

# BGer 5D\_216/2023 vom 24. April 2024

Bundesgericht, 2024-04-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5D\\_216\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5D_216_2023)

FR: TF 5D\_216/2023 du 24 avril 2024

IT: TF 5D\_216/2023 del 24 aprile 2024

## Erwägungen

### E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 BGG ), mit welcher dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren verweigert worden ist (zur Ausnahme vom Erfordernis der double instance vgl. BGE 143 III 140 E. 1.2; 138 III 41 E. 1.1). Das ist ein Zwischenentscheid, der nur selbständig anfechtbar ist, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG; die Variante von Bst. b dieser Bestimmung kommt beim vorliegenden Entscheid von vornherein nicht in Betracht). Diese Voraussetzung muss auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch gegeben sein (Urteil 5A\_988/2019 vom 3. Juni 2020 E. 3.1). Zwar hat der Beschwerdeführer den Gerichtskostenvorschuss in der Zwischenzeit bezahlt; da das Verfahren vor Vorinstanz noch hängig ist, lässt sich jedoch nicht ausschliessen, dass zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers weitere vom als unentgeltlicher Rechtsbeistand beantragten Vertreter zu verfassende Eingaben erforderlich werden (vgl. BGE 139 V 600 E. 2.3; Urteile 5A\_988/2019 vom 3. Juni 2020 E. 3.1; 5A\_764/2016 vom 17. Juli 2017 E. 1.2.2). Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wurde, kann daher einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (vgl. BGE 129 I 129 E. 1.1; Urteil 5A\_19/2023 vom 20. Dezember 2023 E. 1).

### E. 1.2

Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg demjenigen in der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1). Dort geht es um ein Scheidungsverfahren, mithin um eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Im Berufungsverfahren sind einzig noch vermögensrechtliche Belange streitig, wobei der Streitwert mehr als Fr. 30'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG ist daher das zutreffende Rechtsmittel. Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels als subsidiäre Verfassungsbeschwerde schadet dem Beschwerdeführer nicht ( BGE 138 I 367 E. 1.1; Urteil 1C\_563/2021 vom 2. Dezember 2021 E. 1). Die innert Frist (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG ) vom hierzu legitimierten ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) Beschwerdeführer eingereichte Beschwerde ist zulässig. Soweit der Beschwerdeführer allerdings die Aufhebung der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses verlangt, hat er kein schutzwürdiges Interesse mehr (vgl. Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG), sodass die Beschwerde insoweit als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

### E. 2

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht

verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden. In der Beschwerde ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), was eine Auseinandersetzung mit dessen Begründung erfordert ( BGE 143 II 283 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 2). Erhöhte Anforderungen gelten, wenn verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden. Das Bundesgericht prüft deren Verletzung nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen ( BGE 142 III 364 E. 2.4). Sodann ist das Bundesgericht an den festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich ( BGE 147 I 73 E. 2.2 mit Hinweis), oder sie würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. auf einer Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen. Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2).

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im Verfahren vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Der als Beschwerdebeilage 2 eingereichte, nach dem vorinstanzlichen Entscheid datierende Mailverkehr zwischen dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und der Rechtsvertreterin seiner (vormaligen) Ehefrau vom 30./31. Oktober 2023 kann daher nicht berücksichtigt werden.

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat erwogen, gemäss Kaufvertrag vom 14. Juni 2021, mit dem die im Gesamteigentum der Parteien des Scheidungsverfahrens stehende eheliche Liegenschaft in U.\_\_\_\_\_ (AG) verkauft wurde, werde eine Kaufpreisrestanz von Fr. 1'124'950.-- auf das auf beide Parteien lautende Konto bei der Bank C.\_\_\_\_\_ überwiesen. Ab diesem Konto seien neben anderem insbesondere am 14. Februar 2022 zwei "Akontozahlungen" von je Fr. 50'000.-- an die Parteien bezahlt worden. Auf dem Konto befänden sich noch Fr. 292'603.10, über welche die Parteien nur gemeinsam verfügen könnten und die auch Gegenstand der umstrittenen güterrechtlichen Auseinandersetzung bildeten. Der Beschwerdeführer tue nicht dar, aus welchen Gründen er darauf verzichtet habe, von seiner (vormaligen) Ehefrau einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Ehefrau aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung vom auf dem Konto liegenden Betrag Fr. 286'166.20 und dem Beschwerdeführer Fr. 6'436.90 zustünden, sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Ehefrau nicht in der Lage sein sollte oder nicht verpflichtet werden könnte, ihm gestützt auf Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Soweit seine Zustimmung zu einer Verfügung der Ehefrau über das Konto erforderlich sei, könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er diese erteilen werde, nachdem eine entsprechende Zahlung in seinem Interesse sei. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei somit abzuweisen.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 9 BV verletzt, indem sie sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen hat, weil er von seiner

(vormaligen) Ehefrau keinen Prozesskostenvorschuss verlangt hat.

