

L'épouse et l'enfant d'un travailleur victime d'un accident mortel sur un chantier ouvrent action contre l'employeur, réclamant la réparation du dommage ainsi que l'indemnisation du préjudice moral. Leur demande est rejetée en première instance, puis leur requête d'assistance judiciaire est rejetée par le TC pour la procédure d'appel.

Il y a lieu de **tenir compte de la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 Cst. pour interpréter la notion de cause « dépourvue de toute chance de succès » au sens de l'art. 117 let. b CPC**. La question de savoir si les chances de succès sont suffisantes doit être tranchée sur la base d'un **examen sommaire et provisoire**. Il faut prendre en considération le fait qu'un jugement de première instance a été rendu, ce qui allège l'examen sommaire des chances de succès (c. 3.1). Le TF ne se prononce qu'avec retenue sur le pronostic de l'instance précédente (c. 3.2).

Les chances de succès de l'appel dépendent seulement des allégués de procédure des recourants. A cet égard, les allégués contenus dans les écritures de première instance des parties revêtent une grande importance (c. 4.3). En l'espèce, l'instance précédente ne s'est pas fondée sur l'ensemble des allégués de procédure des recourants. Elle a réduit l'état de fait à un seul élément prétendument relevant pour l'application du droit (c. 5.1.3).

L'instance précédente n'a pas non plus examiné si l'art. 153 al. 2 CPC – concernant l'administration d'office des preuves lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté – trouvait application en l'espèce. Cas échéant, les parties doivent pouvoir bénéficier du droit d'être entendu (c. 5.3.4).

Le TF a donc **admis le recours** et octroyé aux survivants le droit à l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Auteur : Alexandre Lehmann, avocat à Lausanne

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 10. Mai 2016.

Sachverhalt:

A.

Am 2. Juni 2008 verunfallte C.A. (nachfolgend: Arbeitnehmer) bei der Arbeit auf einer Baustelle tödlich. Seine Ehefrau, A.A., und sein Sohn, B.A., (nachfolgend gemeinsam: Kläger, Beschwerdeführer) machten daraufhin Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend gegen die Arbeitgeberin des Verstorbenen, die D.AG (nachfolgend: Beklagte).

B.

B.a. Nach gescheitertem Schlichtungsverfahren beantragten die Kläger mit Klage vom 19. August 2011 beim Bezirksgericht Hochdorf, die Beklagte sei kostenfällig zur Zahlung von insgesamt Fr. 664'463.50 nebst Zins zu verpflichten, wobei sie sich eine abweichende Bezifferung nach dem Beweisverfahren vorbehielten. Zugleich ersuchten sie um unentgeltliche Rechtspflege, die ihnen gewährt wurde. Mit Urteil vom 5. Oktober 2015 wies das Bezirksgericht die Klage ab.

B.b. Mit Berufung beim Kantonsgericht Luzern beantragten die Kläger, dieses Urteil sei aufzuheben, die Haftung der Beklagten sei zu bejahen und diese sei kostenfällig zur Zahlung von insgesamt Fr. 664'463.50 nebst Zins zu verpflichten, wobei sie sich eine abändernde Bezifferung wiederum

vorbehalten; eventualiter sei der Fall zur Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht und des Quantitativen an das Bezirksgericht zurückzuweisen. Zudem ersuchten sie für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege. Das Kantonsgericht sistierte das Berufungsverfahren bis zum Abschluss des Verfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege. Mit Entscheid vom 10. Mai 2016 wies das Kantonsgericht, 1. Abteilung, das diesbezügliche Gesuch ab, da es die Berufung als aussichtslos einschätzte.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragen die Beschwerdeführer dem Bundesgericht, der Entscheid des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Sache sei an dieses zurückzuweisen mit der Weisung, es habe ihnen die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu erteilen. Auch für das bundesgerichtliche Verfahren ersuchen sie um unentgeltliche Rechtspflege.

Das Kantonsgericht beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

D.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 wurde das Gesuch der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren gutgeheissen und es wurde ihnen Rechtsanwalt Christian Haag, Luzern, als Rechtsbeistand beigegeben.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG) über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der in der Regel - und so auch hier - einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; vgl. Urteil 4D_50/2014 vom 21. November 2014 E. 1.1 mit Hinweisen).

