

# **BGer 5A 946/2016 vom 10. April 2017**

Bundesgericht, 2017-04-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_946\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_946_2016)

FR: TF 5A 946/2016 du 10 avril 2017

IT: TF 5A 946/2016 del 10 aprile 2017

## **Regeste**

Unentgeltliche Rechtspflege (Paulianische Anfechtung) | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 BGG ), mit dem die unentgeltliche Rechtspflege u.a. wegen Aussichtslosigkeit verweigert worden ist. Das ist ein Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken kann ( BGE 129 I 129 E. 1.1 S. 131). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Dort geht es um eine paulianische Anfechtungsklage ( Art. 285 ff. SchKG ) und damit um eine der Beschwerde in Zivilsachen unterliegende Angelegenheit vermögensrechtlicher Natur ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ; Urteil 5A\_843/2015 vom 6. Februar 2017 E. 1.1). Deren Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich auch gegen den Zwischenentscheid gegeben. Die Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

### **E. 2**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ( Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ). Mit Art. 117 ff. ZPO wird der als verfassungsrechtliche Minimalgarantie in Art. 29 Abs. 3 BV verankerte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung auf Gesetzesstufe geregelt. Die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen. Als aussichtslos sind demnach Begehren anzusehen, bei welchen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind ( BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476 f; 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218).

### **E. 3.1**

In der Sache geht es im kantonalen Verfahren um die paulianische Anfechtung eines am 5. Juni 2014 abgewickelten Verkaufs eines Grundstücks an die Beschwerdeführerin durch deren Tochter zwecks Tilgung einer Darlehensschuld und namentlich um die Erfüllung des Tatbestands der Überschuldungsanfechtung im Sinne von Art. 287 SchKG. Gemäss dieser Bestimmung sind - soweit vorliegend interessierend - die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel sowie die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und er im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war ( Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SchKG ). Die Anfechtung ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen ( Art. 287 Abs. 2 SchKG ). Im Hinblick auf den aussergewöhnlichen Charakter der erfassten Rechtsgeschäfte trifft den Begünstigten regelmässig eine Erkundigungspflicht, deren Umfang sich nach den konkreten Umständen richtet (vgl. ADRIAN STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 21 zu Art. 287 SchKG ; BERNHEIM/GEIGER, Paulianische Anfechtung, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Sprecher [Hrsg.], 2014, S. 18; BGE 43 III 288 E. 2 S. 233 f.; 42 III 286 E. 7 S. 302.; 25 II 932 E. 4 S. 942). Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Berufungsschrift zu Recht nicht in Abrede gestellt, dass eine anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 287 Abs. 1 SchKG vorliegt (klarerweise einschlägig ist jedenfalls die Variante der ungewöhnlichen Tilgung), die von ihrer Tochter innert der einjährigen Verdachtsfrist vorgenommen worden ist, und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem diese bereits überschuldet war. Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, dass sie im relevanten Zeitpunkt gutgläubig im Sinne von Art. 287 Abs. 2 SchKG gewesen sei respektive die für die Erkundigungspflicht notwendige Sorgfalt angewendet habe. Ihr Berufungsbegehren lautet auf Abweisung der Klage der B.\_\_\_\_\_ AG.

### **E. 3.2**

Das Obergericht hat dazu erwogen, die von der Beschwerdeführerin in ihrer Berufungsschrift angegebenen Erkundigungen - mehrmaliges Nachfragen bei C.\_\_\_\_\_, Abklärungen beim Grundbuchamt, ob die Übertragung zulässig sei - würden in Anbetracht des Umstands, dass C.\_\_\_\_\_ wegen eines Vermögensdelikts in Untersuchungshaft war und dies die Beschwerdeführerin wusste, der Erkundigungspflicht klarerweise nicht genügen. Sie mache in diesem Zusammenhang namentlich nicht geltend, sie hätte beim Betreibungsamt eine Auskunft über C.\_\_\_\_\_ eingeholt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei sodann nicht ersichtlich, inwieweit die wohl mündliche, jedenfalls formungültige Vereinbarung vom 20. Mai 2014 zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter, das Grundstück zu übertragen, für den relevanten Zeitpunkt des guten Glaubens massgeblich wäre. Sodann sei die Berufung innert der Rechtsmittelfrist zu begründen. Nachfristen seien keine zu gewähren. Das mit dem Begehren um Zustellung der gesamten Verfahrensakten verbundene Gesuch um Nachfristansetzung zur ergänzenden Begründung sei daher aussichtslos. Weshalb im Übrigen das Kantonsgericht der Beschwerdeführerin das Protokoll der Hauptverhandlung zur Stellungnahme hätte zustellen sollen, sei nicht ersichtlich, und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht nachvollziehbar begründet. Vielmehr hätte es der Beschwerdeführerin offengestanden, im Verfahren vor Kantonsgericht - insbesondere im Hinblick auf die Erhebung der Berufung - Akteneinsicht

