

## Beschluss vom 5. März 2018

ZK2 2017 67

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,  
Kantonsrichterinnen Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Bettina Krienbühl,  
Gerichtsschreiberin lic. iur. Gabriela Thurnherr.

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

gegen

**C.** \_\_\_\_\_,  
Beklagte und Beschwerdegegnerin,

betreffend Prozesskostenvorschuss (Vaterschaftsanfechtung)  
(Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 27. Juli 2017, ZEV 2016 21);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) anerkannte am 28. März 2000 den Sohn seiner damaligen Ehefrau C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegnerin), D.\_\_\_\_\_, als sein Kind (ZK1 2015 10, Vi-act. D/2, 2). Mit Klage vom 31. Oktober 2012 forcht er die Anerkennung des Kindesverhältnisses beim Einzelrichter am Bezirksgericht March an. Gleichzeitig stellte er einen Antrag um Prozesskostenbevorschussung durch die Beschwerdegegnerin, eventualiter unentgeltliche Prozessführung (Vi-act. A, ZEV 2012 45). Am 23. Dezember 2014 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht March die Klage und die (Eventual-)Gesuche des Klägers/Beschwerdeführers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde hiess das Kantonsgericht mit Beschluss vom 29. März 2016 (ZK1 2015 10) insoweit gut, als die Dispositivziffern 1-6 des angefochtenen Urteils aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 27. Juli 2017 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht March sowohl das Gesuch des Beschwerdeführers um Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch sein Eventualgesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (ZEV 2016 21). Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 7. August 2017 Beschwerde mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

#### I. Beschwerdeanträge

1. Die prozessleitende Verfügung des Einzelrichters March vom 27.07.2017 in ZEV 16 21 sei aufzuheben.
2. Der Einzelrichter March sei nochmals anzuweisen, die Höhe des Prozesskostenvorschusses, den die Beklagte Ziffer 1/Beschwerdegegnerin dem Kläger/Beschwerdeführer - rechtskräftig vom Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 29.03.2016 in ZK1 2015 10 verfügt – zu bezahlen hat, gerichtlich festzusetzen, beziffert einst-

weilen auf den vom erstinstanzlichen Gericht ggf. noch zu erhebenden, bis dato noch unbekanntem Gerichtskosten- und Beweis-kostenvorschuss sowie die mutmasslich in Höhe von noch mindestens CHF 3'240.00 anfallenden erstinstanzlichen Anwaltskosten (inkl. 8 % MwSt).

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten des Bezirksgerichts March, eventuell der Beklagten 1/Beschwerdegegnerin.

## II. Eventual-Armenrechtsgesuch

1. Es sei dem Beschwerdeführer zweitinstanzlich das Armenrecht (unentgeltliche Rechtspflege betr. Verfahrenskosten und Anwaltskosten) zu gewähren, soweit die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten und die ausserrechtliche Entschädigung nicht dem Bezirksgericht March, eventuell der Beschwerdegegnerin, sondern ihm auferlegt werden.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates, eventuell der Beschwerdegegnerin.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. August 2017 stellte die Beschwerdegegnerin folgende Anträge (KG-act. 5):

1. Die Beschwerdeanträge seien abzulehnen.
2. Das Gericht habe zu verfügen, dass alle von mir an Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ und seinem Mandanten/Kläger/Beschwerdeführer geleisteten Prozesskostenvorschüsse sowie der mir bis heute vorerhaltene Anteil am gemeinsamen Ehevermögen inklusive Verzinsung an mich zurückzuzahlen sind.
4. Für seine gegenüber dem Gericht gemachten Falschaussagen, wonach er mittellos sei, sei er zu bestrafen.
6. Das Armenrecht sei nicht zu gewähren und abzulehnen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers/Klägers/A.\_\_\_\_\_.

Mit Stellungnahme vom 24. August 2017 beantragte der Beschwerdeführer, die Anträge der Beschwerdegegnerin seien abzuweisen, soweit auf diese

überhaupt einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (KG-act. 8).