1.2.

Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (**BGE 137 III 380** E. 1.1 S. 382; 133 III 645 E. 2.2 S. 647; Urteil 4A_325/2015 vom 9. Februar 2016 E. 1.5, nicht publ. in: BGE 142 III 131). In der Hauptsache geht es um Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche, die den für die Beschwerde in Zivilsachen erforderlichen Streitwert von Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) erreichen.

1.2. Die Beschwerde in Zivilsachen ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 107 Abs. 2 BGG). Die beschwerdeführende Partei darf sich deshalb grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern sie muss einen Antrag in der Sache stellen; ein blosser Rückweisungsantrag ist nicht zulässig, ausser das Bundesgericht könnte ohnehin nicht reformatorisch entscheiden (BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 135; 134 III 379 E. 1.3 S. 383).

Die Beschwerdeführer stellen den Antrag, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, allerdings verbunden mit der Weisung an diese, ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, weshalb das Bundesgericht nicht selber die umstrittene unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren sollte erteilen können, sondern stattdessen einen Rückweisungsentscheid treffen müsste, in dessen Rahmen es der Vorinstanz eine dahingehende Weisung erteilen würde (vgl. nur etwa Urteil 4A_498/2014 vom 3. Februar 2015 E. 4 und Disp.-Ziff. 1). Bei dem mit einer Weisung verknüpften Rückweisungsantrag der Beschwerdeführer handelt es sich um einen sinn gemässen reformatorischen Antrag um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren, der als solcher entgegenzunehmen und zu behandeln ist.

1.3. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5 S. 401). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

Die Ausführungen der Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift enthalten teilweise neue Tatsachen, ohne dass dargelegt würde, inwiefern die oben dargestellten Grundsätze erfüllt wären. Derartige Vorbringen sind nicht zu berücksichtigen.

3.

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die für die Prozessführung erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

3.1. Die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit nach Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen. Als aussichtslos sind demnach Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Entscheidend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476 f.; 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218).

Geht es - wie hier - um die Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels, ist zu beachten, dass ein erstinstanzliches Urteil vorliegt, das mit den gestellten Rechtsmittelanträgen verglichen werden kann. Der Rechtsmittelinstanz wird dadurch die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten erleichtert. Nur wenn die Rechtsmittelkläger dem erstinstanzlichen Entscheid nichts Wesentliches entgegensetzen können, laufen sie Gefahr, dass ein Rechtsmittel als aussichtslos eingestuft wird, namentlich wenn eine eingeschränkte Kognition oder Rügepflicht gilt (Urteil 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 2.3 mit Hinweis).

3.2. Bei der Überprüfung der vorinstanzlichen Beurteilung der Erfolgsaussichten ist es nicht Aufgabe des Bundesgerichts, dem Sachgericht vorgreifend zu prüfen, ob das von der beschwerdeführenden Partei im kantonalen (Rechtsmittel) Verfahren gestellte Begehren zu schützen sei oder nicht. Die prognostische Beurteilung der Erfolgsaussichten eröffnet dem Sachgericht einen Beurteilungsspielraum, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreift. Erforderlich ist, dass das Sachgericht von anerkannten Rechtsgrundsätzen abgewichen ist, dass es Umstände berücksichtigt hat, die für die Prognose im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen (Urteile 4A_484/2015 vom 1. April 2016 E. 3; 4A_576/2014 vom 25. März 2015 E. 3; je mit Hinweisen; vgl. auch **BGE 119 III 113** E. 3a S. 115).

4.