zu verlangen. Schliesslich rüge die Berufungsklägerin zwar eine Verletzung des Rechts auf Abnahme der angebotenen Beweise nach Art. 152 ZPO, lege aber nicht im Einzelnen dar, weshalb das Kantonsgericht dieses Recht verletzt habe. Unter diesen Umständen würden die Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Gefahr des Unterliegens. Die Berufung erscheine deshalb als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Auch aus diesem Grund sei das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

### **E. 3.3**

Was die Beschwerdeführerin gegen diese Beurteilungen vorbringt, vermag die vorinstanzliche Annahme der Aussichtslosigkeit ihres Berufungsbegehrens nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen.

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin hat zusammen mit ihrer am letzten Tag vor Ablauf der Berufungsfrist eingereichten Berufungsschrift beim Obergericht ein Gesuch um Zustellung der gesamten Verfahrensakten zur ergänzenden Begründung gestellt. Diesbezüglich hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht entgegengehalten, dass sie ein Gesuch um Akteneinsicht bereits viel früher hätte stellen können. Die geltend gemachte ungenügende Aktenkenntnis ist deshalb klarerweise dem Verantwortungsbereich der Beschwerdeführerin zuzuordnen und kann damit kein Anlass dafür sein, die Beschwerdeführerin nach gewährter Akteneinsicht zur Ergänzung der Berufungsschrift zuzulassen (vgl. Urteil 2C\_319/2011 vom 26. Januar 2012 E. 6; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 365 f.). Im Ergebnis zu Recht hat die Vorinstanz das Begehren der Beschwerdeführerin um Nachfristansetzung daher als aussichtslos qualifiziert.

#### **E. 3.3.2**

Eine Einsicht in das Protokoll der Parteibefragung hat die Beschwerdeführerin ebenfalls erstmals in ihrer Berufungsschrift verlangt, weshalb - wie die Vorinstanz richtig erkannt hat - diesbezüglich keine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Kantonsgericht vorliegt (vgl. BGE 132 V 387 E. 6.2 S. 391; TARKAN GÖKSU, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Bd. 1, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 31 zu Art. 53 ZPO). Soweit sich die Beschwerdeführerin in ihrer Berufungsschrift auf den Standpunkt gestellt hat, das Kantonsgericht sei verpflichtet gewesen, ihr das schriftliche Protokoll der (offenbar nicht mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichneten) Parteibefragung von sich aus zur Kenntnis zu bringen, betrifft dieses Vorbringen primär die Frage der Einhaltung der Protokollierungsvorschriften der ZPO. Präzisierend führt die Beschwerdeführerin denn auch vor Bundesgericht aus, das Kantonsgericht hätte ihr ermöglichen müssen, zu prüfen, ob ihre Aussagen korrekt protokolliert worden sind. Dies trifft zwar aus den nachfolgenden Gründen zu, doch ist dieses Vorbringen nicht geeignet, eine andere Einschätzung der Erfolgsaussichten der Berufung nahezulegen. Vorliegend hat die Vorinstanz nicht festgestellt und bestehen aufgrund der Akten auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das strittige Parteibefragungsprotokoll den Parteien zur Unterschrift vorgelegt worden ist. Auch eine Aufzeichnung mit technischen Hilfsmitteln (vgl. dazu Art. 193 i.V.m. Art. 176 Abs. 2 und 3 ZPO) ist weder festgestellt noch aktenkundig. Aufgrund des Verweises in Art. 193 ZPO gilt das in Art. 176 Abs. 1 ZPO für das Protokoll der (nicht mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichneten) Zeugeneinvernahme statuierte Unterschriftserfordernis für dasjenige der

