

# **BGer 5A 428/2015 vom 9. Oktober 2015**

Bundesgericht, 2015-10-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_428\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_428_2015)

FR: TF 5A 428/2015 du 9 octobre 2015

IT: TF 5A 428/2015 del 9 ottobre 2015

## **Regeste**

Unentgeltliche Rechtspflege (Berufungsverfahren; Eheschutz) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 140 IV 57 E. 2 S. 59; 139 III 133 E. 1 S. 133 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid ( Art. 75 BGG ) über die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung im Berufungsverfahren, wogegen die Beschwerde offen steht (vgl. zur Ausnahme vom Erfordernis der double instance BGE 138 III 41 E. 1.1 S. 42; 137 III 424 E. 2.2 S. 426). Da der Entscheid zusammen mit dem Urteil in der Hauptsache ergangen ist, handelt es sich nicht um einen Zwischenentscheid (vgl. Urteile 5A\_761/2014 vom 26. Februar 2015 E. 1.2; 5A\_32/2014 vom 8. April 2014 E. 1). In der Sache geht es um Eheschutzmassnahmen und damit um eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) vermögensrechtlicher Natur, deren Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Daran ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht einzig gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Wehr setzt, denn das Obergericht hat seinen Beschluss materiell und zeitlich nicht unabhängig vom Entscheid in der Hauptsache gefällt (Urteile 5A\_58/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 1.3; 5A\_740/2012 vom 11. März 2013 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde in Zivilsachen kann eingetreten werden.

### **E. 2.1**

Eheschutzmassnahmen fallen unter Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.2 S. 397), so dass nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) geltend gemacht werden kann. Für alle Vorbringen betreffend die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann die Beschwerdeführerin nur einwenden, die Feststellungen zum Sachverhalt seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich, oder würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62; 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252, E. 1.4.3 S. 255). Überdies ist darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des

Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22).

### **E. 3.1**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand ( Art. 29 Abs. 3 BV , Art. 117 f. ZPO). Vorliegend ist (nur) umstritten, ob die Beschwerdeführerin bedürftig ist.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat die Bedürftigkeit mit der Begründung verneint, dass die Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung ihrer eigenen Einkünfte, ihrer Bedarfskosten und den vom Ehemann zu leistenden Unterhaltszahlungen in allen Phasen der Unterhaltsberechnung einen Überschuss von Fr. 480.-- bis Fr. 3'218.-- aufweise. Bereits mit dem tiefsten Überschuss von Fr. 480.-- sei es der Beschwerdeführerin möglich, ihre Prozesskosten (Fr. 2'750.-- für die auf sie entfallenden Gerichtskosten und Fr. 4'500.-- für zu erwartende eigene Anwaltskosten) in rund 15 Monaten selbst zu finanzieren. Sie sei daher nicht als mittellos zu bezeichnen. Die Vorinstanz ging dabei von folgenden Einkünften der Beschwerdeführerin aus: - Fr. 4'066.-- vom 4. Juli 2012 bis 31. Dezember 2012 - Fr. 4'429.-- vom 1. Januar 2013 bis 31. Mai 2014 - Fr. 1'695.-- vom 1. Juni 2014 bis 31. Juli 2014 - Fr. 3'083.-- vom 1. August 2014 bis 31. Oktober 2014 - Fr. 1'388.-- vom 1. November 2014 bis 31. August 2015 - Fr. 4'000.-- ab dem 1. September 2015 (hypothetisches Einkommen) Den massgeblichen Bedarf der Beschwerdeführerin setzte die Vorinstanz auf Fr. 3'727.-- fest. Die ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträge ergeben sich aus dem Sachverhalt (lit. B).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin rügt vorab, es sei äusserst zweifelhaft, ob sie von ihrem Ehemann je Unterhaltsbeiträge erhalte. Dieser habe immer bestritten, dass ihr Unterhalt zustehe. Es sei offensichtlich, dass er ihr während der ganzen Dauer des Verfahrens keine Unterhaltsbeiträge, auch keine Akontozahlungen geleistet habe. Von dieser Tatsache sei auch die Vorinstanz ausgegangen, da diese keine solchen Zahlungen erwähnt habe. Die Vorinstanz habe nicht nur ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verletzt, sondern auch willkürlich gehandelt. Weiter sei die Vorinstanz bei ihr von teilweise zu hohen Erwerbs- und Ersatzerwerbseinkommen ausgegangen. Das von der Vorinstanz errechnete Existenzminimum bestreitet sie nicht.