4.1. Die Erstinstanz gelangte in ihrem Urteil, auf das sich die Vorinstanz bezog, zum Beweisergebnis, eine Arbeitsausführung von unten her - wie erfolgt - sei aus Sicherheitsgründen ungeeignet gewesen. Von oben her habe die Arbeit mit dem vom Arbeitnehmer verwendeten grossen Winkelschleifer wegen fehlender Zugänglichkeit nicht ausgeführt werden können, mit einem kleineren Winkelschleifer hingegen schon. Der zuständige Polier habe den für diese Arbeiten befähigten Arbeitnehmer angewiesen, die Arbeit von oben her auszuführen. Auf der Baustelle sei eine Spitzmaschine, der verwendete grosse Winkelschleifer sowie gemäss Aussage des Poliers ein kleinerer Winkelschleifer vorhanden gewesen. Der Polier sei zwar eine Hilfsperson der Beklagten, jedoch sei kein widerrechtliches Verhalten auszumachen. Dies u.a. deshalb, weil dem Arbeitnehmer das erforderliche Arbeitsmaterial, namentlich eine Spitzmaschine und ein kleinerer Winkelschleifer, zur Verfügung gestanden habe. Der Polier habe nicht davon ausgehen müssen, dass der Arbeitnehmer die Arbeit entgegen seiner Anweisung von unten her "über Kopf" ausführen werde. Da es an den Voraussetzungen für eine Haftung nach Art. 55 und 41 OR fehle, habe die Erstinstanz die Klage abgewiesen.

4.2. Laut Vorinstanz begründeten die Beschwerdeführer ihre Berufung im Wesentlichen damit, die Erstinstanz sei in Verletzung prozessualer Grundsätze davon ausgegangen, dem Arbeitnehmer habe geeignetes Werkzeug in Form eines kleineren Winkelschleifers zur Verfügung gestanden. Abgesehen davon würden sie dem ausführlich und sorgfältig begründeten Urteil nichts entgegensetzen. Diese Feststellung zum Inhalt ihrer Berufung bestätigen die Beschwerdeführer implizit, indem sie in der Beschwerde festhalten, sie hätten insbesondere gerügt, zwischen den Parteien sei bis und mit Abschluss des zweiten Schriftenwechsels unbestritten gewesen, dass auf der fraglichen Baustelle kein kleinerer Winkelschleifer vorhanden gewesen sei. Mit Blick auf die Verhandlungsmaxime und die Novenschranke könne daher nicht von einer geeigneten Ausrüstung des Arbeitnehmers ausgegangen werden. Dass sie in ihrer Berufung noch weitere Punkte gerügt hätten (etwa, dass der Arbeitnehmer selbst dann nicht mit geeignetem Arbeitsmaterial ausgerüstet gewesen wäre, wenn ihm ein kleinerer Winkelschleifer zur Verfügung gestanden haben sollte), machen die Beschwerdeführer nicht geltend.

4.3. Die Erfolgsaussichten der Berufung hängen somit einzig von den prozessualen Vorbringen der Beschwerdeführer ab. Von dementsprechend grosser Bedeutung sind die Vorbringen der Parteien in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften. Diesbezüglich stellte die Vorinstanz fest, in der *Klage* sei behauptet worden, dem Arbeitnehmer habe kein geeignetes Material zur Verfügung gestanden, da ihm nur ein Winkelschleifer anstatt eines Schweißbrenners, eventualiter keine Leiter bzw. kein Podest, keine genügende Beleuchtung und keine intakte Trennscheibe zur Verfügung gestellt worden seien. Die Beklagte habe dies in der *Klageantwort* bestritten und geltend gemacht, geeignetes Material sei vorhanden gewesen. Der Polier habe den Arbeitnehmer angewiesen, zunächst mit der Spitzmaschine den Beton wegzuspitzen und danach die oberen Armierungseisen mit dem grossen Winkelschleifer von oben her zu entfernen. Der Polier sei davon ausgegangen, dass für diese

