

## **BGer 5A\_164/2023 vom 13. Juni 2023**

Bundesgericht, 2023-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_164\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_164_2023)

FR: TF 5A\_164/2023 du 13 juin 2023

IT: TF 5A\_164/2023 del 13 giugno 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den auf Rechtsmittel hin gefällten Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 BGG ), mit dem die unentgeltliche Rechtspflege für ein Eheschutz- und für ein Scheidungsverfahren verweigert worden ist. Da das Hauptverfahren - betreffend Eheschutz bzw. die Scheidung - abgeschlossen ist, gilt der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege als Nebenpunkt zum Endentscheid ( Art. 90 BGG ; Urteil 5A\_292/2021 vom 22. März 2022 E. 1 mit Hinweisen). Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege kann daher mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel angefochten werden (Urteil 5A\_174/2016 vom 26. Mai 2016 E. 1). In der Hauptsache geht es zum einen um Eheschutzmassnahmen, zum anderen um eine Scheidung, wobei sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten strittig waren, womit für diese Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) insgesamt kein Streitwerterfordernis gilt (vgl. BGE 137 III 380 E. 1.1). Die Beschwerdeschrift ist mit einer gültigen qualifizierten elektronischen Signatur versehen ( Art. 42 Abs. 4 BGG ) und wurde über eine anerkannte Plattform übermittelt ( Art. 42 Abs. 4 lit. b BGG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Reglements des Bundesgerichts vom 20. Februar 2017 über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen [ReRBGer; SR 173.110.29]). Die Beschwerdeführerin ist überdies zur Erhebung der Beschwerde am Bundesgericht legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und hat diese fristgerecht ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereicht.

#### **E. 1.2**

Während im Hinblick auf die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Scheidungsverfahren Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden können, wobei das Bundesgericht in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen anwendet ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition prüft, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt, unterstehen Eheschutzentscheide Art. 98 BGG (Urteil 5A\_294/2021 vom 7. Dezember 2021 E. 2, nicht publ. in: BGE 148 III 95 ; vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2) und damit der Rügebeschränkung auf die Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Dabei kommt es nicht darauf an, wie das die Beschwerdeführerin meint, dass der angefochtene Entscheid das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht nur einstweilig entschied, denn die Zulässigkeit der Beschwerde sowie die zulässigen Rügegründe richten sich nach der Hauptsache (siehe oben E. 1.1). Da die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO aber mit denjenigen der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV übereinstimmen ( BGE 142 III 131 E. 4.1), eine Verletzung von Art. 117 ZPO zugleich eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV darstellt (Urteil 4A\_384/2015 vom 24. September 2015 E. 3), das Bundesgericht die Einhaltung von Art. 29 Abs. 3 BV frei prüft ( BGE 142 III 131 E. 4.1) und die

Beschwerdeführerin überdies die Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV explizit geltend macht, braucht vorliegend nicht weiter erörtert zu werden, welche Folgen diese Unterscheidung betreffend die zulässigen Rügegründe hat, wenn - wie hier - in einem einzigen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege sowohl für das Eheschutz- als auch das Scheidungsverfahren entschieden wird.

## **E. 2**

Strittig ist im Wesentlichen, ob die Beschwerdeführerin - nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptverfahrens - noch um unentgeltliche Rechtspflege ersuchen konnte bzw. ob das "neue" Gesuch vom 24. Mai 2022 lediglich als Wiederholung der (eventualiter zum Prozesskostenvorschuss gestellten) Gesuche vom 15. Februar 2019 bzw. 11. März 2019 gilt und damit zulässig ist. Die Vorinstanz verneinte diese Fragen.

### **E. 2.1.1**

Betreffend den Zeitpunkt, in dem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden kann, ist Art. 119 ZPO massgebend. Gemäss dessen Abs. 1 kann das Gesuch vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden. Entsprechend hat auch das Bundesgericht bereits erwogen, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege könne jederzeit während des (Haupt-) Verfahrens gestellt werden ( BGE 131 I 113 E. 3.7.3). Daraus folgt e contrario , dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht nach rechtskräftiger Erledigung des Hauptverfahrens - und damit der Beendigung der Rechtshängigkeit (vgl. BGE 147 III 419 E. 6.4; 140 II 298 E. 5.4; INFANGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 22 zu Art. 62 ZPO ) - gestellt werden kann (so auch BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 89 zu Art. 119 ZPO ; TAPPY, in: Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 119 ZPO ; ACKERMANN, Aktuelle Fragen zur unentgeltlichen Vertretung im Sozialversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2010, S. 178; ARROYO, Die unentgeltliche Rechtspflege wird nicht für einen Prozess, sondern einer Prozesspartei gewährt, Jusletter vom 25. April 2005, Rz.8).

