

# GR\_GERICHTE ZK1 2017 2 vom 23. Mai 2017

GR Gerichte, 2017-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2017\\_2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2017_2)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2017 2 du 23 mai 2017

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2017 2 del 23 maggio 2017

## Regeste

unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsvertretung (Art. 121 ZPO) | Beschwerde  
Prozessrecht (ZPO 319, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 2

Eventualiter sei der Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts Imboden als erstinstanzliches Zivilgericht vom 21. Dezember 2016 (Proz. Nr. 135-2016-331) aufzuheben und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### E. 3

Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdegegners.

### E. 4

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Frage, ob die Vorinstanz die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers aus gutem Grund verneint und ihm dadurch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht verweigert hat. Der Vorderrichter führte als Begründung aus, X.\_\_\_\_\_ habe gemäss Steuererklärung 2015 als unselbständig Erwerbender ein Einkommen von 6'167.-- und als selbständig Erwerbender über ein solches von 98'358.--, somit insgesamt Fr. 104'525.-- verfügt. Gemäss Handelsregisterauszug sei er nicht nur Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_, sondern auch Gesellschafter mit Einzelzeichnungsberechtigung. Allein schon damit werde offenkundig, dass er sich selber bei der B.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer angestellt und demzufolge auch seinen Lohn in dieser Firma festgesetzt habe. X.\_\_\_\_\_ habe in der B.\_\_\_\_\_ real eine beherrschende Stellung. Seine Leistungsfähigkeit messe sich an jener eines Selbständigen. Es sei daher der sog. Durchgriff vorzunehmen. Der Lohnausweis der B.\_\_\_\_\_ beziehe sich auf eine Anstellungsdauer vom 1. Dezember 2015 bis 31. Dezember 2015. Das durchschnittlich von X.\_\_\_\_\_ im Jahr 2015 erzielte Monatseinkommen betrage somit Fr. 9'502.20 (Fr. 104'525.--/11 Monate). Dass die Firma B.\_\_\_\_\_ heute weniger Umsatz als die Einzelfirma generiere, werde von X.\_\_\_\_\_ weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Folglich sei auf ein Einkommen von Fr. 9'502.-- abzustellen. Aus diesem Einkommen abzüglich des prozessualen Notbedarfs von Fr. 8'442.-- resultiere ein Überschuss von Fr. 1'060.-- monatlich. Dieser Überschuss von rund Fr. 1'000.-- sei ins Verhältnis zu den mutmasslichen Prozesskosten zu setzen. Vorliegend gehe es nicht nur um die Finanzierung der Prozesskosten, sondern auch um die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Dadurch würden zusätzliche Kosten anfallen. Als Faustregel gelte, dass wer Fr. 300.-- monatlich entbehren könne, in der Lage sei, Prozesskosten von Fr. 1'500.-- zu finanzieren. Die Eheleute hätten anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 13. Mai 2015 eine

Trennungsvereinbarung abgeschlossen. Darin hätten sie in güterrechtlicher Hinsicht eine gütliche Einigung betreffend Liquidation der Einzelfirma von X.\_\_\_\_\_ getroffen. Bezogen auf das vorliegende Scheidungsverfahren heisse dies, dass in güterrechtlicher Hinsicht keine aufwendigen Abklärungen zu tätigen seien. Damit bleibe vorliegend einzig die Frage des nahehelichen Unterhalts offen. Aus dieser Sicht der Dinge sei im vorliegenden Scheidungsverfahren mit Ge-