2. Umstritten ist die Bindungswirkung des kantonsgerichtlichen Rückweisungsbeschlusses vom 29. März 2016 (ZK1 2015 10).

a) Der Vorderrichter erwog, das Beweisverfahren im Scheidungsprozess (ZEO 2011 9) habe inzwischen ergeben, dass der Beschwerdeführer am 4. November 2008 von einem gemeinsam genutzten, aber auf seinen Namen lautenden Sparkonto Fr. 273'000.00 auf ein Konto der E. \_\_\_\_\_ AG, deren einziger Gesellschafter er damals gewesen sei, übertragen habe. Am 22. Dezember 2008 habe er diesen Betrag in bar bezogen. Aufgrund dieser beiden Aktionen müsse fast unweigerlich von der Absicht des Beschwerdeführers ausgegangen werden, dass die weitere Verwendung dieses Geldes nicht nachzuverfolgen sein würde. Der Beschwerdeführer habe im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung erfolglos geltend gemacht, dass er dieses Vermögen bis zum massgebenden Stichtag am 14. Februar 2011 für seinen Lebensunterhalt verbraucht habe. Es erscheine nicht glaubhaft, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (betreffend Prozesskostenvorschuss) mittellos gewesen sei. Zwar sei eine gewisse Abnahme seiner Vermögenswerte nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses plausibel, sei doch davon auszugehen, dass er seinen Lebensunterhalt fortan hauptsächlich aus diesen Mitteln habe bestreiten müssen, solange er noch nicht von der Fürsorge unterstützt worden sei. Dass er aber per 31. Oktober 2012 nicht mehr über die nötigen Rücklagen zur Führung des vorliegenden Prozesses verfügt haben wolle, sei ohne nähere Begründung des Beschwerdeführers nicht glaubhaft. Das Gesuch sei abzuweisen, auch wider die an sich verbindliche Weisung des Kantonsgerichts. Denn da im Zeitpunkt der neuen Beurteilung durch die erste Instanz auf den im Urteilszeitpunkt massgeblichen Sachverhalt abzustellen sei, erfahre die Bindungswirkung insofern eine Einschränkung, als der im Zeitpunkt des Rückweisungsentscheides gegebene Sachver-

halt inzwischen eine Änderung erfahren habe. Die Edition des Kontoauszuges sei erst zehn Tage nach dem Beschluss des Kantonsgerichts erfolgt (angefochtene Verfügung, E. 2.1 f. und 2).

Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, der Rückweisungsentscheid des Kantonsgerichts vom 29. März 2016 (ZK1 2015 10) sei für den erstinstanzlichen Richter verbindlich, was den Grundsatz anbelange, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet sei, dem Beschwerdeführer einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Der Vorderrichter übergehe diese Bindungswirkung, indem er die Voraussetzungen für diesen Anspruch geprüft habe. Er hätte nur noch die Höhe des Vorschusses zu beurteilen gehabt (KG-act. 1).

b) Wird ein Verfahren von der Berufungsinstanz gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die erste Instanz zurückgewiesen, so ist der (rechtskräftige) Rückweisungsentscheid für sämtliche nachfolgend urteilenden Instanzen verbindlich. Die erste Instanz ist sowohl an das Dispositiv als auch an die Erwägungen des Rückweisungsentscheides gebunden. Dies bedeutet, dass die tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Berufungsinstanz, mit welcher diese ihren Rückweisungsentscheid begründet hat, in der Folge für die erste Instanz bei der Beurteilung der (noch hängigen) Klage bzw. beim Entscheid über die mit dieser verbundenen Rechtsbegehren massgebend ist. Daher ist es der ersten Instanz nach einem Rückweisungsentscheid verwehrt, der Beurteilung der (noch hängigen) Klage einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid der Berufungsinstanz ausdrücklich oder sinngemäss abgelehnt oder gar nicht in Erwägung gezogen (und damit stillschweigend verworfen) worden sind (Reetz/Hilber, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 41 zu Art. 318 ZPO; vgl. Sterchi, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 14 ff. zu Art. 318 ZPO; Steininger, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 9 zu Art. 318 ZPO).

