2022 nicht als Anwalt, sondern als Organ der Beschwerdegegnerin aufgetre- ten war, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden. Die Standesordnung des SAV ist kein Bestandteil des staatlichen Prozessrechts. Im staatlichen Anwalts- recht gibt es eine solche Bestimmung nicht (Art. 13 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes des Kantons Graubünden [BR 310.100] und Art. 12 BGFA [SR 935.61]). Der Weg der Erklärung ans Gericht und ins Prozessdossier über Rechtsanwalt G._____ als Organ und dann über den Prozessanwalt der beklagten Partei (welcher die Er- klärung dem Regionalgericht mit der Klageantwort einreichte) war unkonventionell,

E. 12

/ 20 vom Prozess- und vom staatlichen Anwaltsrecht her aber nicht verboten und zu- dem von der Sache her nicht unverständlich: die damalige Klägerin und heutige Beschwerdeführerin A._____ brachte in der Erklärung zum Ausdruck, sie sei mit einer Prozessführung durch Rechtsanwalt N._____ nicht einverstanden. Der aus der Sicht einer mit dem Prozessrecht vertrauten Person nächstliegende Weg wäre gewesen, dass sie dem Anwalt das Mandat entzogen und dann selber oder durch einen neuen Vertreter die Klage zurückgezogen hätte. Sie mag gehofft haben (oder das könnte die Meinung der sie in jenem Zeitpunkt beratenden Personen gewesen sein), wenn sie erkläre, von dem Prozess gar nichts zu wissen, müsse sie keine Kosten tragen (Art. 108 gegenüber Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO; der Hin- weis darauf findet sich in der Eingabe der beklagten Partei an das Regionalgericht vom 2. März 2022, RG-act. I/2 im Dossier 115-2022-3 S. 3 oben). Zu Recht hat es das Regionalgericht allerdings nicht so gesehen, denn Rechtsanwalt N._____ konnte sich auf eine Vollmacht stützen, und auch an eine ungelesen unterzeichne- te Urkunde ist die Unterzeichnerin mindestens fürs Erste gebunden. Aus der ge- gebenen Situation heraus lässt sich aber durchaus plausibel nachvollziehen, wes- halb die heutige Beschwerdeführerin nicht den Weg über Rechtsanwalt N._____ wählte, sondern ihre Erklärung Rechtsanwalt G._____ als dem Organ der beklag- ten Partei gleichsam als einem Boten übergab. Letztlich kommt es einzig darauf an, dass die heutige Beschwerdeführerin als damalige Klägerin den Rückzug ihrer Klage schriftlich, das heisst mit ihrer Unterschrift versehen, erklärte (Georg Naege- li/Roman Richers, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 6 zu Art. 241 ZPO). 2.3. Mit der Beschwerde

wird behauptet, die heutige Beschwerdeführerin habe der Einführung ihrer Erklärung in den damaligen Prozess nicht zugestimmt (act. A.1 S. 2 unten). Das lässt sich nicht annehmen bei einer objektiven Würdigung der Erklärung und angesichts des Umstandes, dass sie das Papier unstreitig Rechts- anwalt G. _____ als dem Organ der beklagten Partei übergab. Nähere Behauptun- gen, welche den Standpunkt stützen könnten, lässt die Beschwerde ebenso ver- missen wie irgendwelche Beweismittel dazu. Auf den Punkt kann daher nicht näher eingegangen werden. Weshalb das Regionalgericht hätte stutzig werden sollen, die Echtheit der Unter- schrift auf der Erklärung und den Erklärungswillen der unterzeichnenden Person hätte überprüfen müssen, und was es damit auf sich haben könnte, dass die Be- schwerdeführerin schlecht sehen soll (act. A.1 S. 3), ist unerfindlich. Die Be- schwerde führt das nicht näher aus, bleibt damit völlig unsubstanziert, und sie lässt auch hier jegliche Beweisangebote vermissen. Insbesondere wird die Echt-

