



---

5A\_291/2021

**Urteil vom 22. März 2022**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt, Schöbi,  
Gerichtsschreiber von Roten.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel U. Walder,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**Kantonsgericht Schwyz, 1. Zivilkammer,**  
Kollegiumstrasse, 6430 Schwyz.

---

Gegenstand

unentgeltliche Rechtspflege (Erbteilung;  
Berufungsverfahren),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts  
Schwyz, 1. Zivilkammer, vom 22. Februar 2021  
(ZK1 2019 28 und ZK2 2019 38).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

**A.a** Am xx.xx.2015 starb D.\_\_\_\_\_, Jahrgang 1942 (Erblasser).

**A.b** Gesetzliche Erben sind die Nachkommen des Erblassers, nämlich B.\_\_\_\_\_, Jahrgang 1992, und C.\_\_\_\_\_, Jahrgang 1996.

**A.c** A.\_\_\_\_\_, Jahrgang 1984, war die Lebenspartnerin des Erblassers.

**A.d** Am 31. Dezember 2015 wurden unter anderem die folgenden letztwilligen Verfügungen des Erblassers amtlich eröffnet:

- Testament vom 17. März 2013: Der Erblasser setzte darin seine Kinder auf den Pflichtteil und wendete die frei werdende Quote seiner Lebenspartnerin zu. Er hielt fest, dass seine Lebenspartnerin "somit meistbegünstigt ist und  $\frac{1}{2}$  meines Nachlasses erbt" (erste Seite). Auf der zweiten Seite des Testaments bestimmte der Erblasser, dass seine Lebenspartnerin jeden beliebigen Nachlassgegenstand auf Anrechnung an ihren Erbanteil an sich ziehen könne und für sämtliche lebzeitigen Zuwendungen von der Ausgleichung befreit sei. Er bezeichnete Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker.

- Testament vom 28. August 2014 mit der Überschrift "Klärung": Der Erblasser hielt darin das handschriftliche Testament vom 17. März 2013 unter Berücksichtigung der nachstehenden Klärung in allen Punkten aufrecht und bestätigte, dass die durch die Pflichtteilssetzung seiner Kinder frei werdende Quote vollumfänglich an seine Lebenspartnerin gehe, "die damit als eingesetzte Erbin gilt. Sie erbt damit  $\frac{1}{4}$  meines Nachlasses."

- Kopien vom 5. Dezember 2014 der zweiten Seite des Testaments vom 17. März 2013 und des Testaments vom 28. August 2014: Der Erblasser brachte auf den Kopien handschriftlich je den Vermerk "ungültig" an, den er datierte und unterschrieb.

- Testament vom 9. Februar 2015: Der Erblasser verfügte darin, dass er seine gesetzlichen Erben auf den Pflichtteil setze und als Willensvollstrecker F.\_\_\_\_\_ bezeichne.

## **B.**

**B.a** Am 31. März 2017 klagte A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) gegen B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner) auf Teilung des Nachlasses und insbesondere auf Feststellung, dass sie aufgrund der letztwilligen Verfügungen des Erblassers dessen eingesetzte Erbin und im Umfang der verfügbaren Quote am Nachlass beteiligt ist. Sie ersuchte um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Die Beschwerdegegner schlossen auf Abweisung.

**B.b** Das Bezirksgericht Höfe wies die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Es wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin, die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- zu bezahlen und die Beschwerdegegner mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen (Urteil vom 15. Mai 2019).

**B.c** Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung legte die Beschwerdeführerin Beschwerde ein. In der Sache erhob sie Berufung. Sie ersuchte um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Das Kantonsgericht Schwyz vereinigte die Verfahren, wies Berufung und Beschwerde ab und bestätigte das bezirksgerichtliche Urteil. Das Kantonsgericht wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im vereinigten Berufungs- und Beschwerdeverfahren ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin, die Gerichtskosten des vereinigten Berufungs- und Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- zu bezahlen und die Beschwerdegegner für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'500.-- zu entschädigen (Urteil vom 22. Februar 2021).

## **C.**

Mit Eingabe vom 15. April 2021 beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht unter anderem, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und das Kantonsgericht anzuweisen, ihr im vereinigten Beschwerde- und Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Für das bundesgerichtliche Verfahren ersucht die Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege. Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt.

