

KGVS C3 09 12

KGE (Kassationsbehörde) vom 26. Mai 2009 i.S. X. c. Y., Z. und Co.

Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 ZGB): Voraussetzungen; Vollmachterteilung über die Handlungsunfähigkeit hinaus (Art. 35 OR und Art. 405 OR)

- Die Vertretung im Prozess als dringende Angelegenheit i.S.v. Art. 392 Ziff. 1 ZGB (E. 3a).
- Das Unvermögen zu handeln i.S.v. Art. 392 Ziff. 1 ZGB ist nicht gleichzusetzen mit der Handlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 13 ZGB. Handeln durch einen bereits bestellten Stellvertreter schliesst Verbeiständung aus (E. 3b/aa).
- Fehlen der Voraussetzungen für eine Prozessbeistandschaft im konkreten Fall und Bejahung der Prozessfähigkeit (E. 3b/bb).
- Bei vorgängiger Vereinbarung erlischt die Vollmacht bei Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht (Art. 35 Abs. 1 OR und Art. 405 Abs. 1 OR; E. 3b/cc).

Curatelle de représentation (art. 392 CC): conditions; effet de la procuration malgré la survenance de l'incapacité du mandant (art. 35 et 405 CO)

- La représentation en justice en tant qu'affaire urgente au sens de l'art. 392 ch. 1 CC (consid. 3a).
- L'incapacité d'agir au sens de l'art. 392 ch. 1 CC n'est pas comparable à l'incapacité de discernement au sens de l'art. 13 CC. L'intervention d'un représentant préalablement désigné exclut toute curatelle de représentation (consid. 3b/aa).
- Absence des conditions nécessaires à une curatelle de représentation en justice en l'espèce et admission de la capacité d'ester (consid. 3b/bb).
- Si cela a été convenu préalablement, la survenance de l'incapacité du mandant ne met pas fin au mandat (art. 25 al. 1 CO et 405 al. 1 CO; consid. 3b/cc).

Sachverhalt und Verfahren (gekürzt)

In den Aberkennungsklageverfahren Y., Z. und Co. gegen X. behaupteten die Aberkennungskläger, X. habe auf die Rückzahlung des Darlehens verzichtet, weshalb die Nichtschuld festzustellen sei. Gemäss der auf Antrag hin erlassenen Verfügung vom 10. Juli 2008 war X. auf dem Rogatorialwege im Sinn einer provisorischen Beweisaufnahme nach Art. 159 ZPO einzuvernehmen. Gemäss dem in der Folge von ihrem Rechtsvertreter hinterlegten Arztzeugnis war X. aufgrund ihrer Erkrankung sowie Unfallfolgen weder einvernehmungs- noch reisefähig. Mittels Rechtsbots warfen Z. u. Co. die Frage auf, ob X. im bisherigen Verlauf des Handels prozessfähig resp. ob sie in der Lage war, die notwendige Vollmacht für das Prozessverfahren zu erteilen. Sie beantragten, von Amtes wegen die Prozessfähigkeit festzustellen oder einen Beirat im Sinn von Art. 395 Ziff. 1 ZGB zu bestellen. Y. schloss sich diesen Ausführungen an. Der Rechtsvertreter von X. beantragte in sei-

ner Stellungnahme, die Aberkennungsprozesse unverzüglich gestützt auf die vorliegenden Urkunden weiterzuführen.

Mit Verfügung vom 15. Januar 2005 ersuchte der Bezirksrichter die zuständige Vormundschaftsbehörde, X. einen Prozessbeistand nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB zu ernennen. Gegen diesen Entscheid reichte X. am 2. Februar 2009 eine Nichtigkeitsklage beim Kantonsgericht ein und beantragte dessen Aufhebung.

Aus den Erwägungen

(...)

2. a) Der Bezirksrichter kommt zum Schluss, dass die Voraussetzungen zur Ernennung eines Prozessbeistandes nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB aufgrund ihrer totalen Einvernahmeunfähigkeit gegeben sind. Dabei stützt er sich im Wesentlichen auf die Aktennotiz des Amtsgerichts Luzern-Stadt vom 8. August 2008, wonach der Rechtsanwalt der Nichtigkeitsklägerin telefonisch mitgeteilt habe, dass seine Klientin nicht einvernahmefähig sei, auch nicht direkt im Pflegeheim S. Eine Besserung des gesundheitlichen Zustandes seiner Klientin sei in naher Zukunft nicht zu erwarten. Die Parteieinvernahme von X. ist nach der Überzeugung des Bezirksrichters von erheblicher Bedeutung, da sie als Darlehensgeberin - laut Darlegungen der Kläger - auf die Rückzahlung des Darlehens verzichtet und den Darlehensvertrag vernichtet habe. Für den Fall, dass die Aberkennungsbeklagte eine solche Verzichtserklärung abgegeben habe, sei nicht auszuschliessen, dass sie das nach Unterzeichnung des Schriftstücks «Auftrag und Vollmacht» gemacht habe. Bei diesen Gegebenheiten müsse ein über die Vormundschaftsbehörde ernannter Beistand und nicht ein frei gewählter Rechtsanwalt darüber entscheiden können, ob die Prozesse zu führen seien. Der vormundschaftlich ernannte Beistand könne dann den vor einiger Zeit, eventuell vor der behaupteten Verzichtserklärung, bevollmächtigten Rechtsanwalt mit der Weiterführung der Prozesse beauftragen.