E. 13

/ 20 heit der Unterschrift auf der fraglichen Erklärung nicht bestritten – und das Regio- nalgericht erwägt zu Recht, sollte der Standpunkt der heutigen Beschwerdeführe- rin nach der Beratung durch Rechtsanwalt N. _____ gewesen sein, ihre Unter- schrift sei gefälscht worden, wäre ein Widerruf des Rückzugs (dazu nachstehend) nicht zu verstehen. Was aus der angeblich eingeschränkten Sehkraft abgeleitet werden soll, führt die Beschwerde nicht aus, und zum angeblich fehlenden Er- klärungswillen (auch das ohne Beweisangebot) wurde das Nötige bereits ausge- führt. Im Übrigen hätten eher die Einleitung und die Begründung der Klage an sich zu kritischen Überlegungen Anlass geben können, wobei nach Schweizer Recht immerhin die Urteilsfähigkeit erwachsener Personen vermutet wird (Art. 16 ZGB) und nur schon die Achtung vor der Persönlichkeit der Betroffenen Zurückhaltung mit der Annahme des Gegenteils und mit entsprechenden Massnahmen gebietet (dazu nachstehend E. 2.7). 2.4. Der Revisionsgrund von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO, auf den sich Rechtsan- walt N. _____ als "Verfahrensbevollmächtigter" der Beschwerdeführerin vor Regio- nalgericht berief, nämlich die Unwirksamkeit einer Parteierklärung, wird in der Pra- xis meistens als Folge eines Willensmangels im Sinne von Art. 23 ff. OR geltend gemacht. Andeutungsweise ist das Inhalt der Beschwerde, wenn diese ausführt, die beklagte Partei habe das Papier vorbereitet und an dem besagten Abend mit- gebracht. Die Beschwerdeführerin sei "übers Ohr gehauen" worden. Sie habe nicht mitbekommen, was ihr Rechtserhebliches "untergeschoben" worden sei. Es liege insoweit schon keine Willenserklärung vor. Sie habe im Grunde "nur eine Handbewegung vollzogen" (act. A.1 S. 4). Wann und wie er diese schwer wiegen- den Anschuldigungen schon dem Regionalgericht vorgetragen habe, und dass dieses sie zu Unrecht nicht beachtet habe, führt Rechtsanwalt N. _____ nicht aus ■ die Behauptungen sind daher nur schon aus prozessualen Gründen als un- zulässige Noven unbeachtlich (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Auch hier nennt die Be- schwerde zudem keine Beweismittel und führt nicht aus, welche dem Regionalge- richt gegenüber offerierten Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen worden seien. Ein Blick in das Revisionsgesuch zeigt überdies, dass Rechtswalt N. _____ in der ersten Instanz abgesehen vom nachstehend zu diskutierenden Widerruf schon dort überhaupt keine Beweismittel nannte (RG-act. I/1 im Dossier 115- 2022-30). Ein Willensmangel scheidet aus. 2.5. Mit der Beschwerde wird bemängelt, dass das Regionalgericht das Papier, welches es als Rückzug der Klage durch die klagende Partei wertete, dieser nicht zur Stellungnahme zugestellt habe, wie es mit allen Prozesseingaben geschehen müsse. Das Argument ist nicht leicht zu verstehen und etwas wunderlich. Das

