Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_396/2009

Urteil vom 5. August 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter L. Meyer, Marazzi, von Werdt,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher Beat Liechti,

gegen

Zivilgericht Y._____, Präsident,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
unentgeltliche Rechtspflege (Abänderung des Scheidungsurteils),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, II. Zivilappellationshof, vom 27. April 2009.

Sachverhalt:

A.
Im Rahmen eines von A._____ am 13. Januar 2009 beim Zivilgericht Y._____ des Kantons Freiburg eingeleiteten Verfahrens um Änderung des Scheidungsurteils vom 31. Oktober 2006 ersuchten sowohl dieser als auch die von ihm geschiedene, in Hongkong lebende, X._____ um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Der Präsident des Zivilgerichts hörte die Parteien in seiner Sitzung vom 4. März 2009 an und wies mit Verfügungen vom 10. März 2009 beide Gesuche ab.

B.
Die von X._____ beim Kantonsgericht Freiburg eingereichte Berufung wurde mit Urteil vom 27. April 2009 abgewiesen.

C.
Gegen dieses Urteil hat X._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 8. Juni 2009 eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht mit dem Begehren, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und ihr die unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils und dem damit verbundenen Massnahmeverfahren zu gewähren. Ausserdem ersucht die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.
1.1 Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG), mit dem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden ist.

1.2 Beim Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird, handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 129 I 129 E. 1.1), dessen ungeachtet, ob er während des Hauptverfahrens, zusammen mit dessen Endentscheid oder nach diesem ergangen ist (Urteil 5A_67/2009 vom 19. Februar 2009, E. 1).
Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache. Im vorliegenden Fall betrifft es den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege in einem Verfahren auf Abänderung des Scheidungsurteils, wobei der Beschwerdegegner mit seiner Klage vom 13. Januar 2009 beantragt, die elterliche Sorge über die Kinder C._____ (geb. 1995) und D._____ (geb. 1999) ihm zu übertragen und die Beschwerdeführerin zu Unterhaltsbeiträgen in gerichtlich zu bestimmender Höhe zu verpflichten. Wie schon unter der Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes gelten derartige Verfahren als nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten (Urteile 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007; 5D_41/2007 vom 27. November 2007), weshalb die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes zulässig ist (Art. 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Somit ist gegen den Entscheid in der Hauptsache die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, womit sie auch gegen den vorliegenden Zwischenentscheid ergriffen werden kann.

1.3 Zur Beschwerde berechtigt ist, wer am kantonalen Verfahren teilgenommen und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 76 Abs. 1 BGG). Dies ist vorliegend offensichtlich der Fall, zumal die Beschwerdeführerin bei Gutheissung des Gesuchs gegenüber ihrem eigenen Anwalt vollumfänglich von der Kostentragungspflicht befreit würde, während sie bei Aufrechterhaltung des angefochtenen Entscheids Schuldnerin des Anwaltshonorars bliebe (s. dazu einlässlich BGE 122 I 322 E. 3.b S. 325 f.).

1.4 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege wird in erster Linie durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Unabhängig davon besteht ein solcher Anspruch auf Grund von Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK). Während das Bundesgericht die Rüge der Verletzung von direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) hergeleiteten Rechtspflegeansprüchen mit freier Kognition untersucht, prüft es die Auslegung und Anwendung der kantonalen Gesetzesbestimmungen über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nur unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbotes (BGE 120 Ia 179 E. 3 S. 180 mit Hinweisen).

1.5 An die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen ist das Bundesgericht grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden (Art. 97 Abs. 1 BGG), wobei "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" gleichzusetzen ist (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398).
Was die Rüge willkürlicher Sachverhaltsfeststellung anbelangt, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Feststellungen für den Ausgang des Verfahrens im Einzelnen darzulegen, inwiefern diese offensichtlich unhaltbar sind, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, auf einem offenkundigen Versehen beruhen oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lassen (BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398).