### **E. 4.1**

Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (E. 3.1). Als bedürftig im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV 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 ( BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 ; 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232; je mit Hinweisen). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich grundsätzlich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse ( BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 f.; zuletzt Urteil 5A\_58/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.3.1). Ob die Kriterien zur Bestimmung der Bedürftigkeit zutreffend gewählt worden sind, prüft das Bundesgericht frei i ( BGE 135 I

221 E. 5.1 S. 223; 120 Ia 179 E. 3a S. 181; 119 Ia 11 E. 3a S. 12; Urteil 5A\_124/2012 vom 28. März 2012 E. 3.3).

#### **E. 4.2**

Die Bedürftigkeit ist demnach anhand der wirtschaftlichen Situation der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu beurteilen (E. 4.1). Nach der Rechtsprechung ist es indes zulässig, auf den Zeitpunkt des Entscheids (des Obergerichts) abzustellen, falls die Beschwerdeführerin dann nicht mehr bedürftig ist (vgl. Urteile 5A\_58/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.3.2; 5A\_124/2012 vom 28. März 2012 E. 3.3; je mit Hinweis auf den Zusammenhang mit der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ). Die Beschwerdeführerin hat in der am 24. November 2014 eingereichten Berufungsschrift um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung für das Berufungsverfahren ersucht, womit das der grundsätzlich massgebende Zeitpunkt ist. Vorliegend stützt sich das Obergericht aber auf einen Zeitraum ab, der weit vor die Gesuchseinreichung zurück und auch in die Zukunft über die Urteilsfällung hinaus reicht. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin kritisiert die Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge, welche sie im obergerichtlichen Eheschutzentscheid zugesprochen erhalten hat, zu Recht. Eine Berücksichtigung solcher (rückwirkend) zugesprochener Alimente ist nur zulässig, wenn die mit dem Armenrechtsgesuch befasste Behörde mit Gewissheit damit rechnen kann, dass diese auch geleistet werden. Dies ist beispielsweise der Fall, soweit der Alimentenschuldner streitige Unterhaltsbeiträge schon vor dem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege mit einer gewissen Dauer und Regelmässigkeit tatsächlich ausbezahlt hat (vgl. zum Ganzen Urteil 5A\_58/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.3.3). Vorliegend kann gemäss den Ausführungen der Vorinstanz nicht ohne Weiteres damit gerechnet werden, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin die Alimente bezahlen wird. Daran ändert auch nichts, dass der Ehemann das Urteil des Obergerichts nicht angefochten hat und damit die Unterhaltszahlungen zu akzeptieren scheint. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid mehrfach festgehalten, dass dieser seine Mitwirkung im Verfahren verweigerte, indem er seine finanziellen Verhältnisse nicht offen legte, so dass bis zum Urteil nicht bekannt gewesen sei, wie viel er genau verdiene. Die Vorinstanz erwähnt auch an keiner Stelle, dass der Ehemann während der Dauer des Eheschutzverfahrens etwas an den Unterhalt seiner Ehefrau beigetragen hätte. Aktenkundig ist hingegen, dass er offenbar Steuerschulden abzahle und auch, dass er von Beginn weg und bis vor Obergericht konstant beantragte, der Ehefrau sei kein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen. Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz bei der Beurteilung der Bedürftigkeit die nachträglich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge nicht einberechnen. Das Obergericht hat den verfassungsrechtlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf unentgeltliche Rechtspflege verletzt.

#### **E. 4.4**

Dem angefochtenen Urteil lassen sich Bedarfs- und Einkommenszahlen entnehmen, die den Schluss nahelegen, dass die Beschwerdeführerin im massgebenden Zeitraum nicht über einen Überschuss verfügt hat, der die gänzliche Verneinung einer Bedürftigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV zuliesse. Es ist allerdings nicht die Aufgabe des Bundesgerichts als erste und einzige Instanz zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin im

konkreten Fall in der Lage gewesen ist, ihren Prozess vor der Berufungsinstanz zumindest teilweise mit eigenen Mitteln mitzufinanzieren, wenn ihr kein Unterhalt angerechnet wird. Die Sache ist daher zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin. Dem Kanton werden im Streit um die unentgeltliche Rechtspflege praxisgemäss keine Gerichtskosten auferlegt. Er muss die Beschwerdeführerin aber für ihren Aufwand vor Bundesgericht entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren erweist sich damit als gegenstandslos.

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