b) Demgegenüber rügt die Nichtigkeitsklägerin, dass die Voraussetzungen für die Ernennung eines Prozessbeistandes nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB nicht gegeben seien. Es handle sich weder um eine dringende Angelegenheit, noch sei die Nichtigkeitsklägerin nicht in der Lage gewesen, einen Vertreter zu bezeichnen.

3. In Art. 392 ZGB werden die Fälle der sogenannten Vertretungsbeistandschaft geregelt. Nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB ernennt die Vormundschaftsbehörde auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen

einen Beistand, wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge Krankheit, Abwesenheit weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag.

a) Art. 392 Ziff. 1 ZGB setzt somit die Erledigung einer zeitlich wie materiell dringenden Angelegenheit voraus. Eine Vertretung im Prozess wird dabei allgemein als dringende Angelegenheit angesehen (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, 3. A., Bern 1984, N. 59 zu Art. 392 ZGB, mit weiteren Hinweisen). Demnach ist das Erfordernis der dringlichen Angelegenheit bezüglich der Vertretung im Prozess abstrakt zu betrachten. Vorliegend ist die Nichtigkeitsklägerin Partei in einem Aberkennungsprozess, womit es notwendigerweise um eine Vertretung im Prozess geht. Deshalb ist, entgegen der Meinung der Nichtigkeitsklägerin, die Dringlichkeit der Angelegenheit gegeben. Insoweit ist die Rüge unbegründet.

b) aa) Eine Vertretungsbeistandschaft ist sodann zu errichten, wenn eine Person in einer einzelnen, bestimmten Angelegenheit nicht selbst handeln kann und auch sonst niemand da ist, der für sie handeln darf und kann. Die betreffende Person ist entweder an sich handlungsfähig oder sie hat, wenn sie handlungsunfähig ist, einen gesetzlichen Vertreter, welcher aber im konkreten Fall nicht handeln darf oder kann (Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. A., Bern 2002, § 6, N. 5). Die Vertretungsbeistandschaft gewährt daher Hilfe, ohne dass die Handlungsfähigkeit beschränkt oder ganz entzogen wird. Sie hat keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit (BGE 115 V 249). Dem hier angerufenen Art. 392 Ziff. 1 ZGB liegt der Tatbestand zu Grunde, dass die handlungsfähige Person faktisch nicht oder nicht in der Lage ist, in einer Angelegenheit zu handeln (Schnyder/Murer, a.a.O., N. 39 zu Art. 392 ZGB). Dieses Unvermögen zu handeln im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB ist somit nicht zu verwechseln mit der Handlungsunfähigkeit, welche nach Art. 13 ZGB e contrario dann vorliegt, wenn die betreffende Person unmündig, entmündigt oder urteilsunfähig ist.

Dem Unvermögen der betroffenen Person, in einer oder mehreren Angelegenheiten selber in zweckmässiger Weise zu handeln resp. faktisch am Handeln wegen Abwesenheit verhindert zu sein (Schnyder/Murer, a.a.O., N. 46 zu Art. 392 ZGB; Langenegger, Basler Kommentar, ZGB I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N. 5 zu Art. 392 ZGB) ist das Unvermögen gleichgestellt, einen gewillkürten Stellvertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR zu ernennen. Ist der Verhinderte in der Lage, durch einen bereits bestellten Stellvertreter zu handeln, darf er nicht verbeiständet werden. Dies gilt insbesondere auch im Zusammenhang mit der Bestel-

lung eines Prozessbeistandes nach Ziff. 1 des Art. 392 ZGB (Schnyder/Murer, a.a.O., N. 47 zu Art. 392 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumojungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 53, N. 4; Langenegger, a.a.O., N. 6 zu Art. 392 ZGB; ZWR 2008 S. 133, E. 3b; Entscheid Verwaltungsrekurskommission SG, V-2006/100, E. 3a). Hat der an sich Handlungsfähige, welcher faktisch am Handeln verhindert ist, bereits einen Vertreter, muss das Unvermögen zu handeln, zusätzlich bei diesem Vertreter gegeben sein, damit eine Beistandschaft indiziert ist (Langenegger, a.a.O., N. 5 zu Art. 392 ZGB).