Die erste Instanz darf zwar nach einer Rückweisungsentscheidung neue Tatsachen und Beweismittel (sog. Noven) nach Massgabe der vor erster Instanz geltenden Vorschriften berücksichtigen. Dies allerdings nur, wenn und insofern die Berufungsinstanz das erstinstanzliche Verfahren in einen Zeitpunkt zurückversetzt, in dem ordentlicherweise überhaupt noch Noven geltend gemacht werden können (Reetz/Hilber, a.a.O., N 40 f. zu Art. 318 ZPO). Das Verfahren betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege untersteht der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (Daniel Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 708; Philipp Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra 2014, S. 635 ff., S. 662). Neue Tatsachen und Beweismittel sind somit bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

c) Mit dem Beschluss vom 29. März 2016 (ZK1 2015 10) wies das Kantonsgericht das Verfahren zur Durchführung des Beweisverfahrens im Hinblick auf den Hauptantrag betreffend Vaterschaftsanfechtung zurück (vgl. dortige E. 5.c.bb, letzter Abschnitt). Daneben beurteilte das Kantonsgericht den Antrag des Beschwerdeführers auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beschwerdegegnerin (ZK1 2015 10, E. 7). Demnach verfüge der Beschwerdeführer über kein Einkommen (E. 7.c.aa). Das ausgewiesene Vermögen überschreite den zu gewährenden Freibetrag nicht. Auch wenn sich die Frage nach dem Verbleib des Ende 2007 noch vorhandenen ehelichen Vermögens von über Fr. 400'000.00, auf welches die Beschwerdegegnerin hinweise, stelle, könne gegenwärtig mangels konkreter Beweise nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nach wie vor zumindest über einen Teil desselbigen verfüge. Der Beschwerdeführer sei als mittellos anzusehen (E. 7.c.bb). Das Hauptbegehren erscheine nicht als geradezu aussichtslos (E. 7.d). Die Beschwerdegegnerin sei demgegenüber

(nach Eruiierung ihres Einkommens in E. 7.e.aa und ihres Bedarfs in E. 7.e.bb) als leistungsfähig zu erachten (E. 7.e in fine). Deshalb *sei festzustellen, dass dem Antrag des Beschwerdeführers stattzugeben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten sei, dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (E. 7.f)*. Das Verfahren sei zur Beweisabnahme und Neubeurteilung (in der Hauptsache) zurückzuweisen und es sei nicht bekannt, ob sich der Beschwerdeführer auch im erstinstanzlichen Verfahren anwaltlich vertreten lasse. Deshalb sei es angebracht, *die betragsmässige Festsetzung des Prozesskostenvorschusses offen zu lassen und die Höhe des von der Beklagten zu leistenden Prozesskostenvorschusses nach Rückweisung der Sache vom Vorderrichter beziffern zu lassen (E. 7.g)*.

d) Mit anderen Worten versetzte das Kantonsgericht das Verfahren für das Hauptbegehren betreffend Vaterschaftsanerkennung zwar in das Stadium des Beweisverfahrens zurück. Das Rechtsbegehren betreffend Prozesskostenvorschuss wurde aber vollständig materiell beurteilt. Den Anspruch auf Vorschuss bejahte das Kantonsgericht abschliessend und rechtskräftig. Diesbezüglich sollte das Verfahren nicht in einen Verfahrensstand vor der Entscheidungsberatung zurückversetzt werden. Dem Vorderrichter sollte lediglich die Aufgabe zukommen, die Höhe des Vorschusses im Hinblick auf den zu erwartenden Umfang des Beweisverfahrens festzulegen. Nachdem das Rechtsbegehren durch den Rückweisungsbeschluss nicht in einen Verfahrensstand zurückversetzt wurde, in welchem erstinstanzlich Noven noch zulässig waren (vgl. Art. 229 ZPO), durfte sich der Vorderrichter somit nicht über den Entscheid des Kantonsgerichts hinwegsetzen und den Anspruch aufgrund mutmasslicher Noven neu beurteilen. An der rechtskräftigen Gutheissung des Vorschussgesuches kann sich nichts mehr ändern. Die Bezifferung des Vorschusses ist hingegen auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht möglich, weil der Vorderrichter im Hauptverfahren noch keine Beweisanordnungen getroffen hat, sodass die voraussichtlich anfallenden Gerichts- und Parteikosten nicht zuverlässig abgeschätzt werden können. Die Beschwerde ist dem-

nach gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Vorderrichter erneut anzuweisen, die Höhe des von der Beschwerdegegnerin zu leistenden Prozesskostenvorschusses festzulegen.