2.
2.1 Die Beschwerdeführerin ruft keine kantonale Bestimmung an, welche verletzt sein soll, weshalb die Beschwerde ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 29 Abs. 3 BV zu beurteilen ist. Danach 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. Streitig ist einzig die prozessuale Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin.
2.2
2.2.1 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 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232 mit Hinweisen); in Betracht zu ziehen sind dabei nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 97 E. 3b S. 98 mit Hinweisen).
Soweit das Vermögen einen angemessenen "Notgroschen" übersteigt, ist dem Gesuchsteller unbesehen der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, bevor dafür öffentliche Mittel bereitzustellen sind. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung anzugreifen (Urteil 4D_41/2009 vom

14. Mai 2009, E. 3).
2.2.2 Gestützt auf das Scheidungsurteil vom 31. Oktober 2006 wurde der Beschwerdeführerin ein Betrag von Fr. 142'009.20 auf ein Freizügigkeitskonto der E._____ AG überwiesen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG kann sie die Barauszahlung der Austrittsleistung verlangen, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen hat. Umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine Barauszahlung erfüllt (s. nachfolgend E. 2.3) und ob bejahendenfalls die Freizügigkeitsleistung bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin als verfügbares Vermögen zugerechnet werden kann (s. nachfolgend E. 2.4).
2.3
2.3.1 Im angefochtenen Entscheid hält die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin die Schweiz endgültig verlassen habe. Diese tatsächliche Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, die Beschwerdeführerin vermöge Willkür darzutun (E. 1.5).
2.3.2 Gegen diese Feststellung trägt die Beschwerdeführerin als Erstes vor, eine Kopie ihres Visums habe dem UP-Gesuch beigelegen; dieses sei nur bis zum 26. August 2009 gültig. Falls damit sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit Bezug auf die Abnahme von rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismitteln (dazu BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148) geltend gemacht würde, wäre sie von vornherein abzuweisen. Die Visa-Kopie wurde in der kantonalen Beschwerde nicht erwähnt bzw. deren Nichtberücksichtigung durch die Erstinstanz nicht kritisiert, weshalb die Beschwerdeführerin mangels Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs (Art. 75 Abs. 1 BGG) mit dieser Sachverhaltsrüge nicht zu hören ist (BGE 135 III 1 E. 1.2 S. 3; 134 III 524 E. 1.3 S. 527).
Sodann wird vorgebracht, die chinesische Einwanderungsbehörde habe keinen endgültigen Aufenthalt zugesichert, weshalb es an einem definitiven Charakter des Verlassens der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG fehle. Dazu wie auch zur Behauptung, der für eine internationale Reederei tätige Lebenspartner der Beschwerdeführerin sei bis auf Weiteres in Hongkong, doch könne sich dies kurzfristig ändern, finden sich im angefochtenen Entscheid keine Tatsachenfeststellungen, weshalb sie als neu und damit unzulässig angesehen werden müssen (Art. 99 Abs. 1 BGG).
Zudem macht die Beschwerdeführerin betreffend das "Visitor-Visum" und die Ungewissheit der Dauer des Auslandsaufenthalts keine rechtsgenüglich begründete Kritik an einer willkürlichen Tatsachenfeststellung geltend (zum Willkürbegriff: BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148), weshalb auf die Vorbringen nicht eingetreten werden kann. Aus diesem Grund erweist sich auch die damit konnexe Rüge als unzulässig, dadurch sei auch das vom Bundesgericht verlangte endgültige Verlassen der Schweiz nicht erfüllt (s. dazu auch E. 2.6 nachfolgend).
2.3.3 Nach dem Gesagten erweist sich die Feststellung, wonach die Beschwerdeführerin die Schweiz endgültig verlassen hat, nicht als willkürlich, weshalb das Bundesgericht für die weitere Beurteilung der Beschwerde darauf abstellt und daraus folgert, dass die Voraussetzungen Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG für eine Barauszahlung erfüllt sind.
2.4
2.4.1 Hinsichtlich der Anrechenbarkeit der Freizügigkeitsleistung macht die Beschwerdeführerin geltend, Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge seien gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 SchKG vor Eintritt der Fälligkeit nicht pfändbar. Gemäss dem von der Vorinstanz zitierten BGE 121 III 31 ff. werde in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG (SR 831.42) festgehalten, dass die Forderung nicht bereits mit dem Eintritt des Auszahlungsgrundes, sondern erst mit dem ausdrücklichen Begehren des Versicherten auf Barauszahlung fällig werde. Indem das Kantonsgericht von einem zivilrechtlichen statt betreibungsrechtlichen Fälligkeitsbegriff ausgehe, verletze es Bundesrecht.
2.4.2 Unter Hinweis auf BGE 118 III 18 E. 3a S. 20, in welchem das Bundesgericht gestützt auf Art. 331c Abs. 4 lit. b Ziff. 2 OR erfolgte Barauszahlungen von Personalfürsorgestiftungen weder als unpfändbar im Sinne von Art. 92 Ziff. 13 aSchKG noch beschränkt pfändbar im Sinne von Art. 93 SchKG erklärte, hält Alfred Bühler (Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Hrsg. Christian Schöbi, Bern 2001, S. 151) dafür, eine Freizügigkeitsleistung sei bei der Beurteilung der Prozessarmut dann dem Vermögen anzurechnen, wenn ein Barauszahlungsgrund nach Art. 5 FZG eintrete und eine Barauszahlung erfolge. Stefan Meichssner (Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 85) schreibt lediglich, fällige Leistungen aus der gebundenen Vorsorge der Säule 3a seien grundsätzlich ebenfalls als Vermögen anzurechnen. Mit der sich hier stellenden Frage, was gilt, wenn der um unentgeltliche Rechtspflege Nachsuchende zwar einen Anspruch auf Barauszahlung hat, die Freizügigkeitsleistung aber nicht bezieht, setzt sich die Lehre - soweit ersichtlich - nicht auseinander.
2.4.3 Hingegen hat das frühere Eidgenössische Versicherungsgericht im Zusammenhang mit der Beanspruchung von Ergänzungsleistungen entschieden, dass dem Ansprecher die nach Art. 5 FZG zur Verfügung stehende Freizügigkeitsleistung als Vermögen angerechnet werden müsse (Urteil P