Arbeiten die gesamte verbleibende Zeit bis zum Feierabend benötigt werde. Falls der Arbeitnehmer früher hätte damit fertig werden sollen, hätte er den Polier anrufen oder auf der ca. fünf Minuten entfernten Baustelle den kleineren Winkelschleifer holen sollen, um damit auch die unteren Armierungseisen von oben her zu entfernen. Für die Arbeit von oben her - wie angeordnet - seien weder Schweissbrenner noch Leiter oder Podest noch Beleuchtung erforderlich gewesen. In der *Replik* hätten die Beschwerdeführer die Beklagte darauf behaftet, dass auf der Unfallbaustelle kein kleinerer Winkelschleifer vorhanden gewesen sei. Schon vor Zuteilung dieser Arbeit sei das beklagte Magazin auf dieser Baustelle geräumt worden und es habe sich dort weder ein Schweissbrenner noch ein kleinerer Winkelschleifer befunden. Weiter hätten sie bestritten, dass ein kleinerer Winkelschleifer auf der nahe gelegenen Baustelle vorhanden gewesen sei; und falls doch, dass der Arbeitnehmer darum gewusst habe resp. dass der Polier ihn darüber informiert habe. In ihrer *Duplik* habe die Beklagte an den Ausführungen in ihrer Klageantwort festgehalten und präzisiert, mit dem grossen Winkelschleifer sei es problemlos möglich gewesen, die oberen Armierungseisen von oben her zu entfernen. Danach hätte der Arbeitnehmer den kleineren Winkelschleifer auf der nahe gelegenen Baustelle holen können. Der Polier habe diesen bereits mitgenommen, da er ihn auf der neuen Baustelle benötigt habe, um Rohre zu schneiden. Erst wenn der Arbeitnehmer den Beton weggespitzt und die oberen Armierungseisen entfernt gehabt hätte, hätte er den kleineren Winkelschleifer benötigt. Er sei mit seinen Arbeiten jedoch noch längst nicht so weit gewesen. Den kleineren Winkelschleifer hätte er dann, wenn er ihn benötigt hätte, auf der nahe gelegenen Baustelle beim Polier abholen können, was kein Problem gewesen wäre, da die beiden Baustellen so nahe beieinander gelegen hätten. Dieser von der Vorinstanz festgestellte Prozesssachverhalt ist massgeblich. Soweit die Beschwerdeführer in ihren Ausführungen davon abweichen, sind sie damit mangels gegebener Voraussetzungen (vgl. E. 2) nicht zu hören.

5.

Die Vorinstanz erachtete die prozessualen Vorbringen der Beschwerdeführer aus drei Gründen als nicht erfolgversprechend.

5.1.

5.1.1. Zunächst berief sie sich auf E. 7.3.4 des Urteils 4A_195/2014 vom 27. November 2014 (nicht publ. in: BGE 140 III 602). Sie hielt fest, die Frage, ob das Gericht aus den Akten ersichtliche Tatsachen trotz fehlender Behauptung oder mangelnder Bezeichnung des Beweismittels berücksichtigen dürfe, stelle sich nur, wenn die für die Subsumtion unter die Bestimmungen des materiellen Rechts massgebenden Umstände, die das Gericht als erwiesen angesehen habe, nicht in einer nach den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet und nach Massgabe der Bestreitung substantiiert worden seien, oder wenn sich die Parteien für die massgebenden Umstände nicht rechtsgenügend auf die von der Erstinstanz herangezogenen Beweismittel berufen hätten.

Weder von einer fehlenden Behauptung noch von einer mangelnden Bezeichnung des Beweismittels könne hier die Rede sein. Die Beschwerdeführer hätten unter anderem behauptet, dem Arbeitnehmer habe kein geeignetes Werkzeug zur Verfügung gestanden. Die Beklagte habe dies substantiiert bestritten und von Anfang an geltend gemacht, dem Arbeitnehmer sei geeignetes Werkzeug u.a. in Form eines kleineren Winkelschleifers zur Verfügung gestanden. Dass ein kleinerer Winkelschleifer geeignet gewesen sei und dass dem Arbeitnehmer ein solcher zur Verfügung gestanden habe, stehe aufgrund des Beweisergebnisses der Erstinstanz fest. Wesentliches Beweisthema aufgrund der massgebenden Bestimmungen des materiellen Rechts (Art. 55 und 41 OR) sei gewesen, ob dem Arbeitnehmer geeignetes Werkzeug zur Verfügung gestanden habe, wozu die Erstinstanz Beweis abgenommen habe. Weder mit der Einvernahme der Zeugen noch mit ihrer Fragestellung habe die Erstinstanz den Verhandlungsgrundsatz verletzt; auf das Beweisergebnis habe sie abstellen dürfen. Dass sich der kleinere Winkelschleifer entgegen der ursprünglichen Darstellung

