

C3 12 39

**URTEIL VOM VOM 20. SEPTEMBER 2012**

**Kantonsgericht Wallis  
Zivilkammer**

Es wirken mit: Kantonsrichter Hermann Murmann, Gerichtsschreiber Dr. Rochus Jossen

**In Sachen**

X\_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin

**gegen**

Y\_\_\_\_\_, Beschwerdegegnerin

(Kostenvorschuss/unentgeltliche Rechtspflege)

## Verfahren

**A.** Y\_\_\_\_\_ betrieb mit Zahlungsbefehl Nr. xxx des Betreibungsamtes A\_\_\_\_\_ vom 16. November 2011 X\_\_\_\_\_ für die Beträge von Fr. 2'779.25 sowie Fr. 360.75. Nachdem X\_\_\_\_\_ am 6. Dezember 2011 Rechtsvorschlag erhoben hatte mit der Begründung, sie sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, überwies das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag zur Behandlung an das Bezirksgericht A\_\_\_\_\_.

**B.** Dieses verfügte am 24. Januar 2012 unter anderem, dass die Schuldnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 300.-- zu leisten habe (Vorakten, S. 4 f.), wogegen diese am 2. Februar 2012 „Einsprache“ namentlich mit der Begründung erhob, im vorliegenden Verfahren sei der Gläubiger kostenvorschusspflichtig (Vorakten, S. 32). Gleichentags ersuchte sie um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Vorakten, S. 7, 32). Mit Entscheid vom 22. Februar 2012 wies das Bezirksgericht A\_\_\_\_\_ dieses Gesuch ab (Vorakten, S. 56 ff.).

**C.** Hiergegen gelangte X\_\_\_\_\_ am 28. Februar 2012 mittels Beschwerde an die Zivilkammer des Kantonsgerichts und beantragte, dass ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde und die Kosten des Verfahrens bei der Gläubigerin eingefordert würden. Am 5. März 2012 übermittelte der Bezirksrichter die amtlichen Akten und verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Y\_\_\_\_\_ reichte am 5. März 2012 ihre Beschwerdeantwort ein, woraufhin die Beschwerdeführerin am 14. März 2012 replizierte.

## Das Kantonsgericht stellt fest und zieht in Erwägung

**1. a)** Entscheide, welche die unentgeltliche Rechtspflege ablehnen oder entziehen sowie Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten können mittels schriftlicher und begründeter Beschwerde beim Kantonsgericht angefochten werden, wobei ein Einzelrichter entscheiden kann (Art. 103, 121, 319 ff. ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c EGZPO).

Vorliegend erfolgte die Beschwerde im Anschluss an den Entscheid des Bezirksgerichts vom 22. Februar 2012, mit welchem dieses das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen hatte. In ihrer Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht ausschliesslich gegen die ihr nicht gewährte unentgeltliche Rechtspflege, sondern sie rügt ebenso, dass ihr und nicht der Gläubigerin ein Kostenvorschuss auferlegt worden ist.

**b)** Die klagende Partei muss gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ein schutzwürdiges Interesse haben. Im Rechtsmittelverfahren entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Der Kläger muss somit durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N. 12 ff. zu Art. 59 ZPO). Die Beschwerdeführerin ist vorliegend, als Partei vor der Vorinstanz, welcher die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt wurde, und als mit dem Vorschuss belastete Partei zur Beschwerdeführung legitimiert.

**c)** Die Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Dies gilt auch, soweit die Beschwerdeführerin die richterliche Verfügung vom 24. Januar 2012 anfecht. Dieser fehlte eine entsprechende Rechtsmittelbelehrung und wurde mithin mangelhaft eröffnet, weshalb der Beschwerdeführerin als juristischem Laie eine hieraus folgende verspätete Beschwerdeeinreichung nicht zum Nachteil gereichen darf (Bundesgerichtsurteile 5D\_22/2012 vom 21. Juni 2012 E. 3.1 und 5A\_120/2012 E. 4.1, je mit Hinweisen). Überdies rügte die Beschwerdeführerin bereits am 2. Februar 2012 gegenüber der Vorinstanz und folglich innerhalb der Beschwerdefrist von zehn Tagen die Auferlegung des Kostenvorschusses.

Folglich ist auf die Beschwerde einzutreten.

**2.** Mit Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

**a)** Die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung prüft die Beschwerdeinstanz mit freier Kognition; die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung hingegen unterliegt einer beschränkten Kognition (Freiburghaus/Afheltdt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 4 f. zu Art. 320 ZPO).