bb) Das Gesetz zählt Krankheit ausdrücklich als Grund auf, die zu einer Beistandschaft führen kann (Art. 392 Ziff. 1 ZGB). Die Nichtigkeitsklägerin ist unbestrittenermassen alt, krank und einvernahmeunfähig, doch sind aktenmässig keine Anhaltspunkte gegeben, wonach sie zum fraglichen Zeitpunkt nicht in der Lage gewesen wäre, einen Vertreter zu ernennen. Das in den Akten befindliche Schriftstück, woraus die Auftragserteilung und Bevollmächtigung hervorgeht, ist zwar nicht datiert. Der E-Mail vom 13. September 2005 lässt sich jedoch entnehmen, dass die Vollmacht von X. im Rahmen ihres Umzuges vom Spital in das Pflegeheim unterschrieben werden sollte. Dieser Umzug fand am 15. September 2005 statt, und es bestehen keine begründeten Zweifel, dass die Nichtigkeitsklägerin an diesem Tag, bzw. unmittelbar bevor sie ins Altersheim ging, die Auftrags- und Vollmachtserteilung unterzeichnete. Ebenso wenig bestehen Zweifel darüber, dass X. zu diesem Zeitpunkt urteilsfähig und damit handlungsfähig war. Ihr Umzug vom Spital in das Pflegeheim lässt nicht auf eine Handlungsunfähigkeit schliessen, denn wenn jemand von Pflege abhängig ist, beeinträchtigt dies keinesfalls dessen geistigen Fähigkeiten. Die körperlichen Gebrechen mögen zwar ein selbständiges Wohnen verunmöglichen, dies hat aber im Allgemeinen keine Auswirkung auf die Urteilsfähigkeit. Im Übrigen wird die Urteilsfähigkeit vermutet (Riemer, Personenrecht des ZGB, 2. A, Bern 2002, § 3, N. 63). Somit ist erstellt, dass X. im Zeitpunkt der Unterzeichnung besagten Schriftstücks nach Art. 13 ZGB handlungsfähig und in der Lage war, einen Vertreter zu bestellen.

Sie ist demnach auch prozessfähig, denn Prozessfähigkeit ist das Recht, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen. Sie ist die prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit und bestimmt sich deshalb nach materiellem Bundesrecht. Prozessfähig sind daher natürliche Personen, welche gemäss Art. 13 ZGB urteilsfähig und mündig sind (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, S. 138, N. 16 f.). Sinn und Zweck dieses rechtlichen

Grundsatzes ist der Schutz der nicht prozessfähigen Partei, deshalb kann nur der Mangel der eigenen Prozessfähigkeit geltend gemacht werden (Pfammatter, Die zivilprozessuale Nichtigkeitsklage in der Walliser ZPO, Diss. Freiburg 1995, S. 204).

Insoweit ist der Einwand der Nichtigkeitsbeklagten Y. nicht zu hören. Richtig ist zwar, dass nach Art. 199 Abs. 1 ZPO an Stelle der handlungsunfähigen Partei deren gesetzlicher Vertreter befragt wird. Die Nichtigkeitsbeklagte übersieht aber, dass ein Prozessbeistand nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB nicht als gesetzlicher Vertreter gilt (Riemer, a.a.O., § 3, N. 78). Somit kann ein nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB eingesetzter Prozessbeistand nicht anstelle der verbeiständeten Person aussagen. Im Übrigen wird die Handlungs- und Prozessfähigkeit durch die Errichtung einer Beistandschaft i.S.v. Art. 392 Ziff. 1 ZGB nicht eingeschränkt (Vogel/Spühler, a.a.O., S. 138, N. 18). Die Beistandschaft übt auf die Handlungsfähigkeit des Verbeiständeten keinen Einfluss aus, so dass diesem das Recht, selbst zu handeln, verbleibt (Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, a.a.O., § 53, N. 2).

Deshalb hat auch nicht - wie in der Verfügung vom 15. Januar 2009 dargelegt - ein über die Vormundschaftsbehörde ernannter Beistand darüber zu befinden, ob die Prozesse durchzuführen sind oder nicht. Dem Verbeiständeten verbleibt das Recht, selbst zu handeln und er kann damit selbst über die Durchführung des Prozesses befinden. Zudem haben die Nichtigkeitsbeklagten die Aberkennungsklagen eingereicht. Folglich haben diese die Entscheidungsmacht, ob die Prozesse durchzuführen sind oder nicht. Eine beklagte Partei kann höchstens durch Klageanerkennung auf die Prozessführung Einfluss nehmen. Folgte man der Argumentation des Bezirksgerichts, würde dies bedeuten, dass der von der Vormundschaftsbehörde eingesetzte Beistand an Stelle der Nichtigkeitsklägerin auf die Rückzahlung des Darlehens verzichten müsste, falls er auf die Führung der Prozesse verzichten wollte. Wie gezeigt, verbliebe der Verbeiständeten jedoch das Recht zu handeln, womit sie letzten Endes selbst über ihre Darlehensforderung zu entscheiden hätte. Im Übrigen darf die gegen einen allfällig prozessunfähigen Beklagten erhobene Klage nicht von der Hand gewiesen werden. Vielmehr ist der Vormundschaftsbehörde lediglich vom Bestehen des Prozesses Kenntnis zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 27/28, N. 52).

