



<b>Fall-Nr.:</b>	BE.2016.37
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	24.01.2017
<b>Entscheiddatum:</b>	24.01.2017

### **Entscheid Kantonsgericht, 24.01.2017**

**Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO (SR 272): Wird ein Entscheid der im Ausland wohnhaften Partei nicht rechtshilfweise, sondern nur per E-Mail zugestellt, kann das massgebliche Zustelldatum nicht festgestellt werden, sofern überhaupt eine gültige Zustellung vorliegt. Art. 117 ff. ZPO (SR 272): Unentgeltliche Rechtspflege. Nachdem dem Gesuchsteller per E-Mail mitgeteilt wurde, dass er von der Leistung des Kostenvorschusses befreit werde und der Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit dem Endentscheid ergehen werde, kann in einem späteren Entscheid zur unentgeltlichen Rechtspflege nicht doch noch ein Kostenvorschuss verlangt werden. (Einzelrichter im Obligationenrecht, 24. Januar 2017, BE.2016.37).**

2.c) Die Beschwerde gegen die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege ist innert zehn Tagen nach der Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO).

aa) Diesen Anforderungen wird die Eingabe vom 27. Oktober 2016 insofern gerecht, als sich der Kläger mit den Ausführungen der Vorinstanz, welche ihm bei einem angenommenen Einkommen aus Mieterträgen von Fr. 1'700.00 netto und einem angenommenen Bedarf von Fr. 1'265.00 einen für die Bezahlung der Gerichtskosten zur Verfügung stehenden Freibetrag von Fr. 435.00/Monat unterstellte, auseinandersetzt und auch einen Antrag stellt, nämlich das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege "in diesem Fall, dessen Gegenstand Ursache für dieses Gesuch ist".

bb) Fraglich ist die Einhaltung der zehntägigen Beschwerdefrist: Weil Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen



der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden müssen (Art. 143 Abs. 1 ZPO), hier die Übergabe der am 27. Oktober 2016 in Brasilien aufgegebenen Beschwerde an die Schweizerische Post aber gemäss der Sendungsverfolgung [...] erst am 4. November 2016 erfolgte, wäre nämlich bei einer Zustellung des Entscheids vor dem 25. Oktober 2016 die Frist nicht eingehalten. Da sich die Vorinstanz bei der Zustellung des Entscheids (aus Gründen wohl der Praktikabilität) des E-Mails bediente – diese Form entspricht nicht der in Art. 139 ZPO vorgesehenen elektronischen Zustellung, welche mit Zustimmung des Adressaten vorgenommen werden kann und an die Stelle der Zustellung durch eingeschriebene Post oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO) bzw. bei ausländischem Wohnsitz auf dem Weg der Rechtshilfe tritt (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 8.37, 8.38, 8.42 und 8.44) –, steht das massgebliche Zustelldatum allerdings nicht fest. Zu Gunsten des Klägers ist deshalb davon auszugehen, dass er rechtzeitig Beschwerde erhoben hat, sofern man angesichts der Nichteinhaltung der Form nicht sogar annehmen wollte, der Entscheid sei noch gar nicht zugestellt worden, bzw. der E-Mail des Klägers vom 28. Oktober 2016 an die Vorinstanz, in welcher er auf die am Vortag eingereichte Beschwerde hinwies, ohne dass die Vorinstanz darauf mit einem Hinweis auf die Einhaltung der Beschwerdefrist reagierte, unter den gegebenen Umständen fristwahrende Bedeutung beimessen wollte.

3.a/b) [Ausführungen zu den Voraussetzungen der Prozessarmut und der Nichtaussichtslosigkeit]

c) Trotzdem ist die Beschwerde insoweit zu schützen, als sie sich gegen den Entscheid der Vorrichterin richtet, das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege in Bezug auf den Kostenvorschuss abzuweisen und den Kläger zur Leistung eines solchen im Umfang von Fr. 1'255.00 aufzufordern: Mit E-Mail an den Kläger vom 14. Juni 2016 stellte die Vorrichterin nämlich [...] unter dem Betreffnis "unentgeltliche Rechtspflege" fest, nach "Prüfung der Unterlagen" könne sie ihm mitteilen, dass er von der Leistung des Kostenvorschusses befreit werde; der Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege werde zusammen mit dem Endentscheid ergehen. Der Kläger wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die unentgeltliche Rechtspflege im Falle des Unterliegens nicht von der Bezahlung einer



