

# ZH\_OBERGERICHT PE150004 vom 6. Oktober 2015

ZH Obergericht, 2015-10-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PE150004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PE150004)

FR: ZH\_OBERGERICHT PE150004 du 6 octobre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT PE150004 del 6 ottobre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) ist eine Finanzgesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ (USA), die über eine Zweigniederlassung in der Schweiz verfügt. Sie ist die ehemalige Arbeitgeberin des Klägers und Beschwerdeführers (nachfolgend Kläger). Der Kläger ist Finanzspezialist. Vor seiner Anstellung bei der Beklagten arbeitete er bei der D.\_\_\_\_\_ SA (act. 1 Rz 4, Rz 6; act. 18 Rz 12 f.). Die Beklagte setzte zwei Forderungen, die – so die Beklagte – ihren Ursprung in einer Anstellung des Klägers bei der Beklagten haben, in Betreuung (vgl. act. 6/3/5). Nachdem der Kläger es unterliess, Rechtsvorschlag zu erheben, wurde die Betreuung fortgesetzt und es wurden diverse Vermögenswerte des Klägers gepfändet (vgl. Pfändungsurkunde act. 6/3/2). Am 10. Februar 2015 stellte die Beklagte das Verwertungsbegehren (act. 6/3/16). In diesem Stadium der Betreuung erhob der Kläger eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG (vgl. act. 5 E. I.1. und 2.).

### E. 1.1

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt um den Prozess selbst zu finanzieren und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

### E. 1.2

Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. b ZPO)

### E. 1.2.1

Die Vorinstanz wies das Gesuch des Klägers wegen Aussichtslosigkeit seiner Rechtsbegehren ab. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen 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 (BGE 125 II 265, E. 4.b). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung des Prozessstoffes, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGer 4A\_388/2015 E. 4.1)

### E. 1.2.2

Forderung über Fr. 175'000.– (nebst Zins zu 5% seit 15. März 2013) a) Nach der Beklagten handelt es sich bei dieser Forderung um ein dem Kläger gewährtes Darlehen. Die Beklagte und der Kläger hätten hierzu einen schriftlichen Darlehensvertrag abgeschlossen (act. 6/18 Rz 14; act. 6/3/8). In diesem hätten sie für den Fall, dass der Kläger vor Ablauf von drei Jahren nach Gewährung des Darlehens, d.h. vor dem 11. März 2016, aus dem

Arbeitsverhältnis ausscheide, vereinbart, dass der Kläger das dann noch ausstehende Darlehen umgehend zurückzubezahlen habe (act. 6/18 Rz 21). Am 15. Juli 2013 hätten der Kläger und E.\_\_\_\_\_, der Geschäftsführer der Beklagten, beschlossen, das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2013 aufzuheben. Mit Schreiben der Beklagten vom 20. September 2013, welches der Kläger am 10. Oktober 2013 gegenge-

- 6 - zeichnet habe, sei diese mündliche Vereinbarung durch den Kläger bestätigt worden (act. 6/18 Rz 24 f.; act. 6/19/1). In dieser Aufhebungsvereinbarung habe der Kläger gegenüber der Beklagten den Bestand dieser Darlehensschuld ausdrücklich bestätigt (act. 6/18 Rz 28). Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, dass es sich nicht um ein Darlehen, sondern um einen sign-on Bonus handle, den er vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrages mündlich ausgehandelt habe (act. 6/1 Rz 17, Rz 21; act. 6/23 Rz 24). Die Beklagte bezeichne den sign-on Bonus als Darlehen, um damit die arbeitsrechtlichen Hürden im Zusammenhang mit sog. "Clawback" Klauseln zu umgehen (act. 6/1 Rz 32; act. 6/23 Rz 24). Das gültige Zustandekommen der Aufhebungsvereinbarung bestreite er. Zudem habe die Beklagte diese Vereinbarung mit Schreiben vom 12. November 2013 für nichtig erklärt (act. 6/23 Rz 20; act. 6/1 Rz 25). b) Die Vorinstanz hielt fest, der Kläger habe als Nachweis, dass es sich um einen sign-on Bonus handle, lediglich seine Parteiaussage offeriert. Demgegenüber vermöge die Beklagte ihren Standpunkt anhand von zwei Belegen zu untermauern, nämlich dem "Cash Advance Distribution Agreement ('Cash Ad') and Promissory Note" sowie der handschriftlich ergänzten Aufhebungsvereinbarung vom 20. September 2013 bzw. 10. Oktober 2013. Selbst wenn der behauptete sign-on Bonus mündlich zugesichert worden sei, sei zu berücksichtigen, dass der Kläger die beiden Dokumente zu einem späteren Zeitpunkt unterzeichnet habe. Dass er sich dabei in einem Irrtum befunden habe, behaupte er weder substantiiert noch würden die Akten einen solchen Schluss zulassen. Ausserdem sei der Kläger beim Verfassen seiner Notiz selbst vom Vorliegen eines zur Rückzahlung fälligen Darlehens ausgegangen und habe sich grundsätzlich willens gezeigt, dieser Verpflichtung nachzukommen (act. 5 E. 1.2.3.3.). Weiter erwog die Vorinstanz, der Kläger könne aus der Behauptung, Clawback-Klauseln würden vor schweizerischem Arbeitsrecht nicht standhalten, nichts für sich ableiten, denn es bestehe dazu in der Schweiz nach wie vor keine gefestigte Rechtsauffassung (act. 5 E. 1.2.3.4.). Dem Kläger seien daher äusserst geringe bis gar keine Erfolgsaussichten beschieden (act. 5 E. 1.2.3.5.).