**b)** In Übereinstimmung mit der bisherigen kantonalen Nichtigkeitsklage gilt für die Beschwerde das Rügeprinzip, das sich aus der Begründungspflicht des Rechtsmittels ergibt (Ducrot/Fux, Neue Gesetzgebung im Bereich der Gerichtsorganisation und der Zivilprozessordnung: Praktische Auswirkungen im Kanton Wallis, ZWR 2011, S. 111; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich 2010, N. 6 zu Art. 311 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 26 N. 42; a. M.: Mathys, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Bern 2010, N. 19 zu Art. 311 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz prüft demnach lediglich die in der Beschwerde vorgebrachten und genügend substantiierten Rügen, wobei rein appellatorische Vorbringen diese Anforderungen nicht erfüllen.

**c)** Im Beschwerdeverfahren sind zudem neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel von Gesetzes wegen bis auf einzelne besondere Vorbehalte ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Diese negative Novenregelung entspricht dem ausserordentlichen Charakter der Beschwerde, welche eher einer kantonalen

Nichtigkeitsbeschwerde als einem kantonalen Rekurs gleicht (Spühler, in: Spühler et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 2 zu Art. 326 ZPO). Mithin führt die Beschwerde das erstinstanzliche Verfahren nicht weiter, sondern die Beschwerdeinstanz urteilt nach den vor erster Instanz abgenommenen Beweisen.

Massgebend ist also die Aktenlage, wie sie vor erster Instanz bestanden hat und allfällig nachträglich eingereichte Beweismittel sind aus den Akten zu weisen.

**3.** Die Beschwerdeführerin sieht nicht sich, sondern die Gläubigerin als kostenvorschusspflichtig an und rügt mithin eine Verletzung von Art. 98 ZPO sowie Art. 265a Abs. 1 und 2 SchKG, was die Beschwerdeinstanz frei überprüfen kann.

Die schweizerische Praxis ist sich uneinig über die Rollenverteilung von Gläubiger und Schuldner im summarischen Verfahren der Einrede des mangelnden neuen Vermögens im Sinne von Art. 265a Abs. 1 – 3 SchKG und über die damit zusammenhängende Kostenvorschusspflicht.

Für die Zuweisung der Klägerrolle an den Gläubiger wird die Nähe des infrage stehenden Verfahrens zum Rechtsöffnungsverfahren angeführt (vgl. Spahr, Prozessuales zum Bewilligungsverfahren nach Art. 265a SchKG am Beispiel des Kantons Thurgau, BISchK 2004, S. 125 f.) und überdies wird darauf hingewiesen, dass beide Verfahren vom Gläubiger provoziert würden (vgl. Jeandin, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Commentaire Romand, Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel 2005, N. 18 zu Art. 265a SchKG). Dies werde durch das in verschiedenen Kantonen angewendete Zwischenverfahren unterstrichen, im Zuge dessen der Gläubiger nach Überweisung des Rechtsvorschlags an den Richter die Möglichkeit erhält, das Verfahren zu beenden (vgl. so etwa Gut/Rajower/Sonnenmoser, Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens, AJP 1998, S. 532; Spahr, a.a.O., S. 126).

Richtigerweise ergibt sich die Zuweisung der Klägerrolle *an den Schuldner* jedoch einerseits aus dem Gesetzeswortlaut und andererseits aus dem vergleichbaren Verfahren der Wechselbetreibung. So hält Art. 265a Abs. 1 SchKG ausdrücklich fest, dass das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag mit der Begründung des Schuldners, er sei zu keinem neuen Vermögen gekommen, von Amtes wegen, d.h. ohne Zutun des Gläubigers, dem Richter vorlegt, womit das richterliche Verfahren nicht durch den Gläubiger in Gang gesetzt wird und im Gegensatz zum Rechtsöffnungsverfahren nicht von dessen Willen abhängt. Vielmehr verursacht der Schuldner bereits durch die Erhebung der Einrede mangelnden neuen Vermögens das richterliche Verfahren (Huber, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, N. 21 zu Art. 265a SchKG). Überdies entfaltet der Rechtsvorschlag des Schuldners bei Art. 265a SchKG anders als im Rechtsöffnungsverfahren nicht per se Rechtswirkung, sondern er ist gemäss Gesetzeswortlaut zu diesem Zweck erst vom Richter zu bewilligen (vgl. Konferenz der

Beitreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz [Hrsg.], Kommentar SchKG Gebührenverordnung, 2008, N. 4 zu Art. 49; Brönnimann, Neuerungen bei ausgewählten Klagen des SchKG, ZSR 1996 I, S. 228). Eigentlicher Verfahrensgegenstand ist daher nicht die Beseitigung des Rechtsvorschlags, sondern dessen Bewilligung (Fürstenberger, Einrede des mangelnden und Feststellung neuen Vermögens nach revidiertem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Basel 1999, S. 80 mit Hinweisen), womit die Initiative im Einredeverfahren beim Schuldner, welcher glaubhaft machen muss, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist, und nicht beim Gläubiger liegt (Urteil des Obergerichts Aargau vom 29. August 2011, CAN 2012, S. 25 mit Hinweisen). Dies rückt das Verfahren in die Nähe der Wechselbetreibung, bei welcher sich der Schuldner in der Klägerrolle befindet und von ihm ein Kostenvorschuss verlangt werden kann (Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Land vom 24. April 2001, BISchK 2003, S. 95 mit Hinweisen).