Die Beschwerdeführerin hat gegen die Abweisung der Klage durch das Bezirksgericht und die Bestätigung der Klageabweisung durch das Kantonsgericht ebenfalls Beschwerde erhoben, die das Bundesgericht mit Urteil 5A\_286/2021 vom heutigen Tag abgewiesen hat, soweit es darauf eingetreten ist. Eine weitere Beschwerde betrifft die Verweige-

rung der unentgeltlichen Rechtspflege im Klageverfahren vor Bezirksgericht (5A\_292/2021).

## **Erwägungen:**

### **1.**

Das angefochtene Urteil betrifft die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im vereinigten Verfahren von Beschwerde und Berufung vor Kantonsgericht gegen ein bezirksgerichtliches Urteil über eine Erbteilungsklage und damit in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) mit Vermögensinteresse, das den für die Beschwerde in Zivilsachen vorausgesetzten Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 127 III 396 E. 1b/cc). Es ist zulässigerweise vom Kantonsgericht als einziger kantonaler Instanz gefällt worden (Art. 75 BGG; BGE 143 III 140 E. 1.2), lautet zum Nachteil der Beschwerdeführerin (Art. 76 Abs. 1 BGG) und gilt als Nebenpunkt eines Endentscheids, da das Erbteilungsverfahren abgeschlossen ist (Art. 90 BGG; zuletzt: Urteile 5A\_660/2020 vom 25. Februar 2021 E. 1.1; 5A\_456/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 1.2). Als Nebenpunkt kann die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel (BGE 137 III 47 E. 1.2) und damit der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden (zit. Urteil 5A\_286/2021 E. 1). Auf die im Weiteren fristgerecht erhobene (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG) Beschwerde kann eingetreten werden.

### **2.**

**2.1** Das Kantonsgericht hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung abgewiesen, die Rechtsmittel erwiesen sie aus den gleichen Gründen wie die Klage als aussichtslos. Offen bleiben könne, ob die Mittellosigkeit im Rechtsmittelverfahren zwischenzeitlich gegeben wäre (E. 4 S. 20 des angefochtenen Urteils).

**2.2** Zu den Erfolgsaussichten der Klagebegehren hat das Kantonsgericht ausgeführt, valable Gewinnaussichten für die klagende Beschwerdeführerin hätten nur bestanden, wenn gewichtige Gründe für die Entkräftung der Vermutung gemäss Art. 511 Abs. 1 ZGB, wonach die spätere letztwillige Verfügung des Erblassers an die Stelle einer früheren letztwilligen Verfügung tritt, ausser sie sei zweifellos deren blosse Ergänzung, behauptet und erstellt wären. Dem sei jedoch nicht so. Denn dem Wortlaut des Testaments vom 9. Februar 2015 liessen sich nicht einmal andeutungsweise Anhaltspunkte für die Annahme einer Ergänzung entnehmen. Der Inhalt sowie Sinn und Zweck ver-

möchten ebenso wenig für eine Begünstigung der Beschwerdeführerin zu sprechen, und schliesslich erwiesen sich auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Testamentsexterna als nicht geeignet bzw. gewichtig genug, um die Vermutung der konkludenten Aufhebung früherer Verfügungen nur schon anzuzweifeln (E. 3c S. 19 des angefochtenen Urteils).

**2.3** Ihre Prozessführung, wendet die Beschwerdeführerin ein, könne nicht als von Anfang an aussichtslos qualifiziert werden. Die letztwillige Verfügung des Erblassers vom 9. Februar 2015 sei offensichtlich auslegungsbedürftig, und es könne – vor allem auch mit Blick auf die zitierten Lehrmeinungen – nicht einfach angenommen werden, mit der Verfügung vom 9. Februar 2015 seien die formgültig bestehenden Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 aufgehoben worden. Ihre Rechtsbegehren hätten nicht als von vornherein aussichtslos qualifiziert werden dürfen. Denn die Gewinn- und Verlustchancen hielten sich bereits bei einer streng juristischen Betrachtung mindestens die Waage. Durch die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verletze die Vorinstanz im Resultat Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV sowie Art. 177 (recte: 117) ZPO (S. 24 Rz. 74-77 der Beschwerdeschrift).