- 7 - c) Der Kläger moniert in seiner Beschwerdeschrift, die Vorinstanz habe die Aussichtslosigkeit mit einem Verweis auf den Wortlaut der Verträge begründet. Nach dem Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" könne nicht auf den Wortlaut abgestellt werden, wenn Umstände für eine andere Qualifizierung sprechen würden. Die Vorinstanz verkenne bezüglich seines auf der Aufhebungsvereinbarung angebrachten handschriftlichen Vermerks, dass die Beklagte diese Vereinbarung für ungültig erklärt habe. Schliesslich könne die Vorinstanz nicht von Aussichtslosigkeit ausgehen, nur weil bezüglich Clawback-Klauseln keine gefestigte Rechtsauffassung bestehe (act. 2 Rz 9-11). Die Beklagte hält dem – wie bereits vor Vorinstanz (act. 6/18 Rz 15 f., Rz 18) – entgegen, aus dem Wortlaut des Darlehensvertrags gehe klar und eindeutig hervor, dass es sich um ein Darlehen ("Loan" / "Lender") und nicht um einen sign-on Bonus handle. Hätte sich die Beklagte zur Zahlung eines sign-on Bonus verpflichten wollen, so hätte sie dies im Vertrag auch so geschrieben. Gegen einen sign-on Bonus spreche sodann die auf der Aufhebungsvereinbarung angebrachte schriftliche Anerkennung. Dass die

Aufhebungsvereinbarung aufgehoben worden und das Arbeitsverhältnis bis heute ungekündigt sei, bestreite sie (act. 11 Rz 19- 21). d) In Bezug auf den Vertrag "Cash Advance Distribution Agreement ('Cash Ad') and Promissory Note" vertreten die Parteien unterschiedliche Auffassungen: Der Kläger geht von einem sign-on Bonus und die Beklagte von einem Darlehen aus. Demnach sind sich die Parteien offenbar über den Inhalt des von ihnen vereinbarten nicht einig und es liegt wenigstens ein sog. Auslegungsstreit vor (wenn nicht gar ein Streit über den tatsächlich vereinbarten, vom Wortlaut des Vertrages nur unvollständig erfassten übereinstimmenden Willen). Dieser Vertrag, der in englischer Sprache abgefasst ist, spricht zwar von "lender" (= Darlehensgeber), die Überschrift lautet aber nicht "loan agreement" oder "loan contract", sondern "Cash Advance Distribution Agreement ('Cash Ad') and Promissory Note". Auf den ersten Blick spricht die Bezeichnung "lender" für den Standpunkt der Beklagten. Dagegen spricht, dass beispielsweise der Darlehensnehmer nicht als "borrower" oder "debtor" sondern als "Maker" bezeichnet wird. Ob die Parteien einen

