

## **Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess - Praxis des Kantonsgerichts, Abteilung Zivilrecht - Vortrag gehalten an der Leuenbergtagung vom 14. Juni 2013**

Die meisten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege werden im Rahmen von Prozessleitenden Verfügungen behandelt und den Parteien häufig nur mündlich begründet, so dass der grösste Teil der Entscheidungen weder ausführlich schriftlich begründet noch publiziert wird. Seit 2012 publiziert die Abteilung Zivilrecht bedeutend mehr Entscheide auf der Homepage des Kantons. Die Entscheide betr. der unentgeltlichen Rechtspflege sind unter dem Stichwort ZPO zu finden. Die Publikationen unter KGEBL erscheinen seit 2012 nicht mehr in gebundener Papierform.

Im Rahmen meines Kurzreferates werde ich nach einleitenden und grundsätzlichen Bemerkungen Ausführungen zum Verfahren, zur Beschwerdelegitimation sowie zur Mittellosigkeit und zur Aussichtslosigkeit machen.

### **Einleitende Bemerkungen / Grundsätzliches**

Aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess ist seit dem 1.1.11 abschliessend in der ZPO geregelt. Art. 117 - 123 ZPO äussern sich über Anspruch, Umfang, Gesuch, Verfahren, Entzug und Rechtsmittel sowie zur Liquidation der Prozesskosten und zur Nachzahlung. Gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. a und b. umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen und von den Gerichtskosten. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. c ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Allerdings ist dafür zusätzlich zu den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 117 ZPO erforderlich, dass zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers ein Rechtsbeistand auch tatsächlich notwendig ist. Wie die Beurteilung der Mittellosigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit hat die Prüfung der Notwendigkeit der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu erfolgen. Für das Schlichtungsverfahren sind hohe Anforderungen an die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu stellen. Eingehend hat sich der Entscheid 410 12 119 mit dieser Thematik befasst. Allgemein ausgedrückt hat eine Partei dann Anspruch auf Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Der Gesetzgeber hat in Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ausdrücklich festgehalten, dass die Konstellation der anwaltlichen Vertretung der Gegenpartei die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes in aller Regel rechtfertigt. Da dieses Prinzip formeller Natur ist, braucht der Ansprecher nicht näher aufzuzeigen, inwiefern er konkreten Bedarf nach einer Rechtsverbeiständung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2008 E. 3.2; BGE 110 Ia 27 E. 2). Die gesetzliche Formulierung in Art. 119 Abs. 2 ZPO macht klar, dass kein Anspruch auf die Ernennung der gewünschten Rechtsvertretung besteht (Art. 118 ZPO; 410 11 184). Es könnte somit auch je nach Konstellation ein anderer Rechtsanwalt als der gewünschte vom Gericht eingesetzt werden.

Art. 113 Abs. 1 ZPO enthält einen Hinweis auf die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeistände im Schlichtungsverfahren durch den Kanton. Art. 218 Abs. 2 ZPO

regelt die unentgeltliche Mediation in kindesrechtlichen Angelegenheiten. Da sich die Bestimmungen der ZPO zur unentgeltlichen Rechtspflege im Wesentlichen mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch decken, bleibt die Praxis des Bundesgericht zu Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 4 aBV sowie zu den §§ 71 ff. ZPO BL massgebend.

Auch wenn die ZPO dies nicht explizit festhält, so ist aufgrund der Botschaft zur ZPO (S. 7301) davon auszugehen, dass grundsätzlich nur natürliche Personen als Parteien Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben.