56/05 vom 29. Mai 2006 E. 3.2). Es erwog, die Freizügigkeitsleistung werde nicht erst fällig, wenn die Barauszahlung verlangt wird, sondern gemäss Art. 75 ff. OR (vgl. dazu BGE 129 III 535 E. 3.2.1 S. 541) bereits auf den Zeitpunkt, in welchem die Leistung gefordert werden "kann" bzw. "darf". Dass das Bundesgericht in seiner Praxis zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (in Bezug auf die Bestimmung des Art. 92 Ziff. 10 SchKG bzw. Art. 92 Ziff. 13 aSchKG) von einem anderen Fälligkeitsbegriff ausgehe (vgl. BGE 119 III 18 E. 3c S. 22, fortgeschrieben in BGE 120 III 75 E. 1a S. 77 und 121 III 31 E. 2b und c S. 33 f.), vermöge hieran nichts zu ändern, weil der betreibungsrechtliche Fälligkeitsbegriff praxisgemäss vom zivilrechtlichen abweichen könne (so ausdrücklich im Verhältnis zwischen dem BVG und dem SchKG in BGE 126 V 258 E. 3a S. 263, sowie das in StR 55/2000 S. 573 und Pra 2000 Nr. 169 S. 1030 veröffentlichte Urteil 2P.43/2000 vom 26. Mai 2000, E. 2g; und
das nicht publizierte Urteil des Bundesgerichts in Sachen Konkursamt D. vom 5. Dezember 1995, B.268/1995, E. 2b/cc; s. auch BGE 131 V 147 E. 6.2 S. 151; und Rolf H. Weber, Berner Kommentar, N. 44 und 57 zu Art. 75 OR sowie Marius Schraner, Zürcher Kommentar, N. 61 f. zu Art. 75 OR.). Wenn also von der Fälligkeit des Freizügigkeitsguthabens auszugehen sei, rechtfertige es sich, "stehen gelassene" Guthaben gleich zu behandeln wie bezogene, d.h. im Rahmen der Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse als Reinvermögen entsprechend Art. 3c Abs. 1 lit. c ELG zu berücksichtigen (Urteil P 56/05, E.3.3). Es verhalte sich dabei nicht anders als im kantonalen Sozialhilferecht (dessen Leistungen wie die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV nur im Falle des Vorliegens einer entsprechenden Bedarfssituation zum Zuge kommen), für welchen Bereich das Bundesgericht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde eine entsprechende kantonale Praxis unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes und des Rechtsgleichheitsgrundsatzes als zulässig erachtet habe (Urteile 2P.53/2004 vom 13. Mai 2004 E. 4.3 und 2P.43/2000 vom 26. Mai 2000 E. 2c). Würde anders entschieden, wäre die Anrechenbarkeit der Willkür des Ansprechers überlassen und würde es zu
einer stossenden Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den effektiven Bezügern solcher Guthaben kommen.
Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre zum Teil ausdrücklich begrüsst (Hans Michael Riemer, Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und ELG sowie kantonalen Sozialhilfegesetzen bzw. SKOS-Richtlinien, in: SZS 2001 S. 331 ff., S. 333) oder zumindest kritiklos übernommen (Thomas Spescha, in: recht 2000, S. 75, Fn. 168 mit Hinweis auf Carlo Tschudi, Freizügigkeitsleitungen und Sozialhilfe, in: Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 93/1996 S. 60/61).
2.4.4 Die im Bereich des Sozialversicherungsrechts angestellten Überlegungen gelten mutatis mutandis auch im vorliegenden Sachzusammenhang. Hier wie dort geht es um die Beanspruchung öffentlicher Gelder, obwohl eigentlich Vermögen vorhanden wäre, auf das zurückzugreifen der Ansprecher freiwillig verzichtet. Die Vorinstanz hat auf der Basis der soeben dargelegten bundesgerichtlichen Praxis sowohl Fälligkeit als auch Anrechenbarkeit des Freizügigkeitsguthabens der Beschwerdeführerin bejaht und daraus ableitend ihre prozessuale Bedürftigkeit verneint. Eine Verletzung von Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 3 BV) liegt nicht vor.