E. 14

/ 20 rechtliche Gehör verlangt, dass einer Partei alle Eingaben und Erklärungen des Gegners zur Kenntnis zu bringen sind. Hier ging es um eine Erklärung der Klägerin A. _____ selbst. Wenn das Regionalgericht annehmen durfte und musste, die Erklärung sei echt und ernst gemeint (und nach den vorstehenden Erwägungen durfte und musste das Regionalgericht das), wäre es einigermassen widersinnig gewesen, die Autorin zu einer Stellungnahme aufzufordern. Im Übrigen irrt Rechtsanwalt N. _____, wenn er glaubt, die Gerichte müssten ausnahmslos alle Eingaben und Erklärungen den (gemeint offenbar: beiden) Parteien zur Kenntnis bringen; danach müsste man also jede Rechtsschrift eines Anwaltes seiner eigenen Partei zustellen und diese fragen, ob das so in Ordnung sei. Das schweizerische Prozessrecht sieht das nicht vor. Zuzustellen sind Eingaben der Gegenpartei. Und auch das gilt nur so weit, als gestützt auf solches Material mindestens potentiell zu Ungunsten der Partei entschieden werden kann – darauf stützt sich das vom Bundesgericht entwickelte "Recht auf das letzte Wort", welches mit der Änderung der ZPO vom 17. März 2023 kodifiziert werden wird (Art. 53 Abs. 3 ZPO/2023, noch nicht in Kraft gesetzt). Absolut verstanden würde das dazu führen, dass kein Prozess mehr abgeschlossen werden könnte; weil immer zuerst noch einmal die andere Partei zum Wort kommen müsste. Das Bundesgericht hat daher entschieden, wer von einem Entscheid nicht beschwert sei, könne sich nicht darüber beklagen, dass er keine Gelegenheit zur Äusserung erhielt (BGer 5A_849/2015 v. 27.6.2016 E. 3, für den Fall des Verzichts auf eine Rechtsmittelantwort, aber durchaus generell zu verstehen). Im heute zu beurteilenden Fall hat die klagende Partei den Rückzug ihrer Klage erklärt, und gemäss dieser Erklärung wurde das Verfahren abgeschrieben. Ihr rechtliches Gehör verlangte nicht, dass sie sich zu dieser ihrer eigenen Erklärung noch einmal äussern konnte. Das Gericht hätte nur dann nicht auf den Rückzug der Klage abstellen dürfen, wenn es begründete Zweifel an der Authentizität und/oder der Ernsthaftigkeit der Erklärung gehabt hätte oder bei gehöriger Sorgfalt hätte haben müssen (Art. 52 ZPO und analog aus Art. 3 Abs. 2 ZGB). Das wurde vorstehend abgehandelt und verneint. Es rechtfertigen sich allerdings noch zwei Ergänzungen: 2.6. Mit der im Sachverhalt lit. F wiedergegebenen schriftlichen Erklärung widersprach die heutige Beschwerdeführerin und vormalige Klägerin ihren Klagerückzug. Eine Parteierklärung, welche von Gesetzes wegen den Prozess beendet (Art. 241 Abs. 2 ZPO), ist bedingungsfeindlich und unwiderruflich (Georg Naegeli/Roman Richers, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 7 zu Art. 241 ZPO). Allerdings ist sie auch empfangsbedürftig. Das ist

E. 15

/ 20 kein Problem, wenn sie in mündlicher Verhandlung zu Protokoll gegeben und unterzeichnet wird, wie das der vom Gesetzgeber vorgesehene Normalfall ist (Art. 241 Abs. 1 ZPO). In der Praxis sind aber Erklärungen, welche dem Gericht per Post zugestellt werden, mindestens ebenso häufig, und sie sind zulässig (Naegeli/Richers, a.a.O., N 5 zu Art. 241 ZPO). Allerdings kann es keine und erst recht keine unmittelbaren Wirkungen haben, wenn eine Partei irgendwo auf der Welt eine Erklärung zu Papier bringt und unterzeichnet. Ausser bei der eigenhändigen letztwilligen Verfügung müssen Willenserklärungen dem oder den Adressaten gegenüber manifestiert werden, sei es mündlich, schriftlich oder konkludent. Ebenso wie eine von der Partei oder ihrem Anwalt verfasste und unterzeichnete Rechtsschrift keine Wirkung hat, so lange sie in der Kanzlei des Anwaltes liegen bleibt, muss eine den Prozess erledigende Erklärung im Sinne von Art. 241 ZPO dem Gericht