Kann der verfassungsmässig garantierte freie Zugang zum Gericht mit Hilfe Dritter gewährt werden, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Dies bedeutet, dass die eheliche Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB,) und die elterliche Fürsorgepflicht (Art. 272 und Art. 276 f. ZGB, BGE 119 Ia 134 E. 4) für minderjährige Kinder und für mündige Kinder bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung (BGE 127 I 209) der staatlichen Prozesshilfe vor gehen. Damit soll u.a. auch sichergestellt werden, dass der Staat beispielsweise nicht einen Eheschutz- oder Ehescheidungsprozess bzw. ein Verfahren betr. Kinderunterhalt finanzieren muss, obwohl mindestens eine der Parteien bzw. eines der Elternteile über ausreichende finanzielle Mittel für die Prozesskosten verfügt. Mit der Thematik der ehelichen Beistandspflicht haben sich die Entscheide 410 12 28, 410 12 192 und der elterlichen Unterstützungspflicht der nicht publizierte Entscheid 400 12 254 vom 23.10.12 befasst. Der Anspruch auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege entfällt ebenso, wenn eine Rechtsschutzversicherung, ein Verband z. B. der Mieter- oder Hauseigentümergeverband oder eine Gewerkschaft für die Gerichts- und Anwaltskosten aufkommt, wobei die entsprechenden Leistungen zugesichert sein müssen.

## **Verfahren**

Gemäss Art. 97 ZPO hat das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die unentgeltliche Rechtspflege aufzuklären. Das Gesetz enthält keine Vorgaben, auf welche Art und Weise die Aufklärung zu erfolgen hat. Das Gericht hat die getätigte Aufklärung in den Prozessakten zu dokumentieren. Bei unterlassener, verspäteter und eventuell unrichtiger Aufklärung über die unentgeltliche Rechtspflege fällt die Sanktionierung primär dahingehend in Betracht, dass der betreffenden Partei die unentgeltliche Rechtspflege nachträglich, allenfalls rückwirkend, bewilligt wird; hierzu ausführlich der Entscheid 410 11 75.

Das entsprechende Gesuch kann vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit beim Gericht, das für die Hauptsache zuständig ist, gestellt werden. Es kann sogar vor der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs gestellt werden. Die Wirkungen der unentgeltliche Rechtspflege treten grundsätzlich erst ab Gesuchseinreichung ein (BGE 122 I 203 ff.) wobei der Aufwand für gleichzeitig eingereichte Rechtsschriften gedeckt ist (BGE 120 Ia 17 ff.). Gestützt auf Art. 119 Abs. 4 kann die unentgeltliche Rechtspflege auch ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden.

Das Gericht entscheidet über das Gesuch betr. die unentgeltliche Rechtspflege gestützt auf Art. 119 Abs. 3 ZPO im summarischen Verfahren. Das Gesuch ist vor jeder Instanz d.h. vor dem zuständigen Friedensrichteramt, vor dem Bezirksgericht und beim Kantonsgericht erneut schriftlich und begründet unter Beilegung des ausgefüllten Formulars "Zeugnis zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege" mit den entsprechenden Beilagen einzureichen. Dem Gesuch zur Erlangung der unentgeltlichen

Rechtspflege sollen zumindest der letzte Lohnausweis und die aktuellen Lohnabrechnungen sowie die neuste Steuerveranlagung, der Mietvertrag, die Krankenkassenpolice sowie Belege betr. die Krankenkassenprämienverbilligung beigelegt werden. Das Gesuch sollte an sich auch kurze Ausführungen zu den Erfolgchancen und zur Frage, weshalb eine Rechtsvertretung notwendig ist, beinhalten.

Genügt das Gesuch den vorgenannten Anforderungen nicht, so wird das instruierende Gerichtsmitglied eine peremptorische Nachfrist setzen zur Ergänzung des Gesuchs mit der Androhung, dass Verzicht auf die unentgeltliche Rechtspflege bei Nichtnutzung der gesetzten Frist angenommen wird und demzufolge das Gesuch betreffend unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden kann.

Bezüglich der Abklärung der Mittellosigkeit gilt der beschränkte Untersuchungsgrundsatz. Es obliegt dem Gesuchsteller, seine Einkommens- und Vermögenssituation umfassend darzustellen und soweit möglich zu belegen. Verweigert ein Gesuchsteller die zur Beurteilung seiner aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann die Mittellosigkeit ohne Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV verneint werden und sein Gesuch mangels ausreichender Substanziierung oder mangels Mittellosigkeitsnachweis abgewiesen werden (BGE 125 IV 161 sowie Entscheidung des Kantonsgerichts vom 8.11.05). Da das Verfahren auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ein Verwaltungsverfahren und der entsprechende instruktionsrichterliche Entscheid rechtlich als Verwaltungsverfügung zu qualifizieren ist, erwächst - wie jede Verwaltungsverfügung - auch die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht in materielle Rechtskraft, sondern ist vielmehr unter den allgemeinen Voraussetzungen für die Abänderbarkeit von Verwaltungsakten jederzeit widerrufbar. Ein Gesuch kann erneut gestellt werden auch wenn z.B. im ersten Gesuch nicht rechtsgenügend mitgewirkt worden ist.