### **E. 2.1.2**

Spätestens mit rechtskräftigem Entscheid vom 20. Januar 2022 und dem damit verbundenen Abschluss des Hauptverfahrens (zum exakten Zeitpunkt des Abschlusses des Eheschutzverfahrens fehlen genaue Angaben im angefochtenen Entscheid) war es damit nicht mehr möglich, für das Eheschutz- und das Scheidungsverfahren ein (neues) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin argumentiert nun aber damit, das Gesuch vom 24. Mai 2022 habe die Gesuche vom 15. Februar 2019 und vom 11. März 2019 erneuert, weswegen das Gesuch vom 24. Mai 2022 nicht erst nach Rechtskraft des Entscheids, sondern bereits am 15. Februar 2019 bzw. am 11. März 2019 erfolgt und damit nicht verspätet sei. Sie stützt sich dabei auf das Urteil des Bundesgerichts 5A\_843/2009 vom 23. Februar 2010 und will diese Rechtsprechung analog angewendet haben.

### **E. 2.2.1**

Dem zitierten Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ehefrau wurde, wie im vorliegenden Fall, in einem Scheidungsverfahren zulasten ihres Ehemannes ein Prozesskostenvorschuss zugesprochen. Zuvor hatte sie um unentgeltliche Rechtspflege ersucht. Dieses Gesuch wurde aber mit Hinweis auf die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Der Prozesskostenvorschuss konnte in der Folge nicht erhältlich gemacht werden; aus dem eingeleiteten Betreibungsverfahren resultierte - nachdem der Ehemann die Schweiz verlassen hatte - einzig ein Verlustschein. Die Ehefrau stellte daher ein (neues) Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, beantragte diese aber bereits ab dem Zeitpunkt des ersten Gesuchs. Das Bundesgericht erwog zusammengefasst, es liege weder ein Fall einer echten Rückwirkung vor, noch habe die Ehefrau das Risiko des Ausfalls des Prozesskostenvorschusses zu tragen. Werde ihr in dieser Situation die unentgeltliche Prozessführung nicht auf den Zeitpunkt ihres ersten Gesuchs gewährt, werde sie schlechter gestellt als eine Person, deren Ehegatte von Anfang an nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen. Werde ein Armenrechtsgesuch eingereicht, so könne es aber keine Rolle spielen, ob eine

provisio ad litem bereits zu diesem Zeitpunkt nicht in Betracht komme, in einem allfälligen späteren Prozess nicht zugesprochen werde oder sich in der Vollstreckung als uneinbringlich erweise. Immer gehe es um dieselbe Situation, nämlich darum, dass der eine Ehegatte dem anderen keinen Prozesskostenvorschuss leisten könne (Urteil 5A\_843/2009 vom 23. Februar 2010 E. 4.3

in fine ).

#### **E. 2.2.2**

(Mindestens) sinngemäss macht die Beschwerdeführerin geltend, über ihr ursprüngliches, eventualiter zum Antrag auf Prozesskostenvorschuss gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei nie entschieden worden, und die von der Vorinstanz geforderte "Frist", gemäss welcher die Beschwerdeführerin das "Erneuerungsgesuch" vor der Rechtskraft des Hauptentscheids hätte einreichen müssen, sei willkürlich ( Art. 9 BV ) und ohne Rechtsgrundlage gesetzt worden, weshalb auch Art. 5 BV verletzt werde. Aus dem zitierten Urteil 5A\_843/2009 folge, dass ein aufgrund des Vorrangs des ehelichen Prozesskostenvorschusses unbehandeltes, rechtzeitig gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege keine

res iudicata darstelle und unabhängig von der Rechtshängigkeit der Hauptsache sei.

#### **E. 2.2.3**

Dies lässt sich aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid nicht ableiten. Zum einen wurde im dortigen Urteil das (erste) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht "unbehandelt" gelassen, sondern abgewiesen (siehe E. 2.2.1). Zum anderen unterscheidet sich der zitierte Entscheid in einem wesentlichen Punkt vom vorliegenden Sachverhalt, wie die Vorinstanz zutreffend feststellt: die Einreichung des zweiten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege erfolgte nämlich noch während der Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens und nicht, wie vorliegend, nach rechtskräftigem Abschluss desselben. Mit der Rechtshängigkeit setzt sich der Entscheid dementsprechend überhaupt nicht auseinander.

#### **E. 2.2.4**

Indes ist Folgendes zu beachten:

#### **E. 2.2.4.1**

Die in den jeweiligen Verfahren um Prozesskostenvorschuss (eventualiter) gestellten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege wurden weder im Entscheid vom 14. August 2020 betreffend Prozesskostenvorschuss noch im Scheidungsurteil vom 20. Januar 2022 (explizit oder sinngemäss) abgewiesen oder als gegenstandslos bezeichnet bzw. abgeschrieben. Mit dem Scheidungsurteil wurde der Beschwerdeführerin schliesslich eine Parteientschädigung zugesprochen und die Pflicht des Ehegatten zur Leistung der - unbezahlt gebliebenen - Prozesskostenvorschüsse aufgehoben. Spätestens hiermit wurden die bisher unbehandelten, "eventualiter" gestellten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege wieder aktuell. Im Scheidungsurteil wurden sie jedoch nicht beurteilt. Wie die Beschwerdeführerin geltend macht, blieben diese Gesuche folglich unbehandelt.