- 8 - Darlehensvertrag abgeschlossen haben oder dieser die Ausrichtung eines sign-on Bonus regelt, lässt sich nur anhand der allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung beantworten. Bereits aus diesem Grund kann nicht gesagt werden, dass die Gewinnaussichten des Klägers geringer sind als die Verlustgefahren (zumal allenfalls gar ein Beweisverfahren über einen tatsächlich anders vereinbarten Inhalt nötig sein könnte). Hinzu kommt, dass sich der Vertrag ("Cash Advance Distribution Agreement ('Cash Ad') and Promissory Note") bzw. die darin enthaltene Rückzahlungsmodalität ausdrücklich auf das Arbeitsverhältnis bezieht, weshalb sich die Frage der Zulässigkeit einer solchen Rückzahlungsklausel stellt. In der Regel sind solche Klauseln nicht uneingeschränkt gültig, da sie die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers einseitig einschränken (können). Ausserdem hält der Vertrag fest, dass nach Ablauf einer bestimmten Zeit – nach der Beklagten der 11. März 2016 (vgl. act. 6/18 Rz 21) – keine Rückzahlung mehr zu erfolgen hat. Trifft dies zu, so wäre die "Darlehensgewährung" ohne Gegenleistung erfolgt und der Darlehenscharakter nicht gegeben, weshalb allenfalls eine Art bedingte Schenkung vorliegen würde (vgl. zum Ganzen: Fadri Brunold in: Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, SSA, Nr. 77, 2014 Rz. 298 f.; BK OR-Rehbinder/Stöckli, 2010, Art. 322d N 18; BSK OR-Portmann, 5. Aufl., Art. 322d N 25). Was die Aufhebungsvereinbarung und der handschriftliche Vermerk darauf anbelangt, so ist überdies unklar, ob zum einen die Aufhebungsvereinbarung gültig zustande gekommen ist sowie, ob diese Aufhebungsvereinbarung und damit auch der handschriftliche Vermerk mit Schreiben vom 12. November 2013 widerrufen wurde. Sodann ist dem Kläger beizupflichten, dass die Begründung der Vorinstanz, wonach in der Schweiz zu sog. Clawback-Klauseln keine gefestigte Rechtsauffassung bestehe, eine Aussichtslosigkeit im Sinne des Gesetzes nicht zu begründen vermag. Bei heiklen entscheiderelevanten Rechtsfragen darf nicht zu Ungunsten eines Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden (vgl. BGer 5A\_313/2013 E. 2.2).

- 9 - Insgesamt erweisen sich die Erfolgchancen des Klägers hinsichtlich dieser Forderung nicht derart aussichtslos, wie sie von der Vorinstanz angenommen werden.

### **E. 1.2.3**

Forderung über Fr. 212'829.– (nebst Zins zu 5% seit 1. November 2013) a) Bei dieser Forderung handelt es sich nach der Beklagten um eine Rückforderung von ungerechtfertigt bezahltem Lohn. Der Kläger habe bei der D.\_\_\_\_\_ AG die Umsatzzahlen

gefälscht und diese kriminellen Machenschaften verschwiegen (act. 6/18 Rz. 34). Ausserdem habe der Kläger die Beklagte über seine Leistungsfähigkeit getäuscht, indem er während seines Vorstellungsgesprächs falsche Angaben über seine bei der D.\_\_\_\_\_ AG gemachten Umsatzzahlen geliefert habe (act. 6/18 Rz. 39). Weil somit dem Vertragsschluss eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) zugrunde gelegen habe, habe die Beklagte den Arbeitsvertrag mit Schreiben vom 12. November 2013 angefochten und aufgehoben (act. 6/18 Rz 42 und Rz 48). Da es sich demzufolge beim bezahlten Lohn um eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung handle, müsse der Kläger der Beklagten gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR den Betrag von Fr. 212'829.– zurückerstatten (act. 6/18 Rz 52). Der Kläger bestreitet dies. Er führt aus, der Lohnrückforderungsanspruch scheitere bereits mangels Anfechtung des Arbeitsvertrages (act. 6/23 Rz 3, Rz 7, Rz 30, Rz 32 f.). Die Beklagte habe mit dem Schreiben vom 12. November 2013 nicht den Arbeitsvertrag, sondern die – ohnehin nicht zustande gekommene (act. 6/23 Rz 9-11; vgl. auch E. III.1.2.2.d oben) – Aufhebungsvereinbarung für ungültig erklärt. Ausserdem sei das Schreiben in französischer Sprache abgefasst, weshalb die Beklagte gegen den das Arbeitsverhältnis prägenden Grundsatz von Treu und Glauben verstossen habe. Hinzu komme, dass dieses Schreiben formell ungültig sei, weil die unterzeichnende Person nicht einzelzeichnungsberechtigt gewesen sei (act. 6/1 Rz 25; act. 6/23 Rz 5-7, Rz 9, Rz 34). In Bezug auf den Vorwurf der Täuschung bringt der Kläger vor, die Strafuntersuchung richte sich auch gegen E.\_\_\_\_\_, seinen damaligen Vorgesetzten und heutigen Geschäftsführer der Beklagten. Über die Strafuntersuchung habe man daher bereits vor und bei Antritt