Die Gegenpartei des Hauptprozesses ist im Verfahren betr. der unentgeltlichen Rechtspflege nicht förmlich Partei. Sie kann nach Art. 119 Abs. 3 jedoch angehört werden. Dies macht häufig Sinn, weil sie möglicherweise Kenntnisse über die Einkommens- und Vermögenssituation hat und etwas zur Frage der Erfolgsaussicht beitragen kann. Das Kantonsgericht setzt deshalb der Gegenpartei in der Regel eine Frist zur fakultativen Stellungnahme. Diese hat jedoch in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

Je nach Verfahrensstand wird der Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege vom Friedensrichter oder vom Bezirksgerichtspräsidium aufgrund der Akten oder anlässlich einer Audienz entschieden. Das Beschwerdeverfahren wird praxisgemäss ohne Verhandlung aufgrund der Akten (Art. 327 Abs. 2 ZPO) entschieden.

Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten der Rechtsbegehren und die Mittellosigkeit. Die Reihenfolge der Prüfung ist irrelevant. In der Regel dürfte die Frage der Mittellosigkeit im bezirksgerichtlichen Verfahren im Vordergrund stehen. Im materiellen Verfahren vor dem Kantonsgericht nimmt die Frage der Aussichtslosigkeit hinsichtlich eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege an Bedeutung zu, da ein erstinstanzlicher Entscheid vorliegt, der es vereinfacht, die Frage der Prozesschancen zu beantworten.

Ein Gesuch um Befreiung von den Gerichtskosten wird gegenstandslos, wenn die Gegenpartei diese Kosten im Verfahren zu tragen hat oder wenn keine Gerichtskosten

ten gesprochen werden, da die gesuchstellende Partei dann keine Gerichtskosten zu tragen hat. Hingegen entbindet die Zusprechung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei die zuständige Instanz nicht davon, über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden, es sei denn, dass sicher feststeht, dass die Parteientschädigung nach Art. 122 Abs. 2 ZPO einbringlich ist.

Gestützt auf Art. 119 Abs. 6 ZPO werden im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit keine Gerichtskosten erhoben. Dies gilt für das Verfahren von dem Friedensrichteramt sowie für das erst- und zweitinstanzliche Bewilligungsverfahren, nicht aber für das Rechtsmittelverfahren gegen die Abweisung eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege. Gestützt auf BGE 137 III 470 hat das Kantonsgericht ZR die Praxis geändert; entsprechend auch der Entscheid 410 12 192 E. 3. Im Rechtsmittelverfahren werden zwar keine Kostenvorschüsse einverlangt, wird die Beschwerde jedoch abgewiesen, werden der gesuchstellenden Partei Gerichtskosten auferlegt.

Gestützt auf Art. 121 ZPO ist die gesuchstellende Partei gegen die Abweisung oder den Entzug des Gesuchs zur Beschwerdeführung legitimiert. Ob im Falle der Gutheissung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die Gegenpartei des Hauptprozesses Beschwerde führen kann, wurde neurechtlich vom Kantonsgericht noch nicht entschieden. Altrechtlich war in § 73 Abs. 2 klar geregelt, dass die Gegenpartei bei Gutheissung des Gesuchs beschwerdelegitimiert ist. Es wurde faktisch jedoch äusserst selten Beschwerde von der nicht gesuchstellenden Partei erhoben. Ich kann mich nur an einen einzigen Fall in den letzten 10 Jahren erinnern.

