

## Beschluss vom 10. August 2017

ZK2 2016 57

Mitwirkend      Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,  
Kantonsrichter Bettina Krienbühl und Pius Schuler,  
Gerichtsschreiberin MLaw Julia Lüönd.

In Sachen      **A.** \_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller und Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_

betreffend      unentgeltliche Rechtspflege  
(Beschwerde gegen die Verfügung der Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht  
Schwyz vom 12. Oktober 2016, ZGO 2016 10);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) A.\_\_\_\_\_ machte am 3. Juni 2016 beim Bezirksgericht Schwyz eine Forderungsklage in der Höhe von Fr. 70'000.00 anhängig und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Vi-act. 1). Die C.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beklagte) beantragte in ihrer Klageantwort vom 27. September 2016 die Abweisung der Klage (Vi-act. 6). Mit Verfügung vom 12. Oktober 2016 wies die Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Schwyz das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ab und setzte ihm mit separater Verfügung eine Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses für die mutmasslichen Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 6'500.00 (Vi-act. 7 und 8). Ausserdem lud sie die Parteien zu einer ersten Instruktionsverhandlung am 24. November 2016 vor (Vi-act. 9).

b) Gegen die Verfügung vom 12. Oktober 2016 erhob A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Die Verfügung des Kantonsgerichts Schwyz [recte: der Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Schwyz] vom 12. Oktober 2016 sei aufzuheben.
2. Es sei dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Schwyz die unentgeltliche Prozessführung und Vertretung zu gewähren und von der Auferlegung eines Kostenvorschusses abzusehen.
3. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und Vertretung zu gewähren und von der Auferlegung eines Kostenvorschusses abzusehen.
4. Die Vollstreckung der Verfügung des Kantonsgerichts Schwyz [recte: der Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Schwyz] vom 12. Oktober 2016 sei aufzuschieben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

c) Mit Verfügung vom 21. November 2016 wurde dem Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung stattgegeben (KG-act. 8). Das

Konkursamt Schaffhausen teilte am 8. Dezember 2016 sodann mit, dass über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet worden sei und ersuchte um Sistierung des Verfahrens (KG-act. 11). In der Folge wurde das Verfahren sowohl vor dem Kantonsgericht als auch vor dem Bezirksgericht Schwyz am 12. Dezember respektive am 13. Dezember 2016 sistiert (KG-act. 12 und 13). Mit Eingabe vom 8. Mai 2017 beim Bezirksgericht Schwyz zog der Beschwerdeführer seine Klage in der Hauptsache zurück und machte gleichzeitig geltend, den Prozess hinsichtlich der Prozesskosten gemäss seiner Klageergänzung vom 30. November 2016 weiterführen zu wollen (KG-act. 19 und 19/1). Nachdem die Verfahrenssistierung aufgehoben wurde und die Parteien darüber informiert wurden, dass sich die Klageergänzung vom 30. November 2016 nicht in den Akten befinde, reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. Mai 2017 die besagte Klageergänzung ein. Darin hatte er geltend gemacht, das Bezirksgericht Schwyz sei zu verpflichten, dem Kläger die Prozesskosten der abgesetzten Verhandlung vom 24. November 2016 in der Höhe von Fr. 1'360.00 zu bezahlen (KG-act. 21, 22 und 22/1).

2. Die Vorderrichterin führt zur Begründung der Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer behaupte, bei der Beklagten Fr. 70'000.00 hinterlegt zu haben, wohingegen diese geltend mache, das Geld für eine Machbarkeitsstudie erhalten zu haben. Die Beklagte habe dem Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 70'000.00 in vier Akonto-Rechnungen à jeweils Fr. 17'500.00 mit dem Vermerk „Machbarkeitsstudie / Bauparzelle in E. \_\_\_\_\_“ in Rechnung gestellt und überdies eine die genannte Bauparzelle betreffende Machbarkeitsstudie ins Recht gelegt. Der Beschwerdeführer sei für den von ihm behaupteten Hinterlegungsvertrag bzw. für die Simulation beweisbelastet. Er rufe für den Nachweis der Vereinbarung lediglich Zeugen auf, wobei unklar bleibe, inwiefern die Zeugen etwas zum behaupteten Hinterlegungsvertrag aussagen könnten. Eine schriftliche Vereinbarung liege indes nicht vor. Die Erfolgsaussichten des Beschwerdeführers seien als deutlich geringer einzustufen und

das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen (Vi-act. 7).