2.5 Unbehelflich ist nach dem Ausgeführten der Einwand, es könne nicht Meinung des Gesetzgebers sein, die Beschwerdeführerin zu verpflichten, zweckgebundene Gelder zur Deckung eines Prozesses anzutasten, den sie nicht gewollt habe, für welchen aber Einlassungspflicht bestehe. Nicht pfändbares Vermögen müsste daher faktisch für Gerichtskosten eingesetzt werden. Unmassgeblich ist auch das weitere Vorbringen, über 60-jährige Personen könnten gemäss Art. 16 Abs. 1 FZV Vorbezüge tätigen und würden wie diejenigen Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnähmen, von der Rechtswohltat der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen. Inwiefern Art. 16 Abs. 1 FZV im vorliegenden Fall entscheiderheblich sein soll, wird mit keinem Wort dargelegt. Darauf ist nicht einzutreten (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 135 III 127 E. 1.6 S. 130).
2.6
2.6.1 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, auch im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehe es letztlich um die Frage der Zumutbarkeit von Eingriffen in die Vermögenspositionen des Schuldners bzw. des Gesuchstellers.
2.6.2 Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang erwogen, der Gerichtspräsident gehe von der Gesuchstellerin unwidersprochen davon aus, dass diese die Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG endgültig verlassen habe; sie lebe nunmehr in Hongkong, wo sie eine Aufenthaltsbewilligung habe. Somit könne sie die Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung fordern, und es sei ihr zuzumuten, diese oder zumindest einen (kleinen) Teil davon, für die Finanzierung des Verfahrens auf Änderung des Scheidungsurteils einzusetzen. Diese Lösung rechtfertige sich umso mehr, als der vom FZG bezweckte Vorsorgeschutz durch die im Zusammenhang mit dem Verfahren um Änderung des Scheidungsurteils zu erwartenden Kosten ohnehin nur unbedeutend geschmälert werde. Die Gesuchstellerin sei somit aufgrund der ihr zustehenden Freizügigkeitsleistungen in der Lage, die

Prozesskosten zu tragen und innert nützlicher Zeit selber zu zahlen.
Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Erwägung nicht auseinander; und insoweit in der Beschwerdeschrift behauptet wird, Hongkong sei lediglich Aufenthaltsort, ist auf die diesbezüglich erfolglos erhobenen willkürlichen Tatsachenfeststellungen hinzuweisen (E. 2.3 hiervor).

2.7 Das Kantonsgericht hat somit Art. 29 Abs. 3 BV nicht verletzt, indem es die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch das Zivilgericht Y._____ geschützt hat.

3.
Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, welchem entsprochen wird, da die Beschwerde nicht von vornherein als aussichtslos angesehen werden konnte (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und Fürsprecher Beat Liechti wird zu ihrem unentgeltlichen Anwalt bestellt.

3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Fürsprecher Beat Liechti wird für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Freiburg, II. Zivilappellationshof, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. August 2009
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Schett