Die vertretene Partei ist beispielsweise nicht beschwert, wenn ihrem Vertreter eine aus seiner Sicht zu tiefe Entschädigung zu Lasten des Staates entrichtet wird. Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege werden immer nur die objektiv notwendigen Aufwendungen eines Anwaltes entschädigt. Nicht entschädigt werden beispielsweise anwaltliche Bemühungen für allgemeine Lebenshilfe oder übermässige psychologische Betreuung. Gemäss Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte beträgt das Honorar bei unentgeltlicher Verbeiständung sowie bei amtlicher Verteidigung CHF 180.-- bzw. ab 1.1.14 CHF 200.-- pro Stunde. Der Honoraranspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters richtet sich einzig gegen den Staat. Er darf sich von der vertretenen Partei nicht entschädigen lassen (BGE 122 I 322) und ist insbesondere nicht befugt, sich eine zusätzliche Entschädigung zu derjenigen auszahlen lassen, die er vom Staat erhält. Durch eine allenfalls zu tiefe Entschädigung des Vertreters erleidet die bedürftige Partei keinen Nachteil. Der betroffene Anwalt hat gegen die Bemessung seiner Entschädigung mithin stets in eigenem Namen und nicht etwa in demjenigen seines Klienten, der am Ausgang des Verfahrens nicht interessiert ist, Beschwerde zu erheben. Formeller Beschwerdeführer ist daher in ständiger Praxis der Anwalt und nicht der Vertretene (BGE 129 I 65 und nicht publizierter Entscheid KG ZS vom 14.8.06).

Die Beschwerde ist dem Kantonsgericht innert 10 Tagen seit Eröffnung des angefochtenen Entscheids mit Begründung einzureichen. Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Der Beschwerdeführer hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Das Novenverbot findet auch im Beschwerdeverfahren gegen die Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege An-

wendung. Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz aufgrund der dannzumal bekannten Belege richtig entschieden hat. Dazu Entscheid 410 13 36.

Zur Anfechtbarkeit von präsidialen zweitinstanzlichen Entscheiden betreffend unentgeltliche Rechtspflege vor zweiter Instanz finden sich Erwägungen im Entscheid KGE ZR vom 26. April 2011 (KGE BL 2011 Nr. 6). Zweitinstanzliche Entscheide, welche die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise ablehnen oder entziehen, können innerkantonale nicht angefochten werden. Im Rechtsmittelsystem der ZPO gibt es nur noch bundesrechtliche Rechtsmittel, d.h. die kantonsinternen Rechtsmittel werden ausnahmslos und abschliessend durch das Bundesrecht geregelt. Dies bedeutet, dass die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege durch das Präsidium des Kantonsgerichts aufgrund zwingender Vorschriften der ZPO innerkantonale nicht angefochten werden kann, weshalb die in § 6 Abs. 1 lit. f EG ZPO statuierte Zuständigkeitsvorschrift ins Leere läuft. Gegen zweitinstanzliche Entscheide und gegen kantonale Rechtsmittelentscheide, welche die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise ablehnen oder entziehen, ist vielmehr die Beschwerde an das Bundesgericht zu ergreifen.

Gestützt auf Art. 120 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege jederzeit entzogen werden, wenn die Voraussetzung der Bewilligung nicht mehr vorhanden ist oder nie bestanden hat. Grundsätzlich darf die unentgeltliche Rechtspflege nicht rückwirkend, sondern nur für die künftige Rechtspflege entzogen werden. Gemäss Entscheid 410 12 20 E. 2.2 ff. darf die Partei bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die bewilligte unentgeltliche Rechtspflege bis zur Fällung eines Entzugsentscheids Geltung hat. Ein rückwirkender Entzug ist jedoch dann zulässig, wenn eine Partei die unentgeltliche Rechtspflege durch falsche Angaben erschlichen hat.

Wird einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, so wird sie gestützt auf Art. 118 Abs. 1 ZPO von der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses bzw. einer Sicherheitsleistung für die Kosten der Gegenpartei befreit. Im Falle des Unterliegens können von ihr keinerlei Gerichtskosten erhoben werden und der Staat übernimmt die Anwaltskosten des Gesuchstellers. Die gesuchstellende Partei wird jedoch gestützt auf Art. 118 Abs. 3 nicht befreit von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei. Allerdings wird die unentgeltliche Rechtsbeistandin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand gestützt auf Art. 122 Abs. 2 ZPO vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist.