- 10 - der Stelle diskutiert bzw. per E-mail und SMS korrespondiert (act. 6/23 Rz 18 f., Rz 30). b) Die Vorinstanz erwog, dass das Schreiben vom 12. November 2013 in französischer Sprache abgefasst worden sei, verstosse nicht gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht und entfalte Rechtswirkungen. Die Berufung auf die fehlende Zeichnungsberechtigung des Unterzeichnenden dieses Schreibens sei unbehilflich, weil die Beklagte dieses Schreiben vorbehaltlos genehmigt habe (act. 5 E. 1.2.3.8). Weiter hielt die Vorinstanz fest, der Hinweis des Klägers, wonach die Beklagte nicht den Arbeitsvertrag selbst, sondern die vorab getroffene einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung habe aufheben wollen, sei nicht zielführend. Eine Willensäusserung sei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Vor dem Hintergrund der damals zwischen den Parteien aufkeimenden Auseinandersetzung sowie unter Berücksichtigung des gesamten Schreibens habe die Beklagte nur die in der Aufhebungsvereinbarung gewährten Konditionen widerrufen wollen. Davon, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach wie vor in Kraft stehen würde, könne mithin keine Rede sein (act. 5 E. III.1.2.3.9). Sodann führte die Vorinstanz aus, aus der vom Kläger eingereichten E-mail-Korrespondenz (act. 6/24/1) sowie der im Recht liegenden Textnachricht (act. 6/24/2) lasse sich höchstens ableiten, dass die Beklagte im Februar 2013 von internen Ermittlungen gegen den Kläger gewusst habe. Diese Dokumente würden weder belegen, dass die Beklagte damals Kenntnis vom Strafverfahren gehabt habe, noch vermögen diese zu beweisen, dass der Kläger der Beklagten gegenüber seine Verfehlungen bei der D.\_\_\_\_\_ AG eingestanden habe. Im jetzigen Verfahrensstadium sei dem Kläger auch hinsichtlich dieser Forderung kaum Erfolg beschieden (act. 5 E. III.1.2.3.10). Hinzu komme, dass die klägerischen Bestreitungen in Bezug auf den Vorwurf, er habe zu seiner Leistungsfähigkeit falsche Angaben gemacht, unsubstantiiert seien (act. 5 E. III.1.2.3.11.). c) Der Kläger kritisiert im Wesentlichen, dass die Vorinstanz die Bestimmung von Art. 320 Abs. 3 OR und damit die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei der Beurteilung der Prozesschancen völlig ausser Acht gelassen habe (act. 2 Rz 15, Rz 19). Die

Beklagte äussert sich in ihrer Stellungnahme nicht da-

- 11 - zu. Vor Vorinstanz führte sie diesbezüglich aus, der Kläger sei bei Vertragsabschluss bösgläubig gewesen, weshalb er sich nicht auf Art. 320 Abs. 3 OR berufen könne (act. 6/18 Rz 46). d) Für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit dieser Forderung stehen die Voraussetzungen, die für eine Rückforderung von bereits bezahltem Lohn vorliegen müssen, im Vordergrund. Die Vorinstanz führte dazu nichts aus. Wird ein Vertrag wegen Willensmängel von der betroffenen Person angefochten, so ist er von Anfang an (ex tunc) ungültig. Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzuerstatten. Die Rückabwicklung erfolgt nach den Grundsätzen der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung. Bei ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnissen stösst dies auf erhebliche Schwierigkeiten oder erweist sich gar als unmöglich. Für den Arbeitsvertrag gilt Art. 320 Abs. 3 OR, wonach beide Parteien bis zur Anfechtung ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu erfüllen haben, sofern der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit leistet. Gemäss dieser Bestimmung wirkt die erfolgreich geltend gemachte Anfechtung eines ganz oder teilweise abgewickelten Arbeitsverhältnisses wie eine Kündigung ex nunc (BGE 132 III 242 E. 4.1 und E. 4.2). Für die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR ist primäre Voraussetzung die Ungültigkeit des abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Die Beklagte führt aus, sie habe mit Schreiben vom 12. November 2013 den Arbeitsvertrag infolge einer Täuschung nach Art. 28 OR angefochten. Für die Bejahung einer absichtlichen Täuschung bildet das Fehlen von Rechtfertigungsgründen eine Voraussetzung. Wird etwa im Vorfeld des Abschlusses eines Arbeitsvertrages eine persönlichkeitsverletzende Frage gestellt, so ist deren Falschbeantwortung als gerechtfertigt zu betrachten. Die Wahrung des eigenen Persönlichkeitsrechts ist mithin ein Rechtfertigungsgrund für die absichtliche Täuschung (Huguenin, Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Aufl., N 496). Alsdann entfällt das Recht des Getäuschten, sich auf die Ungültigkeit der Vereinbarung zu berufen. Die Ausübung des Anfechtungsrechts wegen falscher Beantwortung unzulässiger Fragen ist missbräuchlich (BK OR-Rehbinder/Stöckli, 2010, Art. 320 N 42).