der Beklagten nicht beim Polier auf der anderen, nahe gelegenen Baustelle befunden habe und dort vom Arbeitnehmer hätte abgeholt bzw. von dort hätte abgerufen werden können, sondern sogar auf der Unfallbaustelle selber vorhanden gewesen sei, ändere nichts an der behaupteten und bewiesenen Tatsache, wonach dem Arbeitnehmer geeignetes Werkzeug zur Verfügung gestanden habe. Bei der von der Erstinstanz festgestellten Tatsache, der kleinere Winkelschleifer sei auf der Baustelle vorhanden gewesen, handle es sich deshalb nicht um die Feststellung einer nicht behaupteten Tatsache oder um ein "überschiessendes Beweisergebnis", sondern um die freie Würdigung der angerufenen Beweismittel (Zeugenaussagen) im Hinblick auf die Frage, ob diese den Schluss zuliesse, dem Arbeitnehmer habe geeignetes Werkzeug zur Verfügung gestanden.

5.1.2. Die Beschwerdeführer bringen dagegen zunächst vor, es gehe nicht an, ihre konkrete Behauptung "auf der Unfallbaustelle war kein kleiner Winkelschleifer", welche die Beklagte nicht bestritten habe, durch deren bloss allgemeine Behauptung, wonach der Arbeitnehmer mit geeignetem Werkzeug ausgerüstet gewesen sei, als bestritten anzusehen.

Damit berufen sich die Beschwerdeführer sinngemäss darauf, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung, was die rechtsrelevanten streitigen Tatsachenbehauptungen der Parteien seien, nicht auf die konkreten Behauptungen abgestellt, sondern habe sich zu Unrecht auf eine "höhere Abstraktionsstufe zurückgezogen".

5.1.3. Mit ihrer Auffassung, die umstrittene rechtsrelevante Tatsachenbehauptung bestehe darin, der Arbeitnehmer sei mit geeignetem Material ausgerüstet gewesen, übergeht die Vorinstanz in der Tat ihre eigenen Feststellungen zum Prozesssachverhalt (vgl. E. 4.3 hiervor). Die Parteien haben nämlich die Tatsachen vor Aktenschluss nicht nur in derart groben Zügen behauptet und bestritten, sondern - den Substanziierungsanforderungen nachkommend - in Einzeltatsachen zergliedert und so umfassend und klar dargelegt, dass darüber Beweis abgenommen werden konnte. Diese konkreten Behauptungen der Parteien sind mittels der angerufenen Beweismittel nachzuweisen. Die Tatsachenbehauptungen in ihren Grundzügen, wie sie von den Parteien womöglich zu Beginn des Schriftenwechsels aufgestellt wurden, sind nicht Beweisgegenstand, andernfalls die auf eine entsprechende Bestreitung hin erfolgende Substanziierung blosser Selbstzweck wäre. Aus dem zit. Urteil 4A_195/2014, auf das sich die Vorinstanz berief, lässt sich nichts anderes ableiten. Zu beurteilen war dort, ob das Gericht die Verhandlungsmaxime verletzte, indem es bei der Würdigung der Beweismittel eine Einzeltatsache berücksichtigte, die nicht ausdrücklich behauptet wurde (siehe E. 7.1 des zit. Urteils 4A_195/2014). Thema war also, welche Anforderungen an den Umfang und den Detaillierungsgrad von Behauptungen zu stellen sind und welche Einzeltatsachen als von gemachten Behauptungen vernünftigerweise auch ohne ausdrückliche Nennung noch mitumfasst zu betrachten sind. Darum geht es hier nicht.

Der erste Grund, warum die prozessualen Vorbringen der Beschwerdeführer nicht erfolversprechend sein sollen, überzeugt somit nicht.

5.2.