In Art. 123 Abs. 1 wird festgehalten, dass eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch erlischt innert 10 Jahren nach Abschluss des Verfahrens. Daniel Gfeller wird Ihnen heute für Martin Leber erläutern, wie der entsprechende Ablauf systematisiert worden ist, bzw. wie die entsprechende Umsetzung geplant ist.

### **Mittellosigkeit**

Die Voraussetzungen zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege blieben auch nach dem 1.1.11 nahezu unverändert. Dazu äussern sich die Entscheide KGE BL 2011 Nr. 12, 410 12 195, 410 11 329 und 400 11 377. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person, die nicht über die zur Rechts-

pflege nötigen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Der Begriff der Mittellosigkeit ist dem der Bedürftigkeit bedeutungsgleich. Im Übrigen ist an der bisherigen basellandschaftlichen Gerichtspraxis zu § 71 Abs. 1 ZPO BL aufgrund dieser Bedeutungsgleichheit bei der Anwendung von Art. 117 ZPO festzuhalten. Demnach gilt eine Partei nicht als mittellos, wenn ihr Einkommen grösser als das um 15 % des Grundbetrages und die laufende Steuerbelastung erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum ist. Die prozessuale Mittellosigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Gesuchstellers. Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensumstandes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden (BGE 124 I 1 ff.). Für die Ermittlung des betriebsrechtlichen Existenzminimums hat das Bundesgericht die Regel entwickelt, dass zusätzliche Positionen neben dem Grundbetrag nur berücksichtigt werden, wenn eine entsprechende Zahlungspflicht besteht und Zahlungen bisher auch tatsächlich geleistet wurden (BGE 122 III 22 f. E. 3). Es gilt der sog. Effektivitätsgrundsatz. Wohnt jemand beispielsweise unentgeltlich bei seinen Eltern wird der Mietzins nicht einberechnet, ebenso wird verfahren, wenn jemand seine Krankenkassenprämien nicht bezahlt.

Ist die Mittellosigkeit aufgrund der Einkommensverhältnisse der gesuchstellenden Partei zu bejahen, so ist zu prüfen, ob allenfalls bestehendes Vermögen der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege entgegensteht. Dabei ist zu beachten, dass ein gewisser Umfang an Vermögen als "Notgroschen" beansprucht werden darf und nicht zur Rechtspflege angetastet werden muss. Die Höhe des Notgroschens ist seit Jahrzehnten unverändert und wurde auch nach Einführung der ZPO beibehalten. Bei ungenügendem Einkommen wird ein Vermögen von etwa CHF 20'000.00 bis maximal CHF 25'000.00 als noch verhältnismässig gering und deshalb einem Kostenerlassbegehren nicht entgegenstehend betrachtet, wobei bei sehr jungen Personen, diese Grösse auch unterschritten werden kann. Vom Kantonsgericht BL wurde die Frage, ob der Notgroschen im Schlichtungsverfahren geringer sein kann, noch nicht entschieden. In anderen Kantonen - wie z. B. Zürich - entspricht dies der Praxis.

Soweit das Vermögen den "Notgroschen" übersteigt, ist dem Gesuchsteller unbesehen der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege anzugreifen. Soweit es die eigenen Mittel erlauben, einen Prozess zu finanzieren, ist der Zugang zur Justiz gewährleistet, und es rechtfertigt sich nicht, öffentliche Mittel dafür bereit zu stellen. Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit des um unentgeltliche Rechtshilfe Ersuchenden ist gebundenes Vorsorgeguthaben (Säule 3a) wie Liegenschaftsvermögen, sofern keine Erhöhung der Hypotheken möglich ist, als illiquides Vermögen zu behandeln und daher bei der Vermögensfeststellung zu berücksichtigen, sofern eine Liquidation zumutbar ist. Bei der Berechnung des sog. Notgroschens ist illiquides Vermögen aber unbesehen der Aussichten bezüglich der Verfügbarkeit der Mittel bei der Vermögensfeststellung anzurechnen, wenn der Gesuchsteller daneben über ein liquides Vermögen verfügt, das ausreichend ist, um die absehbaren Kosten des Verfahrens zu decken. Wenn jemand z.B. über gebundene Mittel in der 3. Säule oder in einer Liegenschaft verfügt aber daneben liquide Mittel von CHF 10'000.-- hat und die Vermögenswerte gesamthaft mehr als CHF 20'000.-- bis CHF 25'000.-- ausmachen, wird die unentgeltliche Prozessführung nicht bewilligt werden.