Seite 8 — 13 richtskosten in der Grössenordnung von Fr. 4'000.-- zu rechnen. Im Falle des vollständigen Unterliegens der gesuchstellenden Partei wäre mit diesen üblichen Prozesskosten zu rechnen zuzüglich Anwaltskosten in der gleichen Höhe. Selbst bei dieser pessimistischen Kostenschätzung sei die gesuchstellende Partei bei einem Überschuss von Fr. 1'000.-- in der Lage, den Prozess und seinen Rechtsbeistand mit eigenen Mitteln innerhalb eines Jahres zu finanzieren. Hiergegen wendet der Beschwerdeführer ein, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht auf seinen monatlichen Nettolohn von Fr. 5'147.95 abgestellt, sondern einen Durchgriff auf seine GmbH vorgenommen, weil er nach Ansicht der Vorinstanz als Geschäftsführer real eine beherrschende Stellung in dieser GmbH habe. Dieses Vorgehen sei ohne Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs nicht zulässig. Darüber hinaus sei erstellt, dass er sich nicht absichtlich und rechtsmissbräuchlich einen zu tiefen Lohn auszahlen lasse, sondern der Umsatz der GmbH im Jahr 2016 nicht mehr mit demjenigen der früheren Einzelfirma vergleichbar sei. Sein monatlicher Nettolohn von Fr. 5'147.95 reiche nicht aus, um den von der Vorinstanz festgestellten Minimalbedarf von Fr. 8'442.-- zu decken. Ausserdem sei der Vorinstanz bei der Berechnung des erwirtschafteten Einkommens ein Rechnungsfehler unterlaufen und sie habe die zu bezahlenden Steuern falsch und die Sozialversicherungsbeiträge gar nicht berücksichtigt.

## E. 5

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als bedürftig bzw. mittellos im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO gilt eine Person dann, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich grundsätzlich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 135 I 221 E. 5.1 = Pra 2010 Nr. 25). Aus dem verfassungsrechtlichen Begriff der Mittellosigkeit folgt, dass auf die aktuelle ökonomische Situation des Gesuchstellers abgestellt wird und nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar sind (Effektivitätsprinzip). Eine selbst verschuldete Mittellosigkeit schliesst jedoch den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege aus, soweit dem Gesuchsteller ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden kann. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Gesuchsteller ge-

Seite 9 — 13 rade im Hinblick auf den zu führenden Prozess eine Anstellung aufgegeben oder eine andere nicht angetreten hat (vgl. dazu Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, N. 8 zu Art. 117 ZPO). Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist aber jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen

unzulässig (vgl. Alfred Bühler, a.a.O., N. 9 zu Art. 119). Soweit das Vermögen einen angemessenen „Notgroschen“ übersteigt, ist es dem Gesuchsteller unbescheiden 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 Prozessführung anzugreifen (BGE 119 Ia 11 E. 5). Im konkreten Fall gilt es zusätzlich zu beachten, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gegenüber dem Staat subsidiär zu demjenigen des Ehegatten auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses ist (BGE 138 III 672 E. 4.2.1 = Pra 2013 Nr. 24). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn erstellt ist, dass der Gesuchsteller von seiner Ehegattin keinen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen kann (Urteile des BGer 4A\_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1 und 5P.395/2001 vom 12. März 2002 E. 2c f.). Daher sind zur Abklärung der Mittellosigkeit die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers sowie dessen Ehegatten dem gemeinsamen Aufwand für den notwendigen Lebensunterhalt gegenüberzustellen. Wird der zweite Wert vom ersten subtrahiert und resultiert daraus ein Negativsaldo, liegt ohne weiteres Mittellosigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV vor. Ergibt sich ein Überschuss, ist dieser mit den zu erwartenden Verfahrens- und Parteikosten in Beziehung zu setzen (vgl. Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Diss. Basel 2008, S. 75 mit weiteren Hinweisen). a) Das Einkommen des Beschwerdeführers stammt aus der B.\_\_\_\_\_, deren Geschäftsführer und einziger einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter er ist. Grundsätzlich ist die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen zu beachten und das Gesellschaftsvermögen kann nicht mit jenem des Allein- oder Mehrheits-eigentümers der Beteiligungsrechte gleichgesetzt werden. Ein Durchgriff auf die wirtschaftlich Beteiligten der juristischen Person lässt sich jedoch in Ausnahmefällen rechtfertigen, wenn zum einen die formalrechtliche Trennung zwischen der juristischen Person und der sie beherrschenden natürlichen Person in keiner Weise den realen Gegebenheiten entspricht und zum anderen die juristische Person in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet und mit ihr ein ungerechtfertigter Vor-