zugeleitet werden. Erst damit ■ dann aber sofort ■ wird sie wirksam, und kann sie nur noch unter bestimmten Voraussetzungen angefochten oder untech- nisch gesprochen zurückgenommen werden (Art. 23 ff. OR, Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO; vgl. dazu auch Laurent Killias, Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, N 31 zu Art. 241 ZPO). Unter diesem Aspekt ist es nicht ohne Weiteres einleuchtend, dass die damalige Klägerin und heutige Beschwerdeführerin das Papier, mit welchem sie den Rück- zug der Klage beim Regionalgericht erklärte, nicht in einen an das Gericht adres- sierten Briefumschlag steckte und der Post übergab, allenfalls eingeschrieben. Die Erledigung des Prozesses wäre diesfalls am Dienstag 15. oder am Mittwoch 16. Februar 2022 wirksam geworden. Sie oder die sie beratenden Personen mögen angenommen haben, da der beklagten Partei die Frist zur Klageantwort erstreckt werden konnte und dann tatsächlich bis zum 3. März 2022 lief (dazu RG-act. IV/4 im Dossier 115-2022-3), habe es keine Eile. Das hätte die mit der schriftlichen Er- klärung an jenem Abend verbundene Absicht allerdings vereiteln können: Die empfangsbedürftige Erklärung zeitigt wie gesehen keine Wirkungen, so lange sie nicht "ge-äussert", also nach aussen dem Adressaten erklärt worden ist. Sie kann daher bis zu diesem Zeitpunkt zurückgenommen, widerrufen werden: Art. 9 OR bestimmt das für die gegenseitigen Willenserklärungen beim Vertragsschluss, aber es drückt ohne Weiteres ein allgemeines Prinzip aus (Corinne Zellweger- Gutknecht, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum OR, 7. Aufl., Basel 2020, N 6 zu Art. 9 OR), das auch für den Zivilprozess Geltung bean- spruchen kann. Die damalige Klägerin und heutige Beschwerdeführerin unter- zeichnete die Erklärung, sie wolle an Erklärungen zum Rückzug von Prozessen nicht festhalten, am 18. Februar 2022. Weshalb sie diese Erklärung nicht sofort an

E. 16

August 2022 zur Kenntnis, als der Rückzug schon längst dem Gericht einge- reicht worden war und damit von Gesetzes wegen (Art. 241 Abs. 2 ZPO) seine Wirkung entfaltet hatte. Ob Rechtsanwalt N._____ seine Klientin hätte darauf auf- merksam machen müssen, und ob er als ihr Anwalt mit dieser Unterlassung eine pflichtgemässe Sorgfalt versäumt hat, ist hier nicht zu entscheiden. 2.7. Und ein Letztes: wollte man annehmen, das Regionalgericht hätte erkennen können und müssen, die damalige Klägerin A._____ sei nicht in der Lage, ihre Sache zu führen und einen seiner Aufgabe gewachsenen Anwalt zu mandatieren, wäre ein Vorgehen nach Art. 69 ZPO denkbar gewesen. Für eine Massnahme des Erwachsenenschutzrechts fehlten jegliche Anhaltspunk- te, namentlich auch unter Berücksichtigung der fundamentalen Prinzipien der Subsidiarität aller Massnahmen und der Selbstbestimmung der betroffenen Per- son (Art. 388 Abs. 2 und Art. 389 Abs. 2 ZGB). Wenn schon, hätte es näher gelegen, für A._____ von Amtes wegen eine Anwältin oder einen Anwalt zu bestellen, mit der Überlegung, dass Rechtsanwalt N._____ im Prozess gezeigt hatte, dass er das anwendbare Verfahrensrecht nicht ausrei- chend kennt. Neben der nachstehend auszuführenden Problematik der Klage überhaupt war der Antrag zur vorzeitigen Vollstreckung rechtlich unmöglich: die vorzeitige Vollstreckbar-Erklärung eines berufungsfähigen Entscheides durch die urteilende Instanz gibt es nicht; die neuen Bestimmungen der ZPO/2023 zu ent- sprechenden Kompetenzen in gewissen Ausnahme-Fällen konnte Rechtsanwalt N._____ nicht kennen, sie wurden erst am 17. März 2023 beschlossen, der Zeit- punkt des Inkrafttretens ist noch nicht festgelegt, und sie spielten im Verfahren des Regionalgerichts zur Sache keine Rolle. Der Wunsch nach Dispensierung der Mandantin von einer mündlichen Hauptverhandlung lässt befürchten, dass Rechtsanwalt N._____ Art. 68 ZPO nicht kennt (der in der Klageschrift ganz am Ende

angerufene Art. 204 ZPO betrifft das Schlichtungsverfahren, wo mit gutem Grund die persönliche Anwesenheit der Parteien verlangt ist). Auch das Ansinnen Rechtsanwalt N._____ gegenüber dem Regionalgericht, ihm bei Bedarf Unterstützung in der Prozessführung zu geben (RG-act. I/1 S. 5 unter der Mitte im Dossier