5.2.1. Als zweiten Grund führte die Vorinstanz an, wenn dennoch von einem "überschiessenden Beweisergebnis" auszugehen sein sollte, erscheine dessen Verwertung vorliegend zulässig. Beweisergebnisse, die im Ergebnis gleichwertig mit den behaupteten Tatsachen seien, dürften und sollten vom Gericht berücksichtigt werden, ohne dass hierfür die Voraussetzungen gemäss Art. 229 ZPO erfüllt sein müssten. Dies sei hier der Fall. Gemäss Beweisergebnis habe dem Arbeitnehmer ein kleinerer Winkelschleifer auf der Unfallbaustelle zur Verfügung gestanden. Bezüglich dem "Standort" dieses Winkelschleifers habe die Beklagte dies zwar nicht so behauptet. Dass sich dieser nicht beim Polier auf der nahe gelegenen Baustelle befunden habe und von dort hätte geholt oder angefordert werden können, sondern auf der Unfallbaustelle selbst, liege wertungsmässig aber im Rahmen des

Behaupteten.

5.2.2. Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, es handle sich beim Vorhandensein eines kleineren Winkelschleifers auf der Unfallbaustelle weder um ein echtes noch um ein unechtes Novum. Eine Berücksichtigung sei daher gemäss Art. 229 ZPO ausgeschlossen. Diese Norm könne nicht mit der Begründung umgangen werden, die erwiesene Tatsache würde nicht über das ursprünglich Behauptete hinausgehen. Vielmehr sei der genaue Standort des kleineren Winkelschleifers ein zentraler Punkt gewesen, weshalb kein gleichwertiges Beweisergebnis vorliege.

5.2.3. In E. 7.2 des zit. Urteils 4A_195/2014 führte das Bundesgericht die verschiedenen Lehrmeinungen auf, die hinsichtlich der Berücksichtigung von überschüssenden Beweisergebnissen vertreten werden, bevor es die Frage in E. 7.3 offenliess (siehe auch BGE 142 III 462 E. 4.3 S. 464 f.). Ob bei einer solchermassen ungeklärten Rechtslage die von einer Partei eingenommene, auch in der Lehre vertretene Position bei einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten als aussichtslos bezeichnet werden kann, erscheint fraglich, kann aber offenbleiben. Denn ein überschüssendes Beweisergebnis liegt vor, wenn sich eine nicht behauptete Tatsache aufgrund des Beweisverfahrens erwiesen hat (CHRISTOPH LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Festschrift für Franz Kellerhals [...], 2005, S. 313 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, S. 128 Rz. 4.30 und S. 280 f. Rz. 9.149; CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. 1, 2012, N. 36 zu Art. 55 ZPO; PAUL OBERHAMMER, in: Kurzkommentar ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 55 ZPO). Vorliegend bestehen jedoch gerade Behauptungen der Parteien in ihren Rechtsschriften dazu, ob auf der Unfallbaustelle ein kleinerer Winkelschleifer vorhanden gewesen ist (vgl. E. 4.3) - sie verneinen dies übereinstimmend. Das Beweisergebnis liegt demnach nicht etwa ausserhalb der Parteibehauptungen, wie dies bei einem überschüssenden Beweisergebnis der Fall wäre, sondern es widerspricht diesen.

Geht es nicht um die Berücksichtigung eines überschüssenden Beweisergebnisses, vermögen diesbezügliche Ausführungen auch nicht darzutun, weshalb die Berufung aussichtslos sein soll.

5.3.

5.3.1. Schliesslich war die Vorinstanz der Ansicht, die Beschwerdeführer müssten darlegen, inwiefern die von der Erstinstanz getroffene, aber von den Parteien nicht behauptete Feststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sei. Es stehe fest, dass für den Arbeitnehmer ein kleinerer Winkelschleifer verfügbar gewesen sei. Ob sich dieser nun auf der Unfallbaustelle selbst befunden habe oder auf der nahe gelegenen Baustelle, wo er ihn hätte abholen oder anfordern können, sei nicht entscheidend. Wesentlich sei nur, dass ihm dieser zur Verfügung gestanden habe. Die Ansicht der Beschwerdeführer, bei der Beweismwürdigung sei davon auszugehen, dem Arbeitnehmer habe weder auf der Unfallbaustelle noch anderswo ein kleinerer Winkelschleifer zur Verfügung gestanden, da Erstes unbestritten und Zweites unbewiesen geblieben sei, erscheine falsch. Selbstverständlich lasse sich nicht beweisen, dass der kleinere Winkelschleifer auf der nahe gelegenen Baustelle gewesen sei, wenn er sich doch auf der Unfallbaustelle selbst befunden habe. Das Gericht sei nicht gehalten, sich zulasten der materiellen Wahrheit "dumm zu stellen", sondern es habe sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise zu bilden. Da feststehe, dass dem Arbeitnehmer ein kleinerer Winkelschleifer zur Verfügung gestanden habe, sei der Fall auch gestützt auf diese Erkenntnis zu beurteilen.