3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO; Art. 29 Abs. 3 BV). Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren hingegen ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese, gilt ein Begehren nicht als aussichtslos (EMMEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A. 2016, N 13 zu Art. 117 ZPO; HUBER, in Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, N 59 zu Art. 117 ZPO; BGE 140 III 12, E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 5A\_153/2014 vom 10. Juli 2014, E. 3). Massgebend ist, ob sich eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Die Beurteilung der Aussichtslosigkeit erfolgt nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchstellung, wobei lediglich eine vorläufige und summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen ist (EMMEL, a.a.O., N 13 zu Art. 117 ZPO; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. A. 2017, N 18 zu Art. 117 ZPO; BGE 138 III 217, E. 2.2.4). Einer Partei kann die unentgeltliche Rechtspflege gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann verweigert werden, wenn im Zeitpunkt der Gesuchstellung zwar vielleicht noch Beweiserhebungen in Betracht zu ziehen wären, die Aussichten auf einen Prozessgewinn aufgrund der bisher vorliegenden Akten jedoch weit geringer sind als diejenigen auf einen Verlust (BGE 105 Ia 113, E. 2b).

Das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache hat nach Art. 8 ZGB derjenige zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Wer einen Anspruch aus einem

Vertrag ableitet, hat dessen Zustandekommen und Inhalt zu beweisen (BSK ZGB I-LARDELLI, 5. A. 2014, N 45a zu Art. 8 ZGB). Ebenso hat eine Simulation nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beweisen, wer sie behauptet (BGE 131 III 49, E. 4.1.1; 112 II 337, E. 4a).

a) Insofern als der Beschwerdeführer in seiner Klage vom 3. Juni 2016 geltend machte, er habe mit der Beklagten am 1. Januar 2014 vereinbart, ihr Fr. 70'000.00 zur Verwahrung zu übergeben, um seine Vermögenslage gegenüber einer Gläubigerin zu verschleiern, ist er dafür beweisbelastet. Eine diesbezügliche schriftliche Vereinbarung legte der Beschwerdeführer nicht vor. Indessen liegen vier Rechnungen mit dem Betreff „Machbarkeitsstudie / Bauparzelle in E.\_\_\_\_\_“ (Vi-act. KB 6) sowie eine Machbarkeits- bzw. Projektstudie „MFH-Überbauung F.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_“ mit dem Vermerk „April 2014 / Auftraggeber; A.\_\_\_\_\_“ (Vi-act. BB 8) im Recht. Die Machbarkeits- bzw. Projektstudie erstreckt sich über 19 DIN-A3-Seiten und umfasst nebst einem Vorprojekt für drei Mehrfamilienhäuser inklusive Visualisierungen auch eine Renditeberechnung auf Basis der Mietzinserwartungen (Vi-act. BB 8). Ausserdem reichte die Beklagte eine „Vereinbarung über befristete Beteiligung an Architekturleistungen“ datierend vom 5. Mai 2013 ein, welche den Beschwerdeführer als „Auftraggeber resp. Beteiligter“ einer Machbarkeitsstudie betreffend die „MFH-Überbauung F.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_“ bezeichnet und einen „Beteiligungspreis“ von Fr. 70'000.00 aufführt (Vi-act. BB 7). Wie im Kontoauszug des Beschwerdeführers vom Mai 2014 ersichtlich ist, bezahlte er der Beklagten am 8. Mai 2014 einen Gesamtbetrag von Fr. 70'000.00 unter Bezugnahme auf die vorgenannten Rechnungen mit vier Überweisungen à jeweils Fr. 17'500.00 (Vi-act. KB 5). Dieses Vorgehen entsprach hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten der von der Beklagten ins Recht gelegten „Vereinbarung über befristete Beteiligung an Architekturleistungen“, wonach dem Beschwerdeführer ein Beteiligungspreis von Fr. 70'000.00 in vier Teilzahlungen im Januar, Februar, März und April 2014 à jeweils Fr. 17'500.00 zahlbar innert zehn Tagen, spätestens jedoch bis

15. Mai 2014 in Rechnung gestellt werden sollte (Vi-act. BB 7). Trotz seiner fehlenden Unterzeichnung der Vereinbarung ist die Darstellung des Beschwerdeführers, die Beklagte habe diese Vereinbarung offensichtlich im Nachhinein zu ihren Gunsten und unter falscher Darstellung der Tatsachen erstellt bzw. die Machbarkeitsstudie sei ohne seinen Auftrag auf eigenes Risiko der Beklagten erstellt worden, wenig wahrscheinlich. Einerseits vermag der Beschwerdeführer einzig mit dem Hinweis, es sei offensichtlich, dass die vorgenannte Vereinbarung im Nachhinein von der Beklagten zu ihren Gunsten erstellt worden sei, keine ernstlichen Zweifel an deren Echtheit hervorzurufen. Andererseits ist in Anbetracht der tatsächlichen Zahlung des vorgesehenen „Beteiligungspreises“ von Fr. 70'000.00 entsprechend den Zahlungsmodalitäten gemäss der „Vereinbarung über befristete Beteiligung an Architekturleistungen“ glaubhaft dargelegt, dass sich der Beschwerdeführer diesbezüglich „als Auftraggeber resp. Beteiligter“ einverstanden erklärte. Angesichts des beachtlichen Umfangs der Machbarkeitsstudie scheint der in der „Vereinbarung über befristete Beteiligung an Architekturleistungen“ genannte „Beteiligungspreis“ in der Höhe von Fr. 70'000.00 im Übrigen auch nicht ausgeschlossen zu sein (Vi-act. BB 7 und 8).