- 12 - Die Beklagte führt zur Täuschung aus, der Kläger habe die im Rahmen des Bewerbungsgesprächs von der Beklagten standardmässig gestellte Frage, ob gegen ihn interne oder externe Verfahren am Laufen seien, wahrheitswidrig mit "nein" beantwortet, obwohl gegen ihn bereits eine interne Untersuchung gelaufen sei. Ausserdem habe er als Grund, weshalb er die D.\_\_\_\_\_ AG verlassen habe, angegeben, er habe zu wenig Bonus erhalten. Der Kläger sei sich zweifellos darüber im Klaren gewesen, dass er bei der Beklagten keine Anstellung erhalten würde, wenn sie über seine illegalen Machenschaften Bescheid wisse (act. 6/18 Rz. 36-38, Rz. 42; act. 11 Rz 23). Im Spätherbst 2013 habe die Beklagte Gewissheit erlangt, dass sie vom Kläger getäuscht worden sei. Sie habe dem Kläger mit Schreiben vom 12. November 2013 mitgeteilt, dass sie aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis infolge Willensmängel mit sofortiger Wirkung und rückwirkend ab dessen Entstehung infolge Ungültigkeit aufhebe und die von ihm darauf gestützte ungerechtfertigt erhaltene Zahlungen zurückfordere (act. 6/18 Rz. 47 f.). Der Kläger bestreitet die Anfechtung des Arbeitsvertrages. Er ist der Ansicht, dass nicht der Arbeitsvertrag, sondern die Aufhebungsvereinbarung für ungültig erklärt worden sei (act. 6/1 Rz 25; act. 6/23 Rz 34). Aus dem Schreiben vom 12. November 2013 – auf welches sich die Beklagte stützt – geht hervor, dass die Beklagte den Aufhebungsvertrag für nichtig erklärt hat ("[...] l'accord de fin de contrat que nous vous avons envoyé est nul [...]"; vgl. act. 6/3/10 S. 2 oben). Die

Beklagte behauptet aber, sie habe damit den Arbeitsvertrag wegen eines Willensmangels angefochten (vgl. act. 6/18 Rz 42, Rz 48 f.). Nach Ansicht der Vorinstanz hat die Beklagte indes nur die in der Aufhebungsvereinbarung gewährten Konditionen widerrufen wollen (vgl. act. 5 E. 1.2.3.9.). Ihre diesbezügliche Argumentation, wonach die zwischen den Parteien aufkeimende Auseinandersetzung sowie das gesamte Schreiben einzig diesen Schluss zulasse, überzeugt nicht. Es ist daher derzeit unklar, ob der Arbeitsvertrag überhaupt (gültig) angefochten wurde. Sodann ist fraglich, ob die Beklagte nach laufenden Ermittlungen fragen durfte, da der Kläger bis zur Verurteilung rechtlich als unschuldig anzusehen ist (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK). Sollte die Beklagte den Arbeitsvertrag gültig angefochten haben, wäre daher die Frage zu beantworten, ob sich der Kläger auf ein Notwehrrecht der Lüge berufen durfte oder er verpflichtet

- 13 - gewesen wäre, die Beklagte hinsichtlich der internen Untersuchung oder des hängigen Strafverfahrens aufzuklären. Weiter setzt die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gutgläubig erbracht hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers nur zu verneinen, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur die Kenntnis des Mangels beim Zustandekommen des Vertrages, sondern auch das positive Wissen von der Ungültigkeit des Vertrages, d.h. Kenntnis der Rechtsfolge, nachgewiesen werden kann. Im Bereich von Art. 320 Abs. 3 OR kommt Art. 3 Abs. 2 ZGB insoweit nicht zur Anwendung (BGE 132 III 242 E. 4.2.4 und E. 4.2.5). Die Beklagte führt dazu aus, der Kläger sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bösgläubig gewesen. Er habe zweifelsohne gewusst, dass insbesondere das Verschweigen der gegen ihn laufenden Verfahren sowie seiner kriminellen Machenschaften unausweichlich zur Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrages mit der Beklagten führen würden (act. 6/18 Rz 46). Aus den hier wiedergegebenen Ausführungen bzw. Behauptungen der Beklagten lassen sich keine Anhaltspunkte ausmachen, die allenfalls auf die Kenntnis des Klägers in Bezug auf die Rechtsfolgen der ihm allenfalls anzulastenden Täuschung schliessen lassen. Dieser Nachweis obliegt der Beklagten. Gelingt ihr dies nicht, kann sich der Kläger erfolgreich auf Art. 320 Abs. 3 OR berufen. e) Wenn sich – wie hier – schwierige und umstrittene Fragen stellen, ist umso eher von genügenden Gewinnaussichten auszugehen. Sind umfangreiche Abklärungen nötig, spricht dies ebenfalls gegen die Aussichtslosigkeit der Begehren. Insbesondere darf bei heiklen entscheiderelevanten Rechtsfragen nicht zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden. Sie sind vielmehr dem Sachgericht zur Beurteilung zu überlassen (vgl. BGer 5A\_313/2013 E. 2.2 mit Hinweis auf BGer 5A\_842/2011 E. 5.3). Nach dem Gesagten überwiegen die Verlustrisiken die Gewinnchancen keineswegs klar und deutlich. Das Rechtsbegehren des Klägers ist auch hinsichtlich dieser Forderung nicht als aussichtslos im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen.