### **3.**

**3.1** Gemäss Art. 117 lit. b ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. 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 (BGE 138 III 217 E. 2.2.4; 139 III 475 E. 2.2). Inwiefern sich aus Art. 6 EMRK mehr ergeben könnte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar (BGE 119 Ia 264 E. 3; 141 I 241 E. 4.2.2).

**3.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind als aussichtslos Begehren 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. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich 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 – zumindest vorläufig – nichts kostet. Ob im Einzelfall genü-

gende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 142 III 138 E. 5.1).

**3.3** Rechtsbegehren können wegen der Beweislage und/oder aus rechtlichen Gründen als aussichtslos erscheinen (z.B. BGE 98 Ia 340 E. 2a [tatsächlich] und E. 2b [rechtlich]). Ersteres prüft das Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel der Willkür, Letzteres hingegen frei, soweit es um den Begriff der Aussichtslosigkeit selber geht und sich die Erfolgchancen nach Bundesrecht bemessen (z.B. BGE 109 Ia 5 E. 1; 142 III 131 E. 4.1).

#### **4.**

**4.1** Vor Kantonsgericht war die Anwendung von Art. 511 Abs. 1 ZGB streitig. Errichtet danach der Erblasser eine letztwillige Verfügung, ohne eine früher errichtete ausdrücklich aufzuheben, so tritt sie an die Stelle der früheren Verfügung, soweit sie sich nicht zweifellos als deren blosser Ergänzung darstellt. Zu dieser Bestimmung besteht eine langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung, die sich in allen Einzelheiten auf bewährte Lehre stützen kann (E. 2.1 und E. 4 des zit. Urteils 5A\_286/2021). Die Beschwerdeführerin hat denn auch bis vor Bundesgericht nichts vorgebracht, was es hätte rechtfertigen können, von der bisherigen Rechtsprechung und Lehre abzuweichen (E. 4.1 des zit. Urteils 5A\_286/2021).

**4.2** Ihren abweichenden Standpunkt hat die Beschwerdeführerin vor Kantonsgericht auf neuere Kommentierungen gestützt, wonach die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 511 Abs. 1 ZGB bereits widerlegt und Ergänzung strikt bewiesen ist, wenn der Erblasser die frühere letztwillige Verfügung aufbewahrt hat (so MARTIN LENZ, in: Praxiskommentar Erbrecht, Abt/Weibel [Hrsg.], 4. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 511 ZGB) oder wenigstens "bewusst" aufbewahrt hat (so BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 509-511 ZGB). Sie hat dabei übersehen, dass erstere Auffassung ohne sachliche Gründe von der Rechtsprechung abweicht und die Voraussetzung "bewusst" gemäss letzterer Auffassung offenkundig nicht erfüllt war. Davon, dass sich die gesetzliche Vermutung im Fall der Beschwerdeführerin in ihr Gegenteil verkehrt hätte, konnte keine Rede sein (E. 4.3.3 des zit. Urteils 5A\_286/2021).

**4.3** Aussichtslosigkeit der Rechtsmittelbegehren durfte hier angenommen werden, weil sich das angefochtene Urteil auf herrschende Lehre

und Rechtsprechung stützen konnte und dagegen nichts Stichhaltiges vorgebracht wurde (BGE 100 Ia 18 E. 4b; Urteil 5A\_213/2008 vom 20. Juni 2008 E. 4; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 189 Ziff. 3 lit. a). Die angefochtene Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege verletzt somit kein Bundesrecht.

## **5.**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Eine Gutheissung ihres Gesuchs setzte insbesondere voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 64 Abs. 1 BGG; vgl. zum Begriff: BGE 139 III 396 E. 1.2). Die vorstehenden Erwägungen verdeutlichen, dass die erhobenen Rügen allesamt offensichtlich unbegründet sind (E. 4 oben), so dass die Beschwerdebegehren von Beginn an keinen Erfolg haben konnten (BGE 139 III 396 E. 2.4). Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darf nicht entsprochen werden. Die Beschwerdeführerin wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin und dem Kantonsgericht Schwyz, 1. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 22. März 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

von Roten