(nicht mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichneten) Parteibefragung und Beweisaussage sinngemäss (vgl. Urteil 4A\_498/2014 vom 3. Februar 2015 E. 3.3; PHILIPP WEBER, Änderung der Protokollierungsvorschriften in der ZPO, in: Jusletter vom 29. April 2013, Rz. 5). Gerechtfertigt erscheint diese verfahrensrechtliche Gleichbehandlung deshalb, weil es bei der Parteibefragung und Beweisaussage - ebenso wie bei der Zeugeneinvernahme - darum geht, ein Beweismittel zu produzieren, auf welches im Entscheidfall in Anwendung von Art. 157 ZPO (freie gerichtliche Beweiswürdigung) abgestellt werden kann (in diesem Sinne auch PHILIPPE SCHWEIZER, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 11 zu Art. 193 ZPO ). Sie ist denn auch in der Lehre - soweit ersichtlich - unbestritten. Unterschiedliche Auffassungen bestehen demgegenüber über die genaue Bedeutung des Erfordernisses der Unterzeichnung des Protokolls durch die Zeugin oder den Zeugen bzw. die einvernommene Partei. Während es sich nach einem Teil der Lehre um ein Gültigkeitserfordernis handelt (so z.B. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Bd. 1, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 176 ZPO und WEIBEL/WALZ, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 176 ZPO ; tendenziell auch ALFRED BÜHLER, Parteibefragung und Beweisaussage, in: Haftpflichtprozess 2013, Fellmann/Weber [Hrsg.], S. 162), soll die fehlende Unterschrift nach einem anderen Teil der Lehre nicht die Unverwertbarkeit des Protokolls, aber je nach dem die Schmälerung von dessen Beweiswert zur Folge haben (so z.B. SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 12 zu Art. 176 ZPO und GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 176 ZPO ). Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann diese Streitfrage offenbleiben. Jedenfalls kann vor dem Hintergrund des dargelegten Meinungsstreits die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels nicht mit dem ungenügend erstellten und inhaltlich bestrittenen Parteibefragungsprotokoll begründet werden. Dies hat das Obergericht indes auch gar nicht getan, hat es doch die Frage der richtigen Protokollierung des im Parteibefragungsprotokoll festgehaltenen strittigen Zugeständnisses der Beschwerdeführerin letztlich (zu Recht) als nicht entscheidend erachtet (s. dazu E. 3.3.3). Ob sich das Kantonsgericht - wie die Beschwerdeführerin behauptet - hauptsächlich auf dieses Protokoll gestützt hat, ist nicht relevant. Anfechtungsobjekt kann nur das letztinstanzliche Urteil bilden ( Art. 75 Abs. 1 BGG ), also dasjenige der Vorinstanz.

### **E. 3.3.3**

Konkret hat die Beschwerdeführerin in ihrer Berufungsschrift dem Inhalt des Parteibefragungsprotokolls insofern widersprochen, als das Kantonsgericht daraus entnommen hat, ihre Tochter hätte ihr "während der Untersuchungshaft mitgeteilt" Geld unterschlagen zu haben. Eine derartige Aussage würde den in der Hauptverhandlung tatsächlich gemachten Aussagen diametral widersprechen. Es sei ihr während der Untersuchungshaft untersagt gewesen, sich über die Gründe der Untersuchungshaft mit ihrer Tochter zu unterhalten, was durch die Anwesenheit von Polizeibeamten auch sichergestellt worden sei. Allerdings ist die Beschwerdeführerin nach den unbestritten gebliebenen obergerichtlichen Feststellungen gemäss ihren eigenen Angaben in der Klageantwort vom 23. Januar 2016 jedenfalls am 23. Mai 2014 anlässlich einer polizeilichen Einvernahme darüber informiert worden, dass ihre Tochter möglicherweise Geld unterschlagen hat. Wie das Obergericht bereits überzeugend dargelegt hat, ist es für die Beurteilung des vorliegenden Falles letztlich nicht relevant, ob die Beschwerdeführerin