- 14 -

## **E. 1.3**

### **Mittellosigkeit**

#### **E. 1.3.1**

Als bedürftig im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV gilt, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden. Dazu gehören

einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGer 5P.458/2006 E. 2.2 m.w.H.). Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu verweigern, wenn die betreffende Partei mit dem monatlichen Überschuss die Prozesskosten innert eines Jahres, bei weniger aufwendigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei anderen Prozessen tilgen kann. Entscheidend ist zudem, ob die betroffene Partei in der Lage ist, mit dem Überschuss die Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGer 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 1.3.2**

Da die Vorinstanz das Rechtsbegehren des Klägers als aussichtslos beurteilte, äusserte sie sich nicht zum Kriterium der Bedürftigkeit (vgl. act. 5 E. III./2.). Der Kläger führt in Bezug auf seine Mittellosigkeit aus, er sei verheiratet und Vater von fünfjährigen Zwillingen. Unter Hinweis auf die Beschlagnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Kanton Waadt (vgl. act. 6/3/17) führt er aus, seine Konten bei der Credit Suisse seien aufgrund des laufenden Strafverfahrens durch die zuständige Untersuchungsbehörde blockiert worden. Ausserdem habe er seit dem Vollzug der Pfändung keinerlei Zugriff mehr auf liquide Vermögenswerte. Aus der Pfändungsurkunde ergebe sich deutlich, dass er nicht über die Mittel verfüge, um das Verfahren zu finanzieren. Zurzeit erziele er auch kein Einkommen. Seine Ehefrau helfe in einem Cateringunternehmen aus und erziele damit neben der Kinderbetreuung ein monatliches Einkommen von Fr. 600.– bis Fr. 800.–. Da der monatliche Grundbetrag für ein Ehepaar Fr. 1'700.– und für jedes Kind unter zehn Jahren Fr. 400.– sowie die Hypothekarzinsbelastung pro Quartal Fr. 8'032.– betrage, werde deutlich, dass das Existenzminimum der Familie nicht gedeckt sei.

- 15 - Um die laufenden Rechnung zu bezahlen sowie die Familie zu ernähren, werde er durch seine Familie in Irland unterstützt (act. 6/1 Rz 54-58; act. 6/23 Rz 37). Die Beklagte bestreitet mit Nichtwissen, dass der Kläger nur über das betriebsrechtliche Existenzminimum verfüge und die notwendigsten Auslagen durch seine Familie in Irland gedeckt würden. Diese Darstellung erscheine wenig glaubhaft, da der Kläger durch seine illegalen Machenschaften vermutlich Millionen abkassiert habe. Der Kläger lege seine Vermögenswerte nicht vollständig offen. So habe er insbesondere zu verschweigen versucht, dass er mit seiner Ehefrau über eine Liegenschaft in ... verfüge. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt habe nur den Miteigentumsanteil des Klägers mit einer Sperre belegt. Den Miteigentumsanteil seiner Frau und seinen Miteigentumsanteil an den beiden Parkplätzen seien hingegen nicht mit einer Sperre belegt. Der Kläger und seine Ehefrau würden über die erforderlichen Mittel verfügen, um einen (mutwilligen) Prozess zu führen und ausserdem gehe die familienrechtliche Unterhalts- und Beistandspflicht der unentgeltlichen Rechtspflege vor (act. 6/18 Rz 61-63; act. 11 Rz 10-

### **E. 1.3.3**

Der im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege geltende Effektivitätsgrundsatz besagt, dass nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich vorhanden und verfügbar sind (vgl. BK ZPO-Bühler Art. 117 N 8 und N 68 je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Aufgrund der durch die Beklagte eingeleiteten Betreuung wurde beim Kläger die Pfändung nach Art. 89 ff. SchKG vollzogen (vgl. E. I.1. oben). Gemäss Pfändungsurkunde weisen die gepfändeten Vermögensstücke einen Schätzungswert von insgesamt Fr. 262'140.48 auf (act. 6/3/2). Die

in Betreuung gesetzte Forderung beträgt ohne Zinsen Fr. 387'829.–. Da bei der Pfändung alle pfändbaren Vermögenswerte gepfändet werden müssen, um die pfändenden Gläubiger für ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten zu befriedigen (Art. 97 Abs. 2 SchKG), ist davon auszugehen, dass der Kläger über keine weiteren (pfändbaren) Vermögenswerte verfügt. Aus der Pfändungsurkunde geht sodann weiter hervor, dass der Kläger von der Arbeitslosenkasse ... Taggelder in Höhe von durchschnittlich Fr. 8'144.75 bezieht und seine Ehefrau bei der Firma F.\_\_\_\_\_ durchschnittlich