E. 17

/ 20 115-2022-3), war unprofessionell; das Bundesgericht wendet Art. 56 ZPO nur auf selber unbeholfene, nicht aber auf unbeholfen vertretene Parteien an (BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014). ■ Die konstante Praxis unterstellt die Massnahmen von Art. 69 Abs. 1 ZPO allerdings ohnehin der Voraussetzung von Art. 117 lit. b ZPO: dass der Prozess nicht aussichtslos sein darf. "Aussichtslos" ist dabei nicht absolut und gleichsam naturwissenschaftlich zu verstehen. Entscheidendes Kriterium ist das Verhältnis von Gewinnchancen und Verlustgefahren: ist dieses so ungünstig, dass sich eine vernünftige Partei bei rationaler Überlegung ■ und, so ist zu ergänzen: bei sorgfältiger und professioneller Beratung durch eine Fachperson wie einen Anwalt ■ auf den Prozess nicht einliesse, ist ihre Position im Sinne des Gesetzes aussichtslos (BGE 142 III 148 E. 5.1). Rechtsanwalt N._____ verlangte mit der Klage vom 19. Januar 2022 namens der Klägerin und heutigen Beschwerdeführerin die Zahlung von CHF 1 Mio. Er stützte sich darauf, dass sie Erbin von C._____ ist, und dass dieser der Beklagten CHF 4 Mio. überwiesen hatte. Davon verlangte er eine Million zurück. Es gebe keinen Grund, weshalb die Beklagte das Geld dauerhaft behalten dürfe. Jedes Darlehen sei kündbar, und wenn es das nicht sei, liege eine Schenkung vor. C._____ sei bei Abschluss des Vertrages 81 Jahre alt und in seiner Kritikfähigkeit vermutlich eingeschränkt gewesen, und er sei über die Tragweite der vorgesehenen Überweisungen ■ im Zusammenhang offenkundig gemeint: von Rechtsanwalt G._____ ■ nicht ausreichend informiert worden (RG-act. A.1 im Dossier 115-2022-3). Dass ein 81-jähriger Mann seiner Sinne generell nicht mehr mächtig sei, ist eine kühne Behauptung. Sie widerspricht der gesetzlichen Vermutung der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB). Dass Rechtsanwalt N._____ entgegen Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO dafür kein einziges Beweismittel nannte, gefährdete einen Erfolg der Klage, auch wenn dem Mangel in der Replik noch hätte abgeholfen werden können (Art. 229 ZPO). Aufgrund welcher Überlegungen und aufgrund welcher Beratung durch Rechtsanwalt G._____ C._____ die Zahlungen an die B._____ vorgenommen hatte, legt die Klage nicht dar. Nach den Akten wollte C._____, der auf Erben keine Rücksicht nehmen musste und wollte, sein offenbar beträchtliches Vermögen nach seinem Tod den Tieren gewidmet wissen. Dafür gründete er noch zu Lebzeiten eine Stiftung, und in diese brachte er die B._____ ein, welche ihrerseits das Anwesen auf J._____ hielt. Dieses letztere wollte C._____ für sich und seine Partnerin/Frau zeit seines und ihres Lebens nutzen können, und dafür stattete er die B._____ mit beträchtlichen Mitteln aus. Was daran problematisch sein soll, legt Rechtsanwalt N._____ in der Klage nicht dar und ist nicht zu erkennen. Gemäss

E. 18

/ 20 dem Vertrag, gestützt auf welchen Rechtsanwalt N._____ für die Klägerin/Beschwerdeführerin von der B._____ eine Million Franken fordert, ist eine (Rück-)Zahlung dieses Betrages an den Zahlenden und damit auch an seine Erbin, die in die Rechte des Erblassers eingetreten ist, gerade ausgeschlossen. Die Zuwendung bildete gemäss Vertrag die Gegenleistung für das lebenslängliche, unentgeltliche und alleinige Wohnrecht des Zuwendenden und seiner Partnerin/Ehefrau (RG-act. II/1/4 im Dossier 115-2022-3). Das ist ohne Weiteres zulässig, nach dem Grundsatz im schweizerischen