Grundeigentum und zwar sowohl im In- wie auch im Ausland schliesst die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege an den Eigentümer nicht zum Vornherein aus. Ist die hypothekarische Belastung der Liegenschaft höher als der zu erwartende Verkaufserlös, ändert sich an der finanziellen Situation des Gesuchstellers durch dessen Veräusserung nichts. Bei einem positiven Saldo ist von der gesuchstellenden Partei mittels Bestätigung der kreditierenden Bank zu belegen, dass der Prozess nicht durch eine Erhöhung des Hypothekarkredites finanziert werden kann (BGE 119 Ia 11). Das Gericht hat allenfalls zu prüfen, ob es der betreffenden Partei zuzumuten ist, die Liegenschaft zur Prozessfinanzierung zu verkaufen oder teilweise zu vermieten. In einem Eheschutzverfahren oder einem anderen Verfahren von kurzer Dauer, dürfte dies eher zu verneinen sein.

Schulden d.h. ein negativer Saldo des Vermögens sind grundsätzlich ohne Belang. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt die gewöhnliche Tilgung angehäufter Schulden bei der Beurteilung der Mittellosigkeit grundsätzlich ausser Betracht, da die unentgeltliche Rechtspflege nicht dazu dienen soll, auf Kosten des Gemeinwesens Gläubiger zu befriedigen, die nicht oder nicht mehr zum Lebensunterhalt beitragen (4P.80/2006). Sofern verfallene Steuerschulden tatsächlich bezahlt werden, sind sie nach der neueren Bundesgerichtspraxis zu berücksichtigen (135 I 221).

Als Einkommen gelten grundsätzlich alle tatsächlichen Einnahmen. Nebst dem Lohn aus Erwerbstätigkeit inkl. Anteil 13. Monatslohn (dazu 5P.172/2002 E. 2.2), gehören auch Schichtzulagen und weiteren Zulagen im Jahresdurchschnitt sowie effektiv erhaltene Alimentenzahlungen, Kinder-, Familien- und Ausbildungszulagen, elterliche und andere Unterstützungsleistungen und Vermögenserträge. Als Einnahmen zu berücksichtigen sind auch alle Ersatzformen für den Ausfall des Erwerbseinkommens.

Das Einkommen eines Einzelunternehmers ist aufgrund des Gewinns aus der Erfolgsrechnung zu ermitteln. Da das Einkommen eines Einzelunternehmers häufig grösseren Schwankungen unterliegt, wird in der Regel auf das Durchschnittsgewinn der letzten drei Jahre abgestützt. Je nach dem sind auch einzelne Aufwandpositionen wie z.B. Amortisationen, die der Gewinnverminderung dienen, summarisch zu prüfen und allenfalls aufzurechnen.

Für einen alleinstehenden Gesuchsteller beträgt der Grundbetrag CHF 1'200.--, für eine allein erziehende Person CHF 1'350.-- und für ein Ehepaar oder zwei andere eine dauernde Hausgemeinschaft bildende erwachsene Personen CHF 1'700.--. Das Kantonsgericht berechnet die Hälfte von CHF 1'700.-- somit CHF 850.-- bei einer im Konkubinat lebenden Person bei kostensenkender Wohn-/Lebensgemeinschaft (BGE 7B.122/2004, 130 III 765 E. 2.2). Anders zu entscheiden ist bei Wohngemeinschaften, welche nicht partnerschaftlicher Natur sind (vgl. BGE 132 III 483).