b) Der Beschwerdeführer macht des Weiteren geltend, die Zeugen seien bestens über die wahren Geschäftsbeziehungen sowie über die Vereinbarung eines *depositum irregulare* informiert und miteinbezogen gewesen. Die Vereinbarung über das *depositum irregulare* sei im Büro und in Anwesenheit von Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ getroffen worden. Dieser habe die Beklagte überdies dazu aufgefordert, den Betrag zurückzubezahlen. Auch die Zeugin H. \_\_\_\_\_ könne unabhängig von ihrer früheren näheren Beziehung zum Beschwerdeführer durchaus relevante Aussagen zum wahren Sachverhalt machen (KG-act. 1). Demgegenüber führte die Beklagte in der Klageantwort vom 27. September 2016 aus, die Vereinbarung betreffend die Machbarkeitsstudie sei bei einer Besprechung Ende April 2013 aufgeglegt worden. Der

offerierte Zeuge Rechtsanwalt G.\_\_\_\_\_ sei dabei nicht zugegen gewesen (Vi-act. 6).

Im Hinblick auf die Berufsregel nach Art. 12 Abs. 1 lit. a BGFA, wonach Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben haben, ist wenig glaubhaft, dass der offerierte Zeuge Rechtsanwalt G.\_\_\_\_\_ für die vom Beschwerdeführer behauptete Vereinbarung eines *depositum irregulare* zur Verschleierung seiner Vermögenslage Hand geboten hätte. Hinsichtlich der weiteren von ihm offerierten Zeugen führte der Beschwerdeführer in seiner Klage vom 3. Juni 2016 lediglich aus, I.\_\_\_\_\_ sei bei einer weiteren Besprechung anwesend gewesen und dessen Mutter H.\_\_\_\_\_ sei ebenfalls über die ganze Angelegenheit informiert gewesen. Zum Inhalt der behaupteten Besprechung mit I.\_\_\_\_\_ machte der Beschwerdeführer keine Angaben. Dem pauschalen Vorbringen, H.\_\_\_\_\_ sei über die ganze Angelegenheit informiert gewesen, kann nicht entnommen werden, wozu sie als Zeugin Stellung nehmen sollte. Aus der Klage vom 3. Juni 2016 wird nicht ansatzweise ersichtlich, was die offerierten Zeugen I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ beweisen können sollten. Kommt hinzu, dass einer Aussage von H.\_\_\_\_\_ bzw. ihres Sohnes aufgrund ihrer früheren näheren Beziehung zum Beschwerdeführer ohnehin nur geringe Beweiskraft zugemessen werden könnte. In Anbetracht dessen ist die Vorderrichterin zu Recht davon ausgegangen, dass die Erfolgsaussichten der Klage des beweisbelasteten Beschwerdeführers deutlich geringer einzustufen sind als die Verlustgefahr.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund sich die Beklagte hätte dazu bereit erklären sollen, dem Beschwerdeführer bei der behaupteten Verschleierung seiner Vermögenslage behilflich zu sein. Dass eine Gegenleistung oder eine Entschädigung für die Beteiligung an der angeblichen Simulation vereinbart gewesen sei, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Es ist somit umso fragwürdiger, weshalb sich die Beklagte auf die behauptete Simulation hätte einlassen sollen. Ausserdem führte die Beklagte in ihrer Klage

geantwortet vom 27. September 2016 aus, sie pflege ein gutes Verhältnis zur Gläubigerin, zu deren Nachteil der Beschwerdeführer angeblich seine Vermögenslage verschleiern wollte. Schliesslich sei sie früher als freie Mitarbeiterin bei der Gläubigerin, der J.\_\_\_\_\_ AG, tätig gewesen (Vi-act. 6). Inwiefern die Beklagte ein Interesse an der Verschleierung der Vermögenslage des Beschwerdeführers gegenüber der Gläubigerin J.\_\_\_\_\_ AG haben könnte, legt der Beschwerdeführer ebenfalls nicht dar.