- 16 - Fr. 800.– verdient. Gemäss Berechnung des Betreibungsamtes beträgt das Existenzminimum der gesamten Familie Fr. 4'600.– bzw. sein Anteil am monatlichen Existenzminimum Fr. 4'189.–. Die diesen Betrag übersteigenden Einkünfte wurden ebenfalls gepfändet (act. 6/3/2). Sodann ist zu berücksichtigen, dass das gesamte Vermögen bei der Credit Suisse durch die Staatsanwaltschaft Waadt beschlagnahmt wurde (vgl. act. 6/3/17). Dem Kläger ist aufgrund dieser Beschlagnahme und des Pfändungsvollzugs zurzeit verwehrt, auf sein Vermögen zuzugreifen (vgl. Art. 96 Abs. 1 SchKG). Diese Vermögenswerte sind zwar vorhanden, aber nicht verfügbar. Angesichts des Effektivitätsgrundsatzes können diese daher im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht berücksichtigt werden. Der Kläger hat als mittellos zu gelten. Eine Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Beschaffung flüssiger Mittel durch Veräusserung seines Miteigentumsanteils oder der Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens erübrigt sich (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 84 m.w.H.; BGE 119 Ia II E. 5 = Pra 84 [1995] Nr. 21). Da der Miteigentumsanteil des Klägers gepfändet ist, erscheint auch die weitere Belehnung oder der Verkauf des Miteigentumsanteils der Ehefrau wenig erfolgversprechend. Hinzu kommt, dass dem Kläger bei allfälliger Zumutbarkeit eines Verkaufs oder einer weiteren Belehnung der Liegenschaft hierfür ohnehin eine Frist zu setzen und bis zu deren Ablauf die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren wäre (vgl. BGer 4A\_294/2010 E. 3.4). Was den Hinweis der Beklagten auf die familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht anbelangt, so ist festzuhalten, dass bei dieser Ausgangslage nicht davon auszugehen ist, dass es der Ehefrau des Klägers möglich sein wird, den Prozesskostenvorschuss ohne Eingriff in ihren eigenen prozessualen Notbedarf zu leisten. Der Kläger hätte sodann auch ohne Einkommenspfändung als mittellos zu gelten, da ein allfälliger Überschuss zwischen Einkommen und zivilprozessualen Notbedarf mit den zu erwartenden Prozesskosten in Beziehung gesetzt werden muss. Der Kläger müsste in der Lage sein, mit dem monatlichen Überschuss die Prozess- und Anwaltskosten innert eines Jahres, bei weniger aufwendigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei anderen Prozessen zu tilgen. Dafür müsste ihm

- 17 - ein monatlicher Freibetrag von rund Fr. 3'500.– zur Verfügung stehen (vgl. E. III.1.3.1. oben), was bei einer vierköpfigen Familie mit einem Gesamteinkommen von rund Fr. 8'800.– nicht anzunehmen ist. Entscheidend ist nämlich ebenfalls, dass er mit dem Überschuss die Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten vermöchte (vgl. BGer 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Das ist hier nicht der Fall.

#### **E. 1.4**

Fazit Nach dem Gesagten erscheint das Verfahren betreffend negative Feststellungsklage nicht von vornherein als aussichtslos und ist der Kläger mittellos im Sinne des Gesetzes. Der Kläger steht überdies einer anwaltlich vertretenen Partei gegenüber, was die Bestellung eines Rechtsbeistandes angezeigt erscheinen lässt. In Gutheissung der Beschwerde ist daher

dem Kläger die unentgeltlicher Rechts- pflege zu bewilligen, und es ist ihm Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltli- cher Rechtsbeistand zu bestellen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 Abs. 1 ZPO. 2. Vorläufige Einstellung der Betreuung Der Kläger beantragt in Bezug auf die Verweigerung der vorläufigen Einstellung der Betreuung (Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheids) nur die Aufhe- bung. Da die Beschwerdeschrift diesbezüglich auch keine Begründung beinhaltet, wäre die Beschwerde in diesem Umfang abzuweisen (vgl. Hungerbühler, DIKE- Komm-ZPO, Art. 321 N 17 i.V.m. Art. 311 N 42). Vorliegend ist allerdings zu be- rücksichtigen, dass die Vorinstanz die wahrscheinliche Begründetheit der Klage (vgl. Art. 85a Abs. 2 SchKG) an ihr Ergebnis zur Aussichtslosigkeit knüpft (vgl. act. 5 E. V.). Dieses Vorgehen rechtfertigt sich daher hier ebenfalls. Ausnahms- weise schadet die mangelnde Begründung der Beschwerde nicht, da der Geset- zestext von Art. 85a Abs. 2 SchKG nahe legt, dass das Gericht dies ohnehin von Amtes wegen zu prüfen hat (vgl. BSK SchKG-Bodmer/Bangert, 2. Aufl. 2010, Art. 85a N 19; KUKO SchKG-Brönnimann, 2. Aufl. 2014, Art. 85a N 12).