Für Kinder bis zu zehn Jahren werden CHF 400.-- und für Kinder über zehn Jahre CHF 600.-- angerechnet. Für mündige Kinder ist im Notbedarf der Eltern kein Grundbetrag mehr einzusetzen. Erwerbstätige volljährige Kinder, die im elterlichen Haushalt wohnen oder geldwerte elterliche Leistungen beziehen, haben einen Haushaltbeitrag zu leisten, der den Eltern als Einkommen anzurechnen ist. Allenfalls können stattdessen auch die Wohnkosten reduziert werden (132 III 483).

Bei der Grundbedarfsberechnung ist der effektive Mietzins zuzüglich Nebenkosten zu berücksichtigen, jedoch exkl. Auslagen für Beleuchtung, Kochstrom und/oder Gas, da diese Positionen im Grundbetrag inbegriffen sind. In der Regel werden Kosten für einen Parkplatz nur eingerechnet, sofern das Fahrzeug Kompetenzcharakter hat. Dem Mieter wird zugemutet, die zur Senkung unverhältnismässig hoher Wohnungskosten erforderlichen Vorkehrungen, wie etwa den Umzug in eine billigere Wohnung zu treffen (129 III 526, BGE 5P.455/2004), das heisst, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist ein tieferer Mietzins angerechnet wird. Allenfalls sind dafür moderate Umzugskosten einzuberechnen.

Bewohnt der Gesuchsteller eine eigene Liegenschaft, so ist bei der Grundbedarfsberechnung der Liegenschaftsaufwand zum Grundbetrag hinzuzurechnen. Dieser besteht aus den Hypothekarzinsen ohne Amortisationen sowie den durchschnittlichen Unterhaltskosten sowie den öffentlich-rechtlichen Abgaben. Je nach Grösse der Liegenschaft wird eine Pauschale von CHF 200.-- bis 400.-- einberechnet, wenn nicht alle Belege eingereicht werden können.

Bei der Ermittlung des Grundbedarfs ist in der Regel nur die Krankenkassenprämie für die obligatorische Grundversicherung zu berücksichtigen (134 III 323 E. 3). Zudem ist auch abzuklären, ob der Gesuchsteller die kantonale Prämienverbilligung bezieht bzw. beziehen könnte. Den vom Gesuchsteller geleisteten Anteil an die Jahresfranchise und den Selbstbehalt, ist in der Grundbedarfsberechnung zu berücksichtigen (129 III 242). Dies ist jedoch zu belegen.

Ein Grundbedarfszuschlag von CHF 9 - 11.-- pro Arbeitstag für auswärtige Verpflegung wird nur vorgenommen, wenn der Gesuchsteller keine Möglichkeit hat, sich zu Hause zu verpflegen oder in einer Kantine zu essen, deren Verpflegung nicht teurer ist als die Verpflegung zu Hause, da lediglich die Verpflegungsmehrkosten berücksichtigt werden.

Sofern ein Fahrzeug Kompetenzcharakter hat, werden die festen und veränderlichen Kosten ohne Amortisation berechnet. In der Regel sind dies für eine 100 % Erwerbstätigkeit ca. CHF 400.-- für ein Auto. Ansonsten wird lediglich das UAbo einberechnet. In den folgenden Beispielen wird vom Kompetenzcharakter des Fahrzeuges ausgegangen: wenn das Fahrzeug für den Arbeitsweg benötigt wird, weil die Gesuchstellende Person Nachtschichtarbeit leistet und kein öffentliches Verkehrsmittel beansprucht werden kann, bzw. wenn der Arbeitsweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln über 1,5 - 2 Stunden täglich ausmacht oder wenn ein allein erziehender Elternteil ein Erwerbseinkommen erzielt und ohne Auto nicht innert nützlicher Zeit die Betreuung der Kinder wahrnehmen könnte bzw. bei einer invaliden Person, die das Fahrzeug für notwendige ärztliche Behandlungen benötigt.

Steuern inkl. verfallener Steuerschulden (135 I 221) werden in der Regel berücksichtigt. Kleinkreditraten werden nur berücksichtigt, falls damit Kompetenzgüter wie beispielsweise notwendige Wohnungseinrichtungsgegenstände gekauft worden sind und belegt ist, dass diese Raten regelmässig geleistet werden. Nicht berücksichtigt wurden Kleinkreditraten beispielsweise für die Ausrichtung eines Beschneidungsfestes oder Luxusgüter. Rückstellungen für künftige Auslagen wie z.B. künftige Zahnarztkosten können berücksichtigt werden, wenn sie glaubhaft gemacht wurden.