Seite 10 — 13 teil bezweckt wird, der beispielsweise auch in der Umgehung familienrechtlicher Pflichten liegen kann. Die erste Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der wirtschaftlichen Identität von juristischer Person und dem Schuldner. Sie beruht auf der Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen, und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie - zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig - geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen. Die zweite Voraussetzung des Durchgriffs besteht in der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diese Voraussetzung erfüllt zunächst die Gründung einer juristischen Person zu missbräuchlichen Zwecken. Es genügt aber auch der bewusste Verzicht auf erzielbare Einnahmen der Gesellschaft sowie eine unangemessen tiefe Entlohnung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.456/2006 vom 23. März 2007, E. 3.2.3). b) Die Vorinstanz begründete die Zulässigkeit des Durchgriffs lediglich damit, dass sich X.\_\_\_\_\_ bei der B.\_\_\_\_\_ selber als Geschäftsführer "angestellt" und demzufolge auch seinen Lohn in dieser Firma festgesetzt habe. Damit brachte sie wohl zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach eine wirtschaftliche Identität der B.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ angenommen werden könne und damit die Voraussetzungen für einen Durchgriffstatbestand erfüllt

seien. Dabei hat sie aber zunächst ausser Acht gelassen, dass neben X.\_\_\_\_\_ im Handelsregister noch eine zweite Person, nämlich Marianne Blumenthal, als Gesellschafterin eingetragen ist. Somit wäre zu prüfen, ob auch unter diesem Aspekt noch von einer wirtschaftlichen Identität ausgegangen werden darf. Des Weiteren ist ein Durchgriff, wie vorstehend dargelegt wurde, nur dann zulässig, wenn ausgewiesen ist, dass die Gesellschaft bereits zu missbräuchlichen Zwecken gegründet wurde oder aber bewusst auf erzielbare Einnahmen der Gesellschaft verzichtet oder ein unangemessen tiefer Lohn ausbezahlt wird. Erst in ihrer Stellungnahme vom 20. Januar 2017 (act. A.2) griff die Vorinstanz die Frage eines allfälligen Missbrauches erstmalig auf und führte dazu aus, es stelle sich die Frage, ob der Unterhaltsbeitrag zu Gunsten der Ehefrau abgeändert werden müsse, weil der Ehemann seine Einzelfirma in eine GmbH umgewandelt habe und die GmbH ihm bedeutend weniger Lohn ausbezahle, als dass er bei der Einzelfirma generiert habe. Wie bereits ausgeführt wurde, sind diese Ausführungen jedoch aufgrund des in Art. 326 ZPO normierten Novenverbots nicht zu berücksichtigen. Das Kantonsgericht darf seinen Entscheid nicht auf neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweise stützen, sondern hat den Sachverhalt so zu beurteilen, wie er sich vor der Vorinstanz präsentiert hat. Im

