

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5D_100/2014

Urteil vom 19. September 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiberin Griessen.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Dreifuss,
Beschwerdeführerin,

gegen

Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Unentgeltliche Rechtspflege (Obhutsentzug),

Verfassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Zivilabteilung,
Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, vom 5. Juni 2014.

Sachverhalt:

A.

Im Rahmen eines Verfahrens zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Seeland (KESB) beantragte die betroffene Mutter X. _____ Ergänzungsfragen an den beigezogenen Fachpsychologen. Mit Entscheid vom 30. April 2014 gewährte die KESB dem Psychologen eine Fristerstreckung zur Einreichung des Fachberichts und entschied im Übrigen, nur gewisse Fragestellungen ergänzend aufzunehmen. Bezüglich der weiteren Zusatzfragen der Mutter hielt die KESB fest, dass diese entweder bereits in den aufgenommenen Fragen enthalten oder nicht geeignet seien, im rechtspsychologischen Fachbericht beantwortet zu werden. Sie würden jedoch dem Psychologen zur Kenntnis gebracht, damit er diese bei der Erstellung seines Berichts nach Gutdünken berücksichtigen könne.

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhob X. _____ am 2. Mai 2014 Beschwerde an das Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, und ersuchte um superprovisorische Zulassung der strittigen Ergänzungsfragen. Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für dieses Beschwerdeverfahren. Am 5. Mai 2014 ergänzte X. _____ ihre Eingabe durch eine "Beschwerdeergänzung".

B.b. Am 5. Mai 2014 wies das Obergericht den Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab und setzte den Beteiligten Frist zur Stellungnahme.

B.c. Mit Entscheid vom 5. Juni 2014 (zugestellt am 12. Juni 2014) trat die Vorinstanz auf die Beschwerde gegen den Entscheid der KESB nicht ein (Ziff. 1) und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit ab (Ziff. 2). Es wurden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteienschädigung gesprochen (Ziff. 3).

C.

C.a. Gegen die Ziffern 2 und 3 dieses Entscheids und damit gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung sowie die Verweigerung einer Parteientschädigung erhebt X. _____ (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 14. Juli 2014 (Verfassungs-) Beschwerde an das Bundesgericht. Zudem beantragt sie mit separatem Gesuch gleichen Datums auch für das Verfahren vor Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Am 15. Juli 2014 reichte die Beschwerdeführerin eine Eingabe mit der Bemerkung "Korrektur Schreibfehler auf Seite 5" ein.

C.b. Das Bundesgericht hat die Akten der Vorinstanz, aber keine Vernehmlassung eingeholt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 BGG), mit dem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden ist. Das ist ein Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG; BGE 129 I 129 E. 1.1 S. 131). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Strittig ist hier die unentgeltliche Rechtspflege in einem Verfahren, welches die Verweigerung von Ergänzungsfragen zwecks Erstellung eines Gutachtens zum Gegenstand hat. Dieses Verfahren stellt indes nicht die Hauptsache dar; der entsprechende Entscheid gilt seinerseits als Zwischenentscheid. Als Hauptsache erweist sich daher das Verfahren, in welchem die Beweismassnahme beantragt wurde. Dort geht es um Kindesschutzmassnahmen und damit um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 Ziff. 6 BGG), und auch nicht vermögensrechtliche Belange regelt. Somit ist gegen den Entscheid in der Hauptsache die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, womit sie auch gegen den vorliegenden Zwischenentscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ergriffen werden kann. Die Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist mit der Eingabe vom 14. Juli 2014 eingehalten (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 BGG). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

1.2. Die Beschwerdeführerin hat am 15. Juli 2014 eine weitere Fassung der Beschwerde (s. Sachverhalt C.a) eingereicht. Die gesetzliche Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG) endete am 14. Juli