e) Im Übrigen ist fraglich, ob die Erwägungen des Vorderrichters dem im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege geltenden Effektivitätsgrundsatz standhalten würden. Nach diesem Grundsatz dürfen in die Beurteilung nur (Einkommen und) Vermögenswerte einbezogen werden, die effektiv vorhanden und verfügbar sind. Insbesondere streitige Ansprüche sind nicht zu berücksichtigen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 5 zu Art. 117 ZPO; Bühler, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 105 zu Art. 117 ZPO). Sowohl dem Kantonsgericht als auch dem Vorderrichter ist aus diversen Verfahren bekannt, dass das Vorhandensein des fraglichen Vermögens zwischen den (ehemaligen) Ehegatten äusserst umstritten ist. Sodann vergingen zwischen der Einreichung des Gesuches am 31. Oktober 2012 und dem endgültigen Entscheid hierüber mit Beschluss des Kantonsgerichts vom 29. März 2016 dreieinhalb Jahre, in welchen der Beschwerdeführer mangels genügenden Einkommens mindestens bis zum Beginn der Unterstützung durch die Fürsorgebehörde von seinem Vermögen leben musste. Wie das Bundesgericht in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren festhielt, ist es nicht zulässig, mehr als drei Jahre nach Gesuchseinreichung im Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege auf die Zahlen gemäss Gesuchsbeilagen abzustellen. Es hätten vielmehr aktualisierte Unterlagen eingefordert werden müssen (Urteil BGer vom 9. Oktober 2009, 9C\_800/2009). Schliesslich wurde bereits im Beschluss des Kantonsgerichts vom 29. März 2016 (ZK1 2015 10) festgehalten, dass gegenwärtig mangels konkreter Beweise nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass der Kläger nach wie vor zumindest über einen Teil des Ende 2007 noch vorhandenen ehelichen Vermögens verfüge (E. 7.c.bb in fine; vgl. auch die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten vom 13. Dezember 2017, GPR 2017 12, E. 2.d, wonach bereits die Vorinstanz den Schluss gezogen

habe, dass das einstmals stattliche Vermögen wohl verbraucht sein dürfte. Dieser Schluss sei ohne Weiteres nachvollziehbar. Für die gegenteilige Annahme bestünden nicht genügend Anhaltspunkte).

3. Die Beschwerdegegnerin stellt einen eigenen Antrag um Rückzahlung sämtlicher bereits geleisteten Kostenvorschüsse sowie um Auszahlung ihres Anteils am gemeinsamen Ehevermögen (KG-act. 5, Rechtsbegehren Ziff. 2). Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist lediglich die angefochtene Verfügung der Vorinstanz betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege des Beschwerdeführers (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO). Andere Prozesskostenvorschüsse sind ebenso wenig Gegenstand des Verfahrens wie die im Scheidungsverfahren zu behandelnden güterrechtlichen Ansprüche der Beschwerdegegnerin. Sodann ist eine Strafanzeige wegen angeblicher Falschaussagen des Beschwerdeführers (KG-act. 5, Rechtsbegehren Ziff. 4) bei den Strafbehörden geltend zu machen. Auf die genannten Anträge der Beschwerdegegnerin ist vorliegend nicht einzutreten.

4. Das Beschwerdeverfahren gegen einen abweisenden Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege ist nicht kostenfrei im Sinne von Art. 119 Abs. 6 ZPO (BGE 1137 III 470, E. 6.5.5 und 6.6). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Prozesskostenbevorschussung bzw. unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird mit seinem Obsiegen gegenstandslos;-

**beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 27. Juli 2017 (ZEV 2016 21) aufgehoben und die Sache zur Festsetzung der Höhe des von der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer zu leistenden Prozesskostenvorschusses zurückgewiesen.
2. Auf die Anträge der Beschwerdegegnerin wird nicht eingetreten.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 800.00 werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin ist verpflichtet, den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 600.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu entschädigen.
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 ist unbestimmt.

6. Zufertigung an B.\_\_\_\_\_ (2/R), C.\_\_\_\_\_ (1/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, unter Rückgabe der Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer  
Der Kantonsgerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

7. März 2018 kau