

C2 13 25

ENTSCHEID VOM 2. OKTOBER 2013

**Kantonsgericht Wallis
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Hermann Murmann, Einzelrichter; Dr. Adrian Walpen, Gerichtsschreiber

in Sachen

X_____, Gesuchsteller, vertreten durch Rechtsanwalt A_____

gegen

Y_____ **AG**, Gesuchsgegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt B_____

unentgeltliche Rechtspflege

Verfahren

A. Im Rahmen des Berufungsverfahrens betreffend Wandelung eines Werkvertrages reichte X_____ (nachfolgend Gesuchsteller) am 6. Mai 2013 beim Kantonsgericht Wallis ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Herrn X_____ wird für das Berufungsverfahren gegen den Entscheid vom 11. April 2013 des Bezirksgerichts C_____ die vollständige unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Herr Rechtsanwalt A_____ zum Rechtsbeistand ernannt.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben
3. Die Entschädigung geht mit der Hauptsache.

B. Am 27. Mai wurde das Gesuch der Y_____ (nachfolgend Gesuchgegnerin) zugestellt und ihr eine Antwortfrist von 30 Tagen gesetzt. Diese antwortete am 19. Juni 2013 und verlangte infolge Aussichtslosigkeit der eingereichten Berufung die Abweisung des Gesuches.

DAS KANTONSGERICHT stellt fest und zieht in Erwägung

1.a) Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (Art. 119 Abs. 1 ZPO), wobei dieses im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen ist (Abs. 5) und zwar bei der Behörde, die sich mit dem Hauptverfahren befasst (Art. 5 Abs. 1 VGR).

b) Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen und Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der ZPO vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Mit Berufung anfechtbar sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Gegenstand der Berufungen ist Wandelung eines Werkvertrages. X_____ will von der Y_____ AG den Betrag von Fr. 42'942.45 bezahlt erhalten. Dementsprechend ist die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- erreicht und die Berufung zulässig.

Mithin ist das Kantonsgericht auch zuständig um über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden. Ist eine Kollegialbehörde zuständig, entscheidet der Präsident (Art. 5 Abs. 2 VGR).

c) Über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

2.a) Seit der Einführung der schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 werden auch die Voraussetzungen und das Verfahren für Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege in Zivilverfahren in den Artikeln 117 bis 123 ZPO einheitlich geregelt. Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach neuem Bundesrecht sind jedoch gleich wie diejenigen nach altem kantonalem Recht, was unter dem Blickwinkel der verfahrensrechtlichen Grundrechte und Garantien nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht weiter verwunderlich ist.

b) Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a, formelle Voraussetzung) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b, materielle Voraussetzung). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Als aussichtslos gilt ein Begehren, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und sie deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können, insbesondere ist dies dann der Fall, wenn ein vernünftiger Mensch den Prozess unterlassen würde (vgl. BGE 133 III 614 E. 5, 129 I 135 E. 2.3.1, 128 I 236 E. 2.5.3 mit Hinweisen; ZWR 2004, S. 142 E. 2a). Die Nicht-Aussichtslosigkeit ist dabei nur glaubhaft zu machen (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, N. 6 zu Art. 118).

c) Der Begriff der Mittellosigkeit tritt anstelle der früher oft verwendeten Bedürftigkeit, wobei beide Begriffe die prekäre finanzielle Situation einer Person beschreiben, nämlich, dass diese nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Mittellosigkeit ist indes nicht mit Armut gleichzusetzen, sondern bezeichnet bloss das relative Unvermögen, mit den vorhandenen Mitteln zusätzlich die mutmasslichen Kosten eines konkreten Prozesses zu tragen (Rüegg, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 7 zu Art. 117).