#### **E. 4.1**

Aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten subsidiär ( BGE 142 III 36 E. 2.3; 138 III 672 E. 4.2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem) zu bezahlen. Dies gilt auch dann, wenn zwar der Scheidungspunkt rechtskräftig ist, das Scheidungsverfahren jedoch in anderen Punkten weitergeht (Urteile 5A\_534/2021 vom 5. September 2022 E. 9.2; 5A\_97/2017 und 5A\_114/2017 vom 23. August 2017 E. 12.1). Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb sie ihrer Ansicht nach keinen Prozesskostenvorschuss vom Ehegatten verlangen kann, sodass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (Urteile 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1; 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2; vgl. auch Urteile 5A\_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 8; 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1 und 2.4.5).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vermutung der Vorinstanz, wonach seine (vormalige) Ehefrau ohne Weiteres ihre Zustimmung zu einem kostendeckenden Vorbezug des Beschwerdeführers ab Sperrkonto erteilen würde, sei realitätsfremd und damit willkürlich. Mit diesem Vorbringen missversteht der Beschwerdeführer den angefochtenen Entscheid. Die Vorinstanz hat erwogen, es sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Ehefrau nicht in der Lage sein sollte oder nicht verpflichtet werden könnte, ihm gestützt auf Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Soweit

seine Zustimmung zu einer Verfügung seiner Ehefrau über das Konto erforderlich ist, könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass

er diese erteilen werde, nachdem eine entsprechende Zahlung in seinem Interesse sei.

Vermutet wird im angefochtenen Entscheid mithin die Zustimmung des Beschwerdeführers, nicht der Ehefrau, zu einer Verfügung der andern Partei über das Sperrkonto. Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer diese erteilen wird, damit die Ehefrau im Falle einer entsprechenden Verurteilung eine sie treffende Prozesskostenvorschusspflicht ihm gegenüber erfüllen kann. Die Willkürzüge des Beschwerdeführers geht damit an der Sache vorbei.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, eine Partei, der erstinstanzlich die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden sei, sei entgegen den vorinstanzlichen Überlegungen nicht gehalten, ein zusätzliches, mit weiteren erheblichen Kosten verbundenes Verfahren auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses anzuheben, wenn die Gegenpartei offensichtlich nicht in der Lage sei, kurzfristig entsprechende Vorschusszahlungen zu leisten. Seiner

Ehefrau sei wie ihm selbst erstinstanzlich die uneingeschränkte unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden; sie sei bis zum Erlass des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichts wie auch danach gleich wie er selbst prozessbedürftig im Sinn von Art. 117 ZPO gewesen. Die behauptete Prozessbedürftigkeit findet jedoch in den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz keine Stütze. Danach befindet sich auf dem auf die beiden Parteien lautenden Konto bei der Bank C. \_\_\_\_\_ noch ein Betrag von Fr. 292'603.00. Unabhängig davon, wie dieser Betrag güterrechtlich aufzuteilen sein wird, verfügen die Parteien im Scheidungsverfahren damit gemeinsam über hinreichende Mittel zur Finanzierung des Scheidungsprozesses. Auch wenn der Beschwerdeführer ein Gerichtsverfahren gegen seine (vormalige) Ehefrau einleiten muss, um von ihr einen Prozesskostenvorschuss erhältlich zu machen, ändert das nichts daran, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gegenüber dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten subsidiär ist (vgl. vorne E. 4.1). Die Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen den beiden Instituten verlöre ihre Bedeutung, wenn unter Hinweis auf Dauer und Kosten des entsprechenden Verfahrens von der vorgängigen Geltendmachung eines Prozesskostenvorschusses abgesehen werden könnte. Ebenso vermögen weder eine vom Hauptverfahren abweichende Zuständigkeit für die Beurteilung des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss noch der Verweis des Beschwerdeführers auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO etwas an der Subsidiarität des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege zu ändern. Die Frage der Nachzahlung gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO stellt sich nur, wenn die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, was seinerseits voraussetzt, dass die betreffende Partei keinen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen kann. Soweit der Beschwerdeführer weiter geltend macht, die Vorinstanz habe Art. 29 Abs. 1 BV verletzt, indem sie sich nicht mit Art. 123 Abs. 1 ZPO auseinandergesetzt hat, begründet er diese Rüge nicht in einer den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügenden Weise (vgl. vorne E. 2).

Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers steht der Obliegenheit, vorgängig einen Prozesskostenvorschuss einzufordern, auch nicht entgegen, dass über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in der Regel zu entscheiden ist, bevor der Gesuchsteller weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte zu unternehmen hat (vgl. Urteile 5A\_849/2014 vom 30. März 2015 E. 4.6; 4A\_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2; 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.3). Denn diese Obliegenheit besagt nichts darüber, wie das Hauptverfahren durchgeführt wird. Insbesondere kann das Hauptverfahren für die Dauer der Festlegung des Prozesskostenvorschusses allenfalls sistiert werden (vgl. BGE 148 III 21 E. 3.2).

Die Vorinstanz hat damit kein Bundesrecht verletzt, indem sie das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege zufolge Subsidiarität gegenüber dem Anspruch auf Prozesskostenvorschuss abgewiesen hat.

## **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ). Dem Kanton Aargau ist keine Entschädigung geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das Verfahren vor Bundesgericht ist zufolge fehlender Erfolgsaussichten abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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