Seite 11 — 13 angefochtenen Entscheid beschränkte sich die Vorinstanz auf die Ermittlung durchschnittlichen Einkommens anhand der Steuererklärung 2015 und hielt dazu fest, es sei weder behauptet noch unter Beweis gestellt, dass das die B.\_\_\_\_\_ heute weniger Umsatz als die Einzelfirma generiere. Dies reicht nicht aus, um einen Durchgriff auf das Vermögen der GmbH zu begründen. Um feststellen zu können, ob tatsächlich ein unangemessen tiefer Lohn ausbezahlt wird, ist eine Überprüfung der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft, vorliegend der B.\_\_\_\_\_, vorzunehmen. Insbesondere hätte die Vorinstanz im konkreten Fall nachprüfen müssen, ob wirtschaftliche Gründe für den geltend gemachten Einkommensrückgang vorliegen oder ob dieser rechtsmissbräuchlich zum Zweck der Umgehung familienrechtlicher Pflichten erfolgt ist. Dazu hätte sie aktuelle Zahlen anfordern müssen. Das Verfahren war somit zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids noch nicht spruchreif. Daran vermag auch der Einwand der Vorinstanz, ein Umsatzrückgang sei weder behauptet noch bewiesen worden, nichts zu ändern. Im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege gilt ein durch die umfassende Mitwirkungsobliegenheit eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Die mit dem Gesuch befasste Behörde hat zwar den Sachverhalt nicht von sich aus nach jeder Richtung hin abzuklären. Sie muss diesen aber dort (weiter) abklären, wo noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, sei es, dass sie von einer Partei auf solche hingewiesen wird, sei es, dass sie solche selbst feststellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_536/2016 E. 4.1.1. mit weiteren Hinweisen). Indem die Vorinstanz einen Durchgriff auf die Vermögenswerte der B.\_\_\_\_\_ vorgenommen hat, ohne die hierfür erforderlichen Voraussetzungen umfassend zu prüfen, ist sie dieser Verpflichtung nicht hinreichend nachgekommen. Dies ist als schwerwiegender Mangel zu werten, was dazu führt, dass der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an den Vorderrichter zurückgewiesen werden muss. Unter diesen Umständen ist es der Beschwerdeinstanz - insbesondere aufgrund ihrer beschränkten Kognition in tatsächlicher Hinsicht (Art. 320 lit. b ZPO) - nämlich nicht möglich, einen reformatorischen Entscheid zu fällen (vgl. Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, a.a.O., N. 11 zu Art. 327). c) Was die vom Vorderrichter durchgeführte Gesamtrechnung anbelangt, bleibt im Hinblick auf die nochmalige Beurteilung festzuhalten, dass die Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu ermitteln sind, wobei auch die geltend gemachten

Abzüge für Steuern, Sozialversicherungsbeiträge etc. berücksichtigt werden müssen. Die Vorinstanz wird demzufolge zu prüfen haben, ob tatsächlich ein Missbrauchstatbestand vorliegt

Seite 12 — 13 und hat sodann - sollte sie dies bejahen - das Vermögen der B. \_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung auf der Basis von allenfalls noch zu beschaffenden Unterlagen in Anwendung der Untersuchungsmaxime zu ermitteln. Des Weiteren hat sie sich auch zu den weiteren Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Einsetzung eines Rechtsbeistands, namentlich der Nichtaussichtslosigkeit und der familienrechtlichen Beistandspflicht (Prozesskostenvorschuss), zu äussern. d) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Angelegenheit - entsprechend der grundsätzlich kassatorischen Natur des Beschwerdeentscheids - gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO im Sinne der vorangehenden Erwägungen zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

## **E. 6**

Die in Art. 119 Abs. 6 ZPO statuierte Kostenlosigkeit des Verfahrens gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur für das Gesuchsverfahren, nicht aber für ein nachfolgendes Beschwerdeverfahren gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege ablehnenden oder entziehenden Entscheid (BGE 137 III 470 E. 6.5). Für das vorliegende Verfahren sind daher Kosten zu erheben, welche gestützt auf Art. 10 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf Fr. 1'500.-- festgesetzt werden. Dem Beschwerdeführer können bei diesem Ausgang des Verfahrens keine Kosten auferlegt werden, weshalb die Gerichtskosten zu Lasten des Kantons Graubünden gehen. Dieser hat den Beschwerdeführer zudem aussergerichtlich angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung nach Ermessen festzulegen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). Ausgehend von einem mittleren Stundenansatz von Fr. 240.-- (vgl. Art. 3 Abs. 1 HV) erscheint eine Entschädigung von Fr. 1'200.-- (einschliesslich MWSt. und Barauslagen) als angemessen.

Seite 13 — 13 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.