cc) Mit dem als «Auftrag und Vollmacht» betitelten Schriftstück schloss die Nichtigkeitsklägerin mit ihrem Rechtsanwalt einen Vertrag, in welchem dieser zur Beratung und zur aussergerichtlichen und

gerichtlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt wurde. Nach Art. 405 Abs. 1 ZGB erlischt der Auftrag, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist, durch eintretende Handlungsunfähigkeit. Die gegenteilige Vereinbarung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. In casu haben die Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart, dass das Auftrags- und Vollmachtsverhältnis nicht mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt. Die Auftrags- und Vollmachtserteilung über eine spätere Urteilsunfähigkeit hinaus hat das Bundesgericht dann als zulässig angesehen, wenn damit dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses Rechnung getragen werden kann (Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N. 9 zu Art. 405 OR; BGE 132 III 225).

Im Rahmen des Auftrags erteilte nun X. ihrem Rechtsanwalt gemäss Art. 33 OR auch Vollmacht zur Führung von Prozessen. Nach Art. 35 Abs. 1 OR gilt, analog zum Auftragsverhältnis, welchem die Vollmachtserteilung zugrunde liegt, dass die Ermächtigung mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist. Wie bereits erläutert, war die Nichtigkeitsklägerin im Zeitpunkt der Auftrags- und damit Vollmachtserteilung handlungsfähig. Es wurde ebenfalls vereinbart, dass die Vollmacht nicht mit dem allfälligen Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt. Wird die Vollmacht in einem Zeitpunkt erteilt, in dem der Vollmachtgeber handlungsfähig ist, ist er damit auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit gesetzlich nicht eingeschränkt (BGE 132 III 222 E. 2.1). Gemäss dieser Rechtsprechung kann nach Art. 35 Abs. 1 OR gültig vereinbart werden, dass die Vollmacht über den Eintritt einer allfälligen Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus bestehen solle. Deshalb kann ein gültig bestellter Vertreter einen Prozess führen (BGE 132 III 226, E. 2.3). Beim Vorliegen dieses Sachverhalts wird die Prozessfähigkeit bereits bundesrechtskonform bejaht, ohne dass noch zusätzliche Abklärungen betreffend Urteilsfähigkeit vorgenommen werden müssen (vgl. BGE 132 III 226, E. 2.3). Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass durch die Bestellung des gewillkürten Vertreters zum Zwecke der Prozessführung, im Zeitpunkt der Handlungsfähigkeit, die Prozessfähigkeit der Nichtigkeitsklägerin/Aberkennungsbeklagten bundesrechtskonform zu bejahen ist.

Im Übrigen wird dieser der Nichtigkeitsklage zugrunde liegenden Problematik im revidierten Vormundschaftsrecht Rechnung getragen. Die dritte Abteilung des zweiten Teils des ZGB (noch nicht in Kraft, die Referendumsfrist ist jedoch am 16. April 2009 unbenutzt verstrichen), trägt neu nicht mehr den Titel «Vormundschaft», sondern «Erwachsenenschutz» (SR 210, Art. 360 nZGB ff.; BBl 2006 7001). In Art. 360 ff.

nZGB ist der Vorsorgeauftrag explizit vorgesehen. Danach kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Folglich ist es auch für den Gesetzgeber unbestritten, dass eine durch einen gewillkürten Vertreter vertretene Person, im Fall ihrer allfälligen nachträglichen Urteilsunfähigkeit, ihre Handlungs- resp. Prozessfähigkeit nicht verliert.

dd) Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass die Nichtigkeitsklägerin in der Lage war, im Rahmen der Auftragserteilung einen gewillkürten Stellvertreter i.S.v. von Art. 32 ff. OR zu ernennen und die Vollmacht zu einem Zeitpunkt, als sie handlungsfähig war, erteilte. Da der von X. bestellte private Stellvertreter für sie handeln kann, darf sie nicht verbeiständet werden. Umso mehr, als ihr Stellvertreter seinerseits selbstredend handlungsfähig ist.

c) Da die Voraussetzung nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB nicht vollständig gegeben waren, hat der Bezirksrichter zu Unrecht die Vormundschaftsbehörde ersucht, der Nichtigkeitsklägerin einen Prozessbeistand zu ernennen.