Die einzelnen vorgenannten Positionen werden vom Einkommen in Abzug gebracht.

Verfügt die gesuchstellende Partei weder über genügend Vermögen noch über einen monatlichen Überschuss, so ist ihr die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, sofern der Prozess nicht aussichtslos ist.

Verfügt sie lediglich über die finanziellen Mittel, die es ihr ermöglicht einen Teil der Prozesskosten zu übernehmen, so hat sie sich ihren finanziellen Möglichkeiten entsprechend teilweise an den Prozesskosten zu beteiligen. Diese Beteiligung kann in einem fixen Betrag als Selbstbehalt bestehen oder prozentual festgesetzt werden.

Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Zwangsbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Bei sehr kurz dauernden Prozessen soll der Überschuss, der in wenigen Monaten generiert werden kann, für die Prozesskosten verwendet werden. Bei länger dauernden Prozessen soll der monatliche Überschuss es der gesuchstellenden Partei ermöglichen die anfallenden Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innerhalb eines Jahres bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Entscheidend ist, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 5P.455/2004, 135 I 221).

### **Aussichtslosigkeit**

Das Gesuch ist zu bewilligen, sofern das Begehren nicht aussichtslos erscheint. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Prozessbegehren als aussichtslos zu bezeichnen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (138 III 217). Numerisch ausgedrückt, bedeutet dies, dass eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 30 % für den Prozessgewinn bestehen sollte. Mit Entscheid 410 12 9 wurde die von der Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten angenommene Aussichtslosigkeit bestätigt und im Entscheid 400 13 57 wurde aufgrund des begründeten Entscheides des Bezirksgerichts davon ausgegangen, dass das Verfahren im Rechtsmittelverfahren als aussichtslos zu betrachten ist; im Verfahren vor dem Bezirksgericht war die unentgeltliche Rechtspflege noch bewilligt worden.

Ob ein Prozess genügend Erfolgsaussichten hat, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Erfolgsaussichten einer Klage dürfen gemäss bundesgerichtlicher Praxis nur am Anfang des Beweisverfahrens beurteilt werden, weil sie sich häufig nach Abschluss des Beweisverfahrens klären. In verfahrensmässiger Hinsicht hat der Richter nach Eingang des Gesuchs die Verhältnisse zu prüfen und ohne Aufschub einen Entscheid zu fällen. Die unentgeltliche Rechtspflege würde ihres Sinnes entleert, wenn vor dem Ent-

scheid über das Gesuch andere Prozesshandlungen vorgenommen werden müssten, für welche anwaltliche Hilfe - in Form eines unentgeltlichen Rechtsvertreters - notwendig wäre (KGEBL 2005 Nr. 6).

Die Aussichtslosigkeit eines Klagbegehrens kann aus formellen Gründen - unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen - bereits klar erkennbar sein; in diesen Fällen ist eine Abschätzung der Prozessaussichten unter Verzicht auf die Erhebung von Beweisen durchaus angängig. Dies trifft etwa zu bei Ansprüchen, die offensichtlich bereits verjährt sind, oder bei einer klaren Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Liegen keine derartigen Gründe vor, so ist zur Beurteilung der Prozessaussichten häufig zumindest eine summarische Beweisaufnahme unerlässlich. Hiezu Entscheid 400 13 57 E. 4.2. Wo ein Sachverhalt - wenn auch nur rudimentär - erkennen lässt, dass einem Gesuchsteller gewisse Ansprüche zustehen könnten, beziehungsweise solche nicht gerade ausgeschlossen werden, ist die Aussichtslosigkeit zu verneinen. Vielmehr hat der Richter eine vorläufige Einschätzung der Prozessaussichten vorzunehmen. Bestehen Zweifel, so hat der Richter die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu bewilligen (KGEBL 2005 Nr. 6 E. 2h-i).

Christine Baltzer-Bader, Präsidentin der Abteilung Zivilrecht am Kantonsgericht Basel-Landschaft