5.3.2. Die Beschwerdeführer bringen dagegen vor, zum einen sei sehr wohl massgeblich, ob sich der kleinere Winkelschleifer nun auf der Unfallbaustelle oder beim Polier auf der nahe gelegenen Baustelle befunden habe. Die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer mit geeignetem Material auszustatten, könne nicht einfach auf den Arbeitnehmer überbunden werden, indem dieser sich die

geeigneten Werkzeuge selber beschaffen müsse. Zudem sei bestritten, dass auf der nahe gelegenen Baustelle ein kleinerer Winkelschleifer vorhanden gewesen sei, und falls doch, dass der Arbeitnehmer dies gewusst habe resp. darüber informiert worden sei.

5.3.3. Es stellt sich hier die Frage, wie konsequent der Verhandlungsgrundsatz umzusetzen ist resp. inwiefern das Prinzip der formellen Wahrheit eine Durchbrechung zugunsten der materiellen Wahrheit erfährt (vgl. HURNI, a.a.O., N. 46 f. zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 57 zu Art. 55 ZPO; siehe auch FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 9 zu Art. 153 ZPO).

Bei einem rigorosen Verständnis des Verhandlungsgrundsatzes, wie es von den Beschwerdeführern vertreten wird, ist erwiesen, dass dem Arbeitnehmer kein kleinerer Winkelschleifer zur Verfügung stand, obwohl für die Arbeitsausführung von oben ein solcher erforderlich gewesen wäre (vgl. E. 4.1) : darüber, dass auf der Unfallbaustelle kein kleinerer Winkelschleifer vorhanden war, waren sich die Parteien einig. Diese unstreitige Tatsache hat das Gericht seinem Urteil im Sinne der formellen Wahrheit ohne Weiteres zugrunde zu legen. Die streitige Tatsache, ob auf der nahe gelegenen Baustelle ein kleinerer Winkelschleifer vorhanden war (und gegebenenfalls ob der Arbeitnehmer darüber informiert war), wurde durch die zum Beleg dafür angerufenen Beweismittel nicht erhärtet und blieb damit unbewiesen.

Indem die Vorinstanz vorbringt, sie müsse sich nicht zulasten der materiellen Wahrheit dumm stellen, vertritt sie eine Relativierung des Verhandlungsgrundsatzes. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich in Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann, wenn es an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel hat. Die kantonalen Instanzen beriefen sich allerdings nicht auf diese Bestimmung und entsprechend unterblieb auch eine Prüfung, ob sie im konkreten Fall Anwendung findet. Dass die Beklagte nicht bestritt, dass auf der Unfallbaustelle kein kleinerer Winkelschleifer vorhanden war, spricht entgegen den Beschwerdeführern aber nicht gegen ihre Anwendbarkeit. Vielmehr ist eine unstreitige Tatsache - gerade umgekehrt - eine Anwendungsvoraussetzung von Art. 153 Abs. 2 ZPO (statt aller JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. 2, 2012, N. 7 zu Art. 153 ZPO).