Bei der Berechnung einer allfälligen Mittellosigkeit ist grundsätzlich vom betriebsrechtlichen Existenzminimum auszugehen, wobei den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Mittellosigkeit kann auch bejaht werden, wenn das Einkommen leicht über dem Existenzminimum nach SchKG liegt, da neben höheren Grundbeträgen insb. auch die laufenden Steuern (Gasser/Rickli, a.a.O., N. 4 zu Art. 118, Bundesgerichtsurteil I 485/03 vom 2. Dezember 2003 E. 3.2, BGE 123 I 2 E. 2a) und Krankenkassenprämien, nicht jedoch die Prämien für die Zusatzversicherungen (Perrin, la méthode du minimum vital, in: SJ 1993 S. 438, Gapany, Assistance judiciaire et administrative dans le canton du Valais, in: ZWR 2000 S. 130), zu berücksichtigen sind. Viele Kantone haben daher für die Berechnung der Mittellosigkeit Zuschläge von 10-30% oder aber einen im Einzelfall angemessenen Betrag aufgerechnet, was gemäss Botschaft auch unter der neuen ZPO geschehen soll (Köchli, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Baker & McKenzie [Hrsg.], N. 18 zu Art. 117, mit Verweis). Das Bundesgericht selbst hat es unter bisherigem Recht vermieden einen minimalen Zuschlag als angemessen oder gar verbindlich zu bezeichnen (Rüegg, a.a.O., N. 11 zu Art. 117). Ein allfälliger Überschuss zwischen Einkommen und Notbedarf ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Prozesskosten in Beziehung zu setzen. Dabei sollte der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen

Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen und anfallende Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (Rüegg, a.a.O., N. 7 zu Art. 117 mit Verweisen).

d) Unter das massgebliche Einkommen des Gesuchstellers fallen Nettolohn, Schichtzulagen, 13. Monatslohn, Familienzulage, Gratifikation, Naturallohn, Spesenpauschalen mit Lohncharakter, persönliche Alimentenzahlungen, Reingewinn bei Selbständigerwerbenden, Leistungen der Arbeitslosenversicherung, der AHV und der IV, Kapitalzinsen und andere Vermögenserträge. Anzurechnen sind auch Kapitalleistungen, die im Sinne eines Ersatzeinkommens geleistet werden.

Auf der Bedarfsseite sind zusätzlich zum betriebsrechtlichen Existenzminimum die laufenden Steuer-Verbindlichkeiten anrechenbar, sofern die Steuern bis anhin auch tatsächlich bezahlt wurden. Auch Abzahlungs- und Leasingraten (inkl. Amortisationsanteil) sind soweit sie regelmässig bezahlt und für die Anschaffung von Kompetenzgütern verwendet wurden, zu berücksichtigen (Rüegg, a.a.O. N. 12 und 14 zu Art. 117).

Im Übrigen muss - unter Berücksichtigung eines Freibetrages, sog. Notgroschen - auch das Vermögen zur Bestreitung von Prozessaufwand eingesetzt werden. Unter Umständen sind dafür auch Immobilien zu belasten (BGE 119 Ia 11 E. 5a, ausführlicher vgl. auch Köchli, a.a.O., N. 17 zu Art. 117 sowie Rüegg, a.a.O., N. 15 f. zu Art. 117).

e) Es obliegt dem Gesuchsteller, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie seinen Bedarf umfassend darzulegen und soweit möglich auch zu belegen (Bundesgerichtsurteil 5P.113/2004 vom 28. April 2004 E. 5.5.2 mit Hinweisen; ZWR 2004 S. 204 E. 2b). Dementsprechend schreibt Art. 4 VGR vor, dass das schriftlich einzureichende Gesuch um Gewährung des Rechtsbeistands zu begründen und zusammen mit dem letzten rechtskräftigen Veranlagungsentscheid über Einkommen und Vermögen sowie allen dienlichen Belegen einzureichen ist. Immerhin statuiert Art. 6 Abs. 1 VGR im Sinne einer Untersuchungs- resp. Officialmaxime, die zuständige Behörde habe die Höhe der Verfahrenskosten zu schätzen sowie die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers aufgrund der Akten und einer den Umständen angemessenen Untersuchung zu ermitteln. Dabei hat die Behörde im Rahmen ihrer Untersuchung primär vom Gesuchsteller, evt. aber auch von Dritten die für die Beurteilung des Gesuchs erforderlichen Auskünfte zu verlangen (Art. 6 Abs. 3 und 4 VGR).

f) Unter Annahme der Anspruchsberechtigung definiert Art. 118 ZPO den Umfang der unentgeltlichen Prozessführung. Diese umfasst ein Dreifaches: die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (lit. a); die Befreiung von Gerichtskosten (lit. b) sowie die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (lit. c). Zudem kann der unentgeltliche Rechtsbeistand ganz oder teilweise gewährt werden (Abs. 2), befreit aber nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Abs. 3).