Parteientschädigung an die Gegenpartei befreie. Angesichts der Ankündigung der Vorinstanz, der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege werde im Endentscheid ergehen, erscheint ihr Vorgehen, über die unentgeltliche Rechtspflege nach Abschluss des Schriftenwechsels zu entscheiden und damit den materiellen Endentscheid entgegen der Ankündigung von der Bezahlung des Gerichtskostenvorschusses abhängig zu machen, an sich schon problematisch. Ungeachtet dessen fällt aber in Betracht, dass die fragliche Mitteilung vernünftigerweise als Eröffnung des Rechtsspruchs, wonach dem Kläger in Bezug auf den Kostenvorschuss die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werde, zu interpretieren ist (zur Eröffnung des Dispositivs vgl. Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO). Ob die Einschränkung auf den Kostenvorschuss dabei Sinn macht, d.h. ob denkbar ist, die unentgeltliche Rechtspflege zwar für den Vorschuss, nicht aber für die allfälligen im Endentscheid auferlegten Gerichtskosten, denen in der Regel der Vorschuss betragsmässig entspricht (vgl. Art. 98 ZPO und GVP 2011 Nr. 63), zu bewilligen, und ob zulässig ist, den Entscheid über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Gerichtskosten aufzuschieben, zumal für die Beurteilung der Mittellosigkeit die Verhältnisse bei Einreichung des Gesuchs massgeblich sind (vgl. die von Bühler, Berner Kommentar, N 49 zu Art. 119 ZPO, zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts; Bühler, seinerseits ist allerdings der Auffassung, dass es entsprechend der Auffassung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchsbeurteilung ankomme), kann letztlich offenbleiben. Entscheidend ist nämlich, dass sich die Vorrichterin mit ihrer Eröffnung des Rechtsspruchs betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Kostenvorschuss gebunden hat und darauf im begründeten Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege nicht mehr zurückkommen konnte (vgl. den zur Publikation bestimmten BGer 5A\_6/2016). Genau Letzteres hat die Vorinstanz aber hier getan, indem sie abweichend von der Mitteilung vom 14. Juni 2016 dem Kläger im angefochtenen Entscheid vom 19. Oktober 2016 die unentgeltliche Rechtspflege für den Kostenvorschuss verweigerte und ihn dazu aufforderte, einen solchen in der Höhe von Fr. 1'255.00 zu bezahlen. In diesem Punkt ist der angefochtene Entscheid daher aufzuheben.

Zum gleichen Ergebnis in Bezug auf den Kostenvorschuss gelangt man aber auch dann, wenn man die Mitteilung vom 14. Juni 2016 nicht als Eröffnung des Dispositivs in



Sachen unentgeltliche Rechtspflege interpretieren wollte: Der Hinweis, es werde auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet, ist auch für sich allein als verfahrensrechtliche Verfügung zu qualifizieren, nämlich als gestützt auf die Kann-Vorschrift von Art. 98 ZPO getroffener Entscheid, keinen Kostenvorschuss zu erheben. Dabei handelt es sich zwar wie bei der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege um eine Verfügung, die nur formell, nicht auch materiell rechtskräftig wird, weshalb eine Neubeurteilung der Ausgangslage nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Allerdings gebietet die Rechtssicherheit, für eine Neubeurteilung veränderte Verhältnisse vorauszusetzen (vgl. dazu auch die Rechtsprechung zu einem erneuten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach Abweisung eines ersten Gesuchs [GVP 2013 Nr. 58, und BK-Bühler, N 10a zu Art. 118 ZPO, der dafürhält, dass bei einer im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege erteilten Bewilligung von Ratenzahlungen bzw. Fristerstreckungen für die Leistung des Kostenvorschusses in der Folge nicht mehr ein Nichteintretensentscheid ergehen dürfe, wenn eine oder mehrere Raten nicht fristgemäss bezahlt würden]). Solche veränderten Verhältnisse liegen hier aber nicht vor, weshalb auch unter diesem Aspekt ein Rückkommen auf die Frage des Kostenvorschusses nicht zulässig erscheint.

Dies gilt schliesslich auch unter dem Aspekt des Entzugs der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 120 ZPO; denn danach kann die unentgeltliche Rechtspflege nur dann entzogen werden, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat. Letzteres kann dabei zwar auch dann der Fall sein, wenn die Voraussetzung der Mittellosigkeit vom Richter ursprünglich unrichtig beurteilt worden ist; verlangt wird allerdings eine offensichtlicher oder grober Rechtsanwendungsfehler (vgl. BK-Bühler, N 11 b zu Art. 120 ZPO), was bei einer bloss unrichtigen Einschätzung des Freibetrages aber nicht angenommen werden darf. Abgesehen davon würde ein solcher Entzug grundsätzlich nur ex nunc, d.h. für die Zukunft wirken, weshalb für die bisherigen Bemühungen des Gerichtes nicht rückwirkend doch noch ein Kostenvorschuss verlangt werden dürfte (vgl. BK-Bühler, N 22 zu Art. 120 ZPO), was die Vorinstanz, die ihre Verfügung ohnehin nicht als Entzug qualifiziert, hier mit der Erhebung eines solchen in der Höhe des ursprünglichen Betrages getan hat.