- 18 - In der Betreuung Nr. ... wurde von der Beklagten mittlerweile das Verwertungs- begehren gestellt (act. 6/3/16). Da die negative Feststellungsklage nach dem oben Gesagten nicht aussichtslos ist, rechtfertigt es sich, die Betreuung Nr. ... gestützt auf Art. 85a Abs. 2 SchKG vorläufig in dem Sinne einzustellen, dass die Verwertung einstweilen ausgeschlossen ist. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit werden im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer – entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffas- sung – auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011). 2. Obwohl die Beschwerde des Klägers gutzuheissen ist, steht ihm für die- ses Verfahren keine Parteientschädigung zu, da die Beklagte vorliegend nicht Partei des Beschwerdeverfahrens ist, obwohl sie zur Stellungnahme eingeladen wurde und von der Äusserungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.1 und 4.2). Es wird erkannt:

## **E. 2**

Am 16. Februar 2015 machte der Kläger mit Eingabe vom 13. Februar 2015 bei der Vorinstanz seine Klage anhängig (act. 1). In der Sache verlangt er die Feststellung, dass er der Beklagten weder den Betrag von Fr. 175'000.– (zzgl. 5% Zins seit 15. März 2013) noch den Betrag von Fr. 212'829.– (zzgl. 5% Zins seit 1. November 2013) schuldet, sowie die Aufhebung der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (act. 1 und act. 9). Zudem stellte er bei der Vorinstanz ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 1 und act. 9). Mit Eingabe vom 10. März 2015 ersuchte die Beklagte die Vo- rinstanz um Sicherstellung der Parteientschädigung (act. 6/12). Aufforderungs- gemäss begründete die Beklagte die von ihr in Betreuung gesetzten Forderungen und beantragte die Abweisung des klägerischen Begehrens um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/18). Mit Eingabe vom 26. Mai 2015 erstattete der Kläger seine diesbezügliche Stellungnahme. Für Einzelheiten der Prozessge-

- 3 - schichte des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 3/1 = act. 5 = act. 6/25 E. II.1.-3.).

## **E. 3**

Mit Verfügung vom 8. Juni 2015 wies die Vorinstanz das klägerische Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Klage ab und sah von einer vorläufigen Einstellung der Betreibung Nr. ... ab. Sie setzte dem Kläger Frist an zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 18'500.– sowie, um zum Antrag der Beklagten auf Sicherstellung der Parteientschädigung Stellung zu nehmen (act. 3/1 = act. 5 = act. 6/25). Gegen die Verfügung vom 8. Juni 2015 erhob der Kläger mit Eingabe vom 22. Juni 2015 rechtzeitig (vgl. act. 6/26/3) Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2 S. 2): "1. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom

## **E. 8**

Juni 2015, Geschäfts-Nr-FO150001-G, sei aufzuheben. 2. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren Geschäfts-Nr-FO150001-G vor Bezirksgericht Meilen zu gewähren. 3. Eventualiter sei die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen. 4. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen. 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin." 4. Mit Verfügung vom 26. Juni 2015 wurde die Vollstreckung hinsichtlich Dispositivziffer 2 (Kostenvorschuss) des vorinstanzlichen Entscheides aufgehoben (act. 7). Der Beklagten wurde mit Verfügung vom 14. September 2015 Frist zur (freiwilligen) Stellungnahme zur Beschwerde des Klägers angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 28. September 2015 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme ein (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-27). Das Verfahren ist spruchreif.

- 4 - II. (Rechtliche Vorbemerkungen) 1. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Nach Eingang der Beschwerde prüft die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen die Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Beschwerde erging rechtzeitig (act. 2; act. 6/26/3), ist begründet und mit Anträgen versehen. Dem Eintreten steht nichts entgegen. 2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Parteien einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. 3. Bei der negativen Feststellungsklage ändern die umgekehrten Parteirollen an der im materiellen Recht begründeten Verteilung der Beweislast nichts. Obwohl die Gläubigerin die Beklagtenrolle innehat, trägt sie die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand ihrer Forderung, d.h. hinsichtlich der rechtsbegründenden Tatsachen. Der Kläger ist als Schuldner dagegen bezüglich der rechtshindernden bzw. rechtsaufhebenden Tatsachen beweisbelastet (BGer 4D\_68/2008 E. 2.2.).

- 5 - III. (Zur Beschwerde im Einzelnen) 1. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

**E. 12**

).

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