Die Befreiung von der Vorschusspflicht, worin die unentgeltliche Rechtspflege in erster Linie besteht, umfasst die Befreiung von Gerichtskosten (Art. 98 ZPO), der Kautions

(Art. 99 ZPO) oder der Beweiskosten (Art. 102 ZPO, Gasser/Rickli a.a.O., N. 2 zu Art. 118).

Die Bestellung eines Rechtsbeistandes ist - in Übereinstimmung mit dem bisherigen kantonalen Recht - dann zu gewähren, wenn es die Wahrung der Rechte sprich Interessen notwendig macht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies dann der Fall, wenn die Verbeiständung sachlich geboten ist (BGE 119 Ia 264 E. 3 b); mithin nicht einfach zu lösende Fragen zu beurteilen sind (BGE 110 Ia 27 E. 2). Falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung des Bedürftigen eingreift, ist die Verbeiständung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 119 Ia 262 E. 3 b). Die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung entscheidet sich jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Die Rechtsnatur des Verfahrens ist dabei ohne Belang (BGE 130 I 180 E. 2.2; Forster, a.a.O., S. 460 f.; zum Ganzen vgl. auch Rüegg, a.a.O., N. 10 ff zu Art. 118). Zudem ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Rechtsverbeiständung insbesondere dann (sachlich) geboten, wenn die Gegenpartei ebenfalls anwaltlich verbeiständet ist. Dies aus Gründen der Waffengleichheit (Köchli, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N. 5 zu Art. 118; Gasser/Rickli N. 3 zu Art. 118, Rüegg, a.a.O., N. 12 zu Art. 118).

3.a) Der Gesuchsteller arbeitet bei der Kehrrechtverwertung Zürich Oberland und verdient dort inklusive 13. Monatslohn Fr. 6'184.50. Aus der Einräumung eines lebenslänglichen Wohnrechtes an der kleineren Wohnung im Zweifamilienhaus und der Verpachtung von landwirtschaftlichen Liegenschaften erhält er Fr. 583.35 monatlich, so dass er über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'767.85 verfügt.

b) Zur Berechnung der Mittellosigkeit und damit dem möglichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege sind die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG (Version Juli 2009) heranzuziehen. Demnach setzt sich der Notbedarf aus dem monatlichen Grundbetrag sowie diversen Zuschlägen etwa für Mietzins, Nebenkosten, Sozialversicherungsbeiträgen, Berufsauslagen etc. zusammen.

Der Gesuchsteller macht einen monatlichen Notbedarf von Fr. 7'323.-- geltend. Dieser Berechnung kann, wie nachfolgend gezeigt wird, nicht gefolgt werden.

Ausgangspunkt ist jedoch nicht wie der Gesuchsteller im seinem Gesuch ausführt der Grundbetrag von Fr. 1'200.-- für eine alleinstehende Person, sondern, da er mit seiner Lebenspartnerin C_____ im gemeinsamen Haushalt wohnt, der hälftige Grundbetrag für ein Ehepaar, resp. zwei in einer eingetragenen Partnerschaft lebende Personen, nämlich Fr. 850.-- (Fr. 1'700.-- : 2).