Diese Ansicht findet Halt in den Gesetzesmaterialien, wurde doch im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ein Antrag, die Überweisung sei nur auf Verlangen des Gläubigers vorzunehmen, ausdrücklich abgelehnt (vgl. AmtlBull. NR, 1993, S. 38 f.; StR, 1993, S. 655), und sie findet denn auch mehrheitlich Zustimmung bei den kantonalen Gerichten (Urteil des Obergerichts Aargau vom 29. August 2011 [in: CAN 2012, S. 24 ff.]; Urteil des Obergerichts Zürich vom 8. Juli 2003 [in: ZR 2004, S. 23 ff.]; Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Land vom 24. April 2001 [in: BISchK 2003, S. 92 ff.]; anders aber Entscheid der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 7. April 1997 [in: BISchK 2000, S. 104]). Insgesamt erweist sich diese Lösung aus den erwähnten Gründen als sachgerecht, zumal vorliegend ein Zwischenverfahren, wie es verschiedentlich praktiziert wird (vgl. Huber, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, N. 20 zu Art. 265a SchKG mit Hinweisen), nicht zur Anwendung gelangte, sondern das Betreibungsamt A\_\_\_\_\_ den Rechtsvorschlag aus eigenem Antrieb dem Bezirksrichter zur Beurteilung vorlegte. Die Beschwerde erscheint in diesem Punkt folglich als unbegründet und der Kostenvorschuss wurde zu Recht bei der Beschwerdeführerin erhoben.

**4. a)** Mithin bleibt der angefochtene Entscheid hinsichtlich der verweigerten unentgeltlichen Rechtspflege wegen fehlender Mittellosigkeit zu überprüfen.

Bei der Berechnung einer allfälligen Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist grundsätzlich vom betreibungsrechtlichen Existenzminimum auszugehen, wobei den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist und Mittellosigkeit auch bejaht werden kann, wenn das Einkommen leicht über dem Existenzminimum nach SchKG liegt, da neben höheren Grundbeträgen insb. auch die laufenden Steuern (Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010, N. 4 zu Art. 118 ZPO; 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, SJ 1993, S. 438, Gapany, Assistance judiciaire et administrative dans le canton du Valais, ZWR 2000, S. 130) zu

berücksichtigen sind. Dabei obliegt es grundsätzlich der Gesuchstellerin, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihren Bedarf umfassend darzulegen und soweit möglich auch zu belegen (Art. 4 Abs. 2 VGR; Bundesgerichtsurteil 5P.113/2004 vom 28. April 2004 E. 5.5.2 mit Hinweisen; ZWR 2004 S. 204 E. 2b).

**b)** Vorliegend ging das Bezirksgericht von einem monatlichen Einkommen von Fr. 2'481.-- und von einem monatlichen Lebensbedarf von rund Fr. 2'096.-- (bestehend aus Grundbetrag [Fr. 1'200.--], Miete inkl. Nebenkosten [Fr. 600.--], Telefonkosten [Fr. 100.--], Krankenkassenprämien [Fr. 145.95], Nebenkosten und Kosten der Hausrat-/Haftpflichtversicherung [je Fr. 50.--]) aus, was zu einem monatlichen Aktivenüberschuss von Fr. 355.-- führt.

**c)** Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Bezirksgericht habe bei der Berechnung ihres Grundbedarfs den Sachverhalt verschiedentlich fehlerhaft festgestellt.

**aa)** Die Beschwerdeführerin sieht vorab darin eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung, dass das Bezirksgericht die Gewinnungskosten für ihre Arbeit nicht in der Bedarfsrechnung berücksichtigte.

Mit dieser Rüge geht sie fehl. Denn massgebend zur Beurteilung der Mittellosigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchsstellung (BGE 135 I 221 E. 5.1; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N. 4 zu Art. 117 ZPO mit Hinweisen). Zu diesem Zeitpunkt bezog die Beschwerdeführerin jedoch gemäss ihren eigenen Belegen eine Arbeitslosenentschädigung (Vorakten, S. 26), weshalb auch keine unumgänglichen Berufsauslagen zu berücksichtigen waren.

**bb)** Die Beschwerdeführerin macht sodann eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung geltend, soweit das Bezirksgericht für Telefonkosten einen Betrag von Fr. 100.-- annahm. Dieser sei für ein Darlehen für das Camionpermis. Für Internet und Fernsehen bezahle sie Fr. 113.25.