#### **E. 2.2.4.2**

Im Falle, dass ein Prozesskostenvorschuss zugesprochen, in der Folge aber nicht bezahlt wird bzw. sich als uneinbringlich erweist, ist ein allfälliges, subsidiäres Gesuch des vorschussberechtigten Ehegatten um unentgeltliche Rechtspflege zu behandeln ( BGE 148 III 21 E. 3.2). Dies folgt grundsätzlich auch daraus, dass sich das Verfahren betreffend einen Prozesskostenvorschuss gegen den Ehegatten, das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege aber gegen den Staat richtet, dem Ehegatten in diesem Verfahren keine Parteistellung zukommt ( BGE 139 III 334 E. 4.2) und insofern zwei verschiedene Verfahren laufen.

#### **E. 2.2.4.3**

Das wiederum bedeutet, dass die beiden "eventualiter" gestellten und bisher unbehandelten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege der Beurteilung grundsätzlich noch immer zugänglich sind. Da im Scheidungsurteil weder ausdrücklich noch sinngemäss über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege entschieden wurde, musste die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid überdies auch kein Rechtsmittel einlegen (insofern anders die Konstellation in BGE 122 I 322 , wo den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung zugesprochen und deren Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mindestens sinngemäss abgewiesen wurde, wogegen die Beschwerdeführer ein Rechtsmittel ergriffen).

#### **E. 2.2.4.4**

Die Rechtskraft des Scheidungsurteils ändert nichts daran, dass die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vom 15. Februar 2019 und vom 11. März 2019 noch beurteilt werden können (auch im Verfahren vor Bundesgericht ist eine solche "nachträgliche" Beurteilung noch möglich, siehe Urteile 6F\_20/2019 vom 30. April 2019 E. 1; 5G\_1/2015 vom 18. März 2015 E. 2). Art. 119 Abs. 1 ZPO schliesst lediglich ein

neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach rechtskräftiger Erledigung der Hauptsache aus, aber nicht die Behandlung eines bisher nicht beurteilten Gesuchs. So hat das Bundesgericht bereits entschieden, dass, wenn sich die Zahlungsfähigkeit der Partei, die der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zu leisten hat, als unsicher erweist, die Entschädigung der Rechtsvertretung der bedürftigen Partei aus verfassungsrechtlicher Sicht nötigenfalls durch den Staat gewährleistet bleiben muss. Wie dies prozessual sichergestellt wird, ist ohne Belang, so kann insbesondere der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege auch ausgesetzt und darüber nur nötigenfalls - und damit unter Umständen nach Erledigung der Hauptsache - entschieden werden ( BGE 122 I 322 E. 3d). Dieser

Konstellation gleichzusetzen ist der vorliegende Fall, in dem die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege im Endentscheid nicht explizit "ausgesetzt" wurden, sondern gänzlich unerwähnt und damit unbehandelt blieben.

#### **E. 2.2.5**

Die Vorinstanz hat diese Rechtslage verkannt und damit Art. 29 Abs. 3 BV verletzt. Ob die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung angesichts der zugesprochenen Parteientschädigung zu gewähren sind, hängt von deren Einbringlichkeit bzw. davon ab, ob die Beschwerdeführerin die Uneinbringlichkeit nachgewiesen hat. Hierzu (sowie auch zu den weiteren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege) hat sich die Vorinstanz noch nicht geäußert. Dies wird sie nach Rückweisung der Sache nachzuholen haben. Eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin hierzu bzw. zur Höhe der Entschädigung erübrigt sich.

#### **E. 3**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und zur weiteren Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird dabei auch neu über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens zu entscheiden haben. Dem unterliegenden Gemeinwesen werden keine Gerichtskosten auferlegt ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Hingegen hat es die obsiegende Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ), wobei die Entschädigung praxismässig dem Anwalt auszurichten ist (Urteil 5A\_734/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3, nicht publ. in: BGE 142 III 36 ). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos.

Die Beschwerdeführerin macht "pauschal abgerundet" Anwaltskosten von Fr. 3'600.-- (entsprechend einem Aufwand von 20 Stunden à Fr. 180.--) geltend. Der geltend gemachte Arbeitsaufwand erweist sich mit Blick darauf, dass der zu beurteilende Fall weder in sachverhaltlicher noch in rechtlicher Hinsicht besonders komplex war, als unangemessen hoch. Gestützt auf Art. 6 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3) ist vorliegend eine Entschädigung von Fr. 2'000.-- zuzusprechen.

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