Zweifel an der Darstellung des Beschwerdeführers in der Klage vom 3. Juni 2016, wonach die Vereinbarung des behaupteten *depositum irregulare* sowie der damit angeblich einhergehenden Simulation am 1. Januar 2014 getroffen worden sei, erweckt ferner auch der Umstand, dass er in einem Mahnschreiben an die Beklagte betreffend Rückzahlung von Fr. 70'000.00 auf ein „Abkommen vom April 2014“ Bezug nahm (Vi-act. KB 4).

c) Zusammenfassend ist die Vorderrichterin zu Recht von der Aussichtslosigkeit der Klage vom 3. Juni 2016 ausgegangen. Der Nachweis des Zustandekommens des behaupteten *depositum irregulare* und der damit angeblich zusammenhängenden Simulation dürfte dem beweisbelasteten Beschwerdeführer nur schwerlich gelingen, da den von ihm offerierten Zeugen in antizipierter Betrachtung bloss eine geringe Beweiskraft beizumessen ist. Seine Gewinnaussichten sind insbesondere aufgrund des tatsächlichen Vorliegens der Machbarkeitsstudie sowie des Umstandes, dass er der Beklagten einen Betrag von Fr. 70'000.00 entsprechend den Zahlungsmodalitäten gemäss der „Vereinbarung über befristete Beteiligung an Architekturleistungen“ (Vi-act. BB 7) tatsächlich zahlte, beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Darauf deutet im Übrigen auch der Klagerückzug des Beschwerdeführers in der Hauptsache am 8. Mai 2017 hin (KG-act. 19 und 19/1).

4. Der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ergeht als qualifizierte prozessleitende Verfügung (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N 7 zu

Art. 119 ZPO). Über die Prozesskosten entscheidet das Gericht nach Art. 104 Abs. 1 ZPO in der Regel im Endentscheid. Gemäss Art. 104 Abs. 2 ZPO können bei einem Zwischenentscheid (Art. 237 ZPO) die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Prozesskosten verteilt werden. Prozessleitende Verfügungen stellen allerdings keinen Zwischenentscheid i.S.v. Art. 237 ZPO dar, weshalb sie regelmässig ohne Kostenentscheid ergehen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N 5 zu Art. 104 ZPO).

Soweit der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 8. Mai 2017 (KG-act. 19 und 19/1) beim Bezirksgericht Schwyz geltend machte, er wolle den Prozess hinsichtlich der Prozesskosten weiterführen, gilt es festzuhalten, dass über diese nach Art. 104 Abs. 1 ZPO im Endentscheid zu befinden sein wird. Ausserdem könnte das Vorbringen des Beschwerdeführers in der am 22. Mai 2017 nachgereichten Klageergänzung vom 30. November 2016 (KG-act. 22 und 22/1), wonach das Bezirksgericht zu verpflichten sei, dem Kläger die Prozesskosten der abgesetzten Verhandlung vom 24. November 2016 in der Höhe von Fr. 1'360.00 zu bezahlen, als unzulässiges Novum im Beschwerdeverfahren ohnehin nicht berücksichtigt werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

Gemäss der Verfügung vom 21. November 2016 betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sind die Kosten dieser Verfügung bei der Hauptsache verblieben (KG-act. 8). Über die von der Beklagten mit Eingabe vom 14. November 2016 beantragte Parteientschädigung (KG-act. 6) ist somit ebenfalls im Endentscheid zu befinden.

5. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Dabei ist die Mittellosigkeit erneut darzulegen und die fehlende Aussichtslosigkeit in Bezug auf den im Rechtsmittelverfahren geltend gemachten Anspruch glaubhaft zu machen (HUBER, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO). Für die Bejahung der Erfolgsaussichten ist allein entscheidend,

ob das Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden muss (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N 6 zu Art. 119 ZPO).

Wie in den vorstehenden Erwägungen ausgeführt, vermochte der Beschwerdeführer der angefochtenen Verfügung in der Beschwerde vom 27. Oktober 2016 nichts Substanzielles entgegenzusetzen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist somit zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen. Mit diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob der Beschwerdeführer bedürftig war.

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt. Das Beschwerdeverfahren nach Art. 121 ZPO fällt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht unter Art. 119 Abs. 6 ZPO (BGE 137 III 470, E. 6.5.5);-

**beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Eine Parteienschädigung wird nicht gesprochen respektive darüber ist in der Hauptsache zu entscheiden.

5. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert der Hauptsache beträgt Fr. 70'000.00.
  
6. Zufertigung an Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ (2/R), an Rechtsanwältin D.\_\_\_\_\_ (2/R; z. K.) und an die Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Schwyz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Schwyz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer  
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

16. August 2017 rfl