Der monatliche Grundbetrag von Fr. 1'200.-- für alleinstehende Personen deckt sowohl Radio/TV- und Telefongebühren (inklusive Internetgebühren) wie auch Prämien für Privatversicherungen ab (Vonder Mühlh, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I: Art. 1-158 SchKG, 2. A., Basel 2010, N. 24, 27 zu Art. 93 SchKG; Emmel, a.a.O., N. 10 zu Art. 117 ZPO), weshalb die Rüge der Beschwerdeführerin ins Leere zielt, wenn sie vorbringt, das Bezirksgericht habe diese Beträge zu tief gewichtet. Vielmehr beurteilte die Vorinstanz die Sachlage sowohl mit der Annahme von Telefonkosten im Umfang von Fr. 100.-- als auch von Kosten für die Hausrat-/Haftpflichtversicherung über Fr. 50.-- zu Gunsten der Beschwerdeführerin.

Soweit die Beschwerdeführerin mit der Bemerkungen, sie habe Fr. 100.-- für die Rückzahlung eines Darlehens für das Lastwagenpermis aufgewendet, diesen Betrag ebenfalls im Grundbedarf berücksichtigt haben möchte, konnte die heute 58-jährige Beschwerdeführerin nicht darlegen, inwieweit diese Weiterbildung beruflich oder für die

Gewährung eines existenzsichernden Einkommens notwendig war (vgl. hierzu Vonder Mühl, a.a.O., N. 28 zu Art. 93 SchKG mit Hinweis).

**d)** Letztlich macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 117 lit. a ZPO geltend, indem sie angibt, das Bezirksgericht habe ihre Mittellosigkeit fälschlicherweise verneint, weil der monatliche Überschuss ihr erlaube, die Prozesskosten innert Jahresfrist zu tilgen, statt die Mittellosigkeit richtigerweise nur dann zu bejahen, wenn ein monatlicher Überschuss von Fr. 500.-- bleibe.

Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Beurteilung der Bedürftigkeit ein allfälliger Überschuss zwischen Einkommen und Notbedarf entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sehr wohl mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Prozesskosten in Beziehung zu setzen und die Bedürftigkeit zu verneinen, falls es der monatliche Überschuss ermöglicht, 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 (Bundesgerichtsurteile 4A\_87/2007 vom 11. September 2007 E. 2.1, 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005 E. 2.2; Rüegg, in: Spühler et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 7 zu Art. 117 ZPO; Emmel, a.a.O., N. 12 zu Art. 117 ZPO, je mit Hinweisen).

Der vom Bezirksgericht mit Recht bejahte monatliche Überschuss von mindestens Fr. 355.-- ermöglicht es der Beschwerdeführerin angesichts der vorliegend eher bescheidenen mutmasslichen Prozesskosten von Fr. 300.-- (vgl. Art. 48 GebV SchKG) ohne weiteres, die Gerichtskosten innert nützlicher Frist abzutragen, womit die Vorinstanz auch diesbezüglich kein Recht verletzt hat. Dies gilt, selbst wenn man den Grundbetrag von Fr. 1'200.-- aufgrund der individuellen Umstände des konkreten Einzelfalls, insbesondere des Alters der Beschwerdeführerin, um 20 % auf Fr. 1'440.-- erhöhen würde.

**5. a)** Insgesamt erweist sich die Beschwerde aus den genannten Gründen als unbegründet und sie ist abzuweisen.

Das Gericht hat in seinem Entscheid die Prozesskosten von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Diese umfassen sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 ZPO). Die Prozesskosten werden der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009, wobei gemäss Art. 1 Abs. 3 GTar die Bestimmungen der Spezialgesetzgebung vorbehalten bleiben.

**b)** Die Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG) bestimmt in Art. 61, dass das obere Gericht, an das eine betreibungsrechtliche Summarsache weitergezogen wird, für seinen Entscheid eine Gebühr erheben kann, die höchstens das Anderthalbfache der für die

Vorinstanz zulässigen Gebühr beträgt. Art. 48 GebV SchKG sieht für einen Streitwert von über Fr. 1'000.-- bis Fr. 10'000.-- eine Spruchgebühr von Fr. 50.-- bis Fr. 300.-- vor.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 150.-- festgesetzt (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG).

**c)** Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat, da sie in eigener Sache auftritt, keinen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO, wohl aber auf den Ersatz der notwendigen Auslagen (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO). Für ihre zweiseitige Stellungnahme vom 5. März 2012 ist ihr ein Auslagenersatz von Fr. 20.-- zuzusprechen.

#### **Demnach wird erkannt**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 150.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin bezahlt der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 20.--.

Sitten, 20. September 2012