bereits vor der Entlassung ihrer Tochter aus der Untersuchungshaft (16. Mai 2014) oder erst während der Kontakte danach von dem ihr konkret zur Last gelegten Vermögensdelikt erfahren hat. Klarerweise nicht stichhaltig ist in diesem Zusammenhang der Standpunkt der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe sich für die Beurteilung der Kenntnis (bzw. des Kennenmüssens) der Überschuldung ihrer Tochter zu Unrecht auf das Datum des öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrags und der Grundbuchanmeldung (5. Juni 2014) berufen, weil die Verpflichtung zur Übertragung schon im Zeitpunkt der Auftragsvergabe zur Erstellung des Grundstückkaufvertrags an das Grundbuchamt (20. Mai 2014) eingegangen worden sei. Nach Art. 216 OR bedürfen Grundstückkaufverträge "zu ihrer Gültigkeit" der öffentlichen Beurkundung. Die Formungültigkeit im Sinne dieser Bestimmung hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge ( BGE 116 II 700 E. 3b S. 702; 106 II 146 E. 3 S. 151). Auch ein Vorvertrag ist nur dann gültig, wenn er öffentlich beurkundet wird ( Art. 22 Abs. 2 OR ). Angesichts der offensichtlichen Unwirksamkeit der von der Beschwerdeführerin behaupteten (mündlichen) Vereinbarung vom 20. Mai 2014 erscheint von vornherein unplausibel, dass es für die Frage der Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin auf diesen Zeitpunkt ankommen könnte. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Beschwerdeführerin vor der behaupteten Vereinbarung vom 20. Mai 2014 über das ihrer Tochter zur Last gelegte Vermögensdelikt nicht in Kenntnis gesetzt wurde - was angesichts des Näheverhältnisses und des gesamten zeitlichen Ablaufs eher lebensfremd erscheint - würde dies die Prozessaussichten folglich nicht in relevanter Weise erhöhen.

#### **E. 3.3.4**

Angesichts des Umstands, dass die Beschwerdeführerin unstreitig Kenntnis davon hatte, dass sich ihre Tochter wegen eines Vermögensdelikts in Untersuchungshaft befand, sind an die Erkundigungspflicht vorliegend besonders strenge Anforderungen zu stellen. Soweit die Beschwerdeführerin diesbezüglich vor Bundesgericht im Wesentlichen lediglich ihr Vorbringen wiederholt, sie habe ihre Tochter nach deren Entlassung aus der Untersuchungshaft gefragt, was sie gemacht habe und wie viele Schulden sie habe, ohne darauf eine Antwort erhalten zu haben, kann auf den zutreffenden Hinweis der Vorinstanz verwiesen werden, dass Anfragen bei der Schuldnerin den Anforderungen an die Erkundigungspflicht im Allgemeinen nicht zu genügen vermögen (vgl. ADRIAN STAEHELIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 287 SchKG ; BERNHEIM/GEIGER, a.a.O., S. 18 f.). Im Übrigen ist in der Frage nach der Höhe der Schulden eher ein (weiteres) Indiz dafür zu sehen, dass die Beschwerdeführerin selbst mit dem Vorliegen einer Überschuldung gerechnet hat und gerade deshalb möglichst rasch nach der Entlassung ihrer Tochter aus der Untersuchungshaft den in der Folge paulianisch angefochtenen Grundstückkaufvertrag abgeschlossen hat. Aus welchen Gründen das Obergericht den Darlegungen der Beschwerdeführerin, sie hätte die schlechte Vermögenslage ihrer Tochter nicht gekannt und auch nicht erkennen können, ernsthafte Erfolgsaussichten hätte einräumen müssen, ist mithin weder dargetan noch ersichtlich.

#### **E. 3.3.5**

Auf die Begründung des Obergerichts, dass sie ihre Rüge der Verletzung des Rechts auf Beweis nicht hinreichend substantiiert habe, geht die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht ein, weshalb es insoweit an einer rechtsgenügenden Auseinandersetzung mit der angefochtenen Verfügung fehlt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 4**

Der Beschwerde ist nach dem Ausgeführten kein Erfolg beschieden, soweit sie sich gegen die die angefochtene Verfügung selbständig tragende Verneinung der Erfolgsaussichten ( Art. 117 lit. b ZPO ) der Berufungsbegehren richtet. Damit erübrigt es sich auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin einzugehen, die sich dagegen richten, dass die Vorinstanz den Nachweis der Mittellosigkeit ( Art. 117 lit. a ZPO ) als zusätzliche Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege verneint hat.

#### **E. 5**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine neue Frist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen ( BGE 128 V 199 E. 9 S. 216; Urteil 5A\_459/2014 vom 29. Juli 2014 E. 5).

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Wie die vorstehenden Erwägungen aufzeigen, muss die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden. Damit mangelt es an einer materiellen Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

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