Aufgrund der Zeugenaussage des Poliers, die von der Beklagten als Beweismittel angerufen wurde, um die in ihren Rechtsschriften detailliert behauptete, streitige Tatsache zu belegen, wonach der kleinere Winkelschleifer beim Polier auf der nahe gelegenen Baustelle gewesen sei, schloss die Erstinstanz, ein kleinerer Winkelschleifer habe sich auf der Unfallbaustelle befunden. Ein solcher Schluss impliziert erhebliche Zweifel an der gegenteiligen übereinstimmenden Tatsachenbehauptung beider Parteien. Zwar kann auch eine erst nach Aktenschluss im Rahmen der Beweisabnahme erfolgte Zeugenaussage die erheblichen Zweifel an der Richtigkeit einer unstreitigen Tatsache i.S.v. Art. 153 Abs. 2 ZPO auslösen (CHRISTIAN LEU, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Brunner und andere [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl. 2016, N. 16, 20, 22 und 29 zu Art. 153 ZPO; auch PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 10 und 11 zu Art. 153 ZPO). Doch ist diesfalls die entsprechende Aussage der Auslöser der Zweifel und damit der Anfang der Beweiserhebung von Amtes wegen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO, nicht bereits deren Ende (zum weiteren Ablauf siehe LEU, a.a.O., N. 31 zu Art. 153 ZPO; GUYAN, a.a.O., N. 12 zu Art. 153 ZPO). Im vorinstanzlichen Urteil finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erstinstanz nach der fraglichen Zeugenaussage weitere Beweismassnahmen von Amtes wegen getroffen hätte, um die unstreitige, aber aus ihrer Sicht mit erheblichen Zweifeln behaftete Tatsache weiter abzuklären. Ebenso wenig liegen Feststellungen dazu vor, dass die Erstinstanz die Parteien über die von ihr beabsichtigte Durchbrechung des Verhandlungsgrundsatzes informiert und ihnen diesbezüglich sowie im Hinblick auf die noch abzunehmenden Beweismittel das rechtliche Gehör gewährt hätte

(diesbezüglich die Gewährung des rechtlichen Gehörs explizit verlangend LEU, a.a.O., N. 31 zu Art. 153 ZPO; in diesem Zusammenhang das rechtliche Gehör anführend auch FABIANNE HOHL, Procédure civile, Bd. 1, 2. Aufl. 2016, S. 216 Rz. 1310).

5.3.4. Wie es sich vorliegend mit dem Verhandlungsgrundsatz resp. dessen Durchbrechung verhält, braucht nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn zu prüfen ist hier lediglich, ob die Berufung der Beschwerdeführer aussichtslos erscheint.

Wird der Verhandlungsgrundsatz nicht durchbrochen, sind die Rügen der Beschwerdeführer berechtigt. Diesfalls ist nämlich im Sinne der formellen Wahrheit davon auszugehen, dass auf der Unfallbaustelle kein kleinerer Winkelschleifer vorhanden war, und es blieb gleichzeitig unbewiesen, dass sich ein solcher auf der nahe gelegenen Baustelle befand und der Arbeitnehmer darüber vom Polier informiert worden war. Dieser Sachverhalt wäre alsdann zu beurteilen, was noch nicht geschehen ist.

Grundlage für eine Durchbrechung der Verhandlungsmaxime könnte Art. 153 Abs. 2 ZPO sein. Ob diese Norm Anwendung findet, wurde im kantonalen Verfahren bislang nicht geprüft. Sollte die Vorinstanz dies bejahen, müsste sie anschliessend hinsichtlich der fraglichen Tatsache eine Beweisabnahme von Amtes wegen vornehmen, was bisher unterblieben ist. Dabei wäre auch das rechtliche Gehör der Parteien zu beachten. Das Ergebnis einer solchen, erst noch vorzunehmenden Beweisabnahme von Amtes wegen ist zur Zeit noch unbekannt; es könnte sowohl zugunsten als auch zuungunsten der Beschwerdeführer ausfallen.

Damit aber erweist sich die Berufung als weder im einen noch im anderen Fall aussichtslos.

6.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben. Die Bedürftigkeit der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist nicht fraglich. Ihnen ist daher für das kantonale Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und als unentgeltlicher Rechtsanwalt ist Christian Haag zu bestellen.

Dem Kanton Luzern werden keine Kosten auferlegt (Art. 66 Abs. 4 BGG). Hingegen hat er die Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG), wobei diese Entschädigung aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege direkt an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zu leisten ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 1. Abteilung, vom 10. Mai 2016 wird aufgehoben. Den Beschwerdeführern wird für das Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege erteilt und Rechtsanwalt Christian Haag als unentgeltlicher Anwalt bestellt.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Kanton Luzern hat dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern und dem Kantonsgericht Luzern, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.