Schuldrecht, dass man alles vereinbaren darf, was nicht verboten ist (Art. 19 OR). Die Partnerin/Ehefrau des Zuwendenden lebt und nimmt offenkundig die Nutzung der Liegenschaft in Anspruch: so fordert Rechtsanwalt N._____ wie gesehen in ihrem Namen den rollstuhlgängigen Ausbau des Objektes ein (RG-act. II/1/7 im Dossier 115-2022-3). Weshalb das Darlehen zur Rückzahlung fällig geworden sein könnte, ist unerfindlich. Die beiläufige Bemerkung Rechtsanwalt N._____ in der Klage, diese Rückzahlung "dürfte sich" aus Schadenersatz ableiten lassen, wird nicht weiter erläutert und überzeugt nicht. Schaden im Rechtssinne ist die unfreiwillige Verminderung des Vermögens, und C._____ wollte der B._____ die vier Millionen zukommen lassen. Rechtsanwalt N._____ glaubt, die Überweisung der CHF 1 Mio. sei richtig besehen eine Schenkung. Das leuchtet nicht ein. Es ist daran zwar so viel richtig, als es nach Art. 18 OR nicht auf den Wortlaut, sondern auf den tatsächlichen Willen der Beteiligten ankommt. Selbst wenn aber eine Schenkung beabsichtigt gewesen sein sollte (was die Beschwerdeführerin jedenfalls beim Verfassen der vorstehend diskutierten Erklärung vom 14. Februar 2022 ausdrücklich anders sah, und was auch ausblenden würde, dass die Parteien des Vertrages das Geld ausdrücklich als Gegenleistung für das lebenslange Nutzungsrecht bezeichneten), oder wenn die Vereinbarung der damaligen Parteien unter rechtlichen Aspekten als Schenkung zu beurteilen wäre (Art. 57 ZPO), bliebe unerklärt, weshalb eine Schenkung unzulässig oder unwirksam gewesen sein sollte. Im gegenwärtigen Zeitpunkt ist die Forderungsklage aussichtslos im Sinne des Prozessrechts. Nach dem Tod der zweiten am Anwesen in J._____ Nutzungsberechtigten wird sich die Frage stellen, was mit dem aufgrund des Darlehens an die B._____ überwiesenen Geld geschehen soll, soweit es nicht zweckbestimmt verbraucht worden ist. Dafür enthält der Darlehensvertrag nur teilweise eine Vorschrift: was am Teilbetrag von CHF 1,5 Mio. nicht für die Bedürfnisse der Nutzungsberechtigten verwendet wurde, soll der Stiftung überwiesen werden. Für den Restbetrag der anderen CHF 1,5 Mio., welche für die laufenden Kosten der Darlehensnehmerin sowie für die Kosten der Liegenschaft bestimmt sind, fehlt eine Vorschrift ebenso wie für die im heute aktuellen Verfahren eingeklagten CHF 1 Mio. Man könnte annehmen,

E. 19

/ 20 sinngemäss müssten auch diese Beträge der Stiftung überwiesen werden. Das ist aber wohl insofern wenig problematisch, als C._____ der Stiftung bekanntlich neben einem Barbetrag alle Aktien der B._____ zugewendet hat. Solche allfälligen künftigen Fragen können heute allerdings offen bleiben. 2.8. Damit ist die Beschwerde ohne Weiterungen abzuweisen. 3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. In Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerden beträgt die Entscheidgebühr gemäss Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) CHF 500.00 bis CHF 8'000.00. Vorliegend wird angesichts der Sach- und Rechtsfragen, die zu beurteilen waren, eine Gebühr von CHF 4'000.00 erhoben. Die Beschwerdegegnerin reichte für das Beschwerdeverfahren keine Honorarnote ein. Damit ist die Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO nach Ermessen festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 der Honorarverordnung BR 310.250). Für den Vertreter der Beschwerdegegnerin, welcher mit der Problematik bereits vertraut war, kann das Verfassen der kurzen Antwort auf die Beschwerde keinen besonderen Aufwand dargestellt haben. Die Entschädigung ist inklusive Spesen und Mehrwertsteuer auf CHF 2'000.00 festzusetzen. Ob der Anwalt der Beschwerdeführerin seiner Klientin für diese Kosten aus unsorgfältiger Mandatsführung

haftet, ist Sache des internen Verhältnisses der bei- den.

E. 20

/ 20

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