Des Weiteren geht es nicht an, dass sich die Lebenspartnerin nicht an den Kosten der Wohnung, in der sie mit dem Gesuchsteller wohnt, beteiligt. Sie hat anteilmässig, nämlich zur Hälfte, dafür aufzukommen. Da es sich bei dieser Wohnung um Eigentum des

Gesuchstellers handelt und somit kein Mietzins bezahlt wird, können statt dessen die bezahlten Hypothekarzinsen von Fr. 937.--, sowie die Nebenkosten, nämlich die Gebäude- und Hausratversicherung von Fr. 91.50 (ohne Bienenhaus und Schopf), sowie die Kosten für Wasser, Holz, Strom und Kehricht von Fr. 243.-- berücksichtigt werden, gesamthaft somit Fr. 1'271.50. Davon hat die Lebenspartnerin Fr. 635.75 zu übernehmen.

Grundsätzlich können die Steuern zum Grundbedarf gezahlt werden, jedoch nur, wenn sie auch bezahlt werden. Gemäss eigenen Angaben hat der Gesuchsteller die Steuern für das Jahr 2012 nicht bezahlt, weshalb der entsprechende Betrag nicht zum Grundbedarf hinzugezählt werden kann.

Die Unterhaltbeiträge an die Ehegattin und die Kinder betragen nicht Fr. 3'664.-- im Monat, wie dies der Gesuchsteller ausführt, sondern gemäss Urteil des Obergerichtes Zürich Fr. 900.-- pro Kind und Fr. 1'100.-- für die Ehegattin, was total Fr. 2'900.-- ausmacht.

Demnach ergibt sich für den Gesuchsteller nachfolgende Bedarfsrechnung:

- Grundbetrag (Fr. 1'700.-- : 2)	Fr. 850.--
- Zuschlag 20%	Fr. 170.--
- Hypothekarzinsen (1/2)	Fr. 468.50
- Gebäude- und Hausratversicherung (1/2)	Fr. 45.75
- Wasser, Heizung, Strom, Kehricht (1/2)	Fr. 121.50
- Prämie KVG	Fr. 47.--
- Unterhaltsbeiträge Kinder & Ehegattin	Fr. 2'900.--
- Auswärtige Verpflegung	Fr. 220.--
- Fahrkosten	Fr. 286.--
- Fahrzeugversicherung	Fr. 56.--
- Amortisation Privatarlehen	<u>Fr. 200.--</u>
Total	<u>Fr. 5'364.75</u>

c) Dem Bedarf des Gesuchstellers von Fr. 5'364.75 steht ein Einkommen von Fr. 6'767.85 gegenüber. Es resultiert ein Überschuss von Fr. 1'403.10 und es liegt somit keine Bedürftigkeit vor.

4. Die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens wird sich bei einem Streitwert von Fr. 42'942.45 gemäss Art. 16 und 19 GTar auf Fr. 1'403.60 belaufen. Das Anwaltshonorar wird entsprechend Art. 32 und 35 GTar Fr. 2'661.20 betragen. Mithin wird es dem Gesuchsteller möglich sein diese Beträge innert sehr kurzer Zeit zu bezahlen. Das Ge-

such um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege muss daher bereits aus diesem Grunde abgewiesen werden.

5. Was die Aussichtslosigkeit der Berufung betrifft, so muss bereits jetzt festgehalten werden, dass der Gesuchsteller Fr. 42'942.45 eingeklagt hat. Die Summe, die den Betrag von Fr. 33'969.30 übersteigt, wurde weder rechtsgenügend behauptet noch bewiesen, so dass zumindest für diesen Betrag die Berufung auch aussichtslos erscheint und hierfür keine unentgeltliche Rechtspflege erteilt werden kann.

6. Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden - ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit - keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO), weshalb vorliegend, da (noch) nicht von einer bös- oder mutwilligen Prozessführung ausgegangen werden kann, keine Gerichtskosten erhoben werden.

7. Da dem Gesuchsteller vorliegend die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird, gilt er als unterliegende Partei, weshalb er keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. Auch dem Gesuchsgegner steht keine Parteientschädigung zu (Rüegg, a.a.O., N. 9 zu Art. 119; Bühler, Berner Kommentar, N. 152 zu Art. 119 ZPO m.w.H.).

erkennt:

1. Das Gesuch von X_____ um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Für diesen Entscheid werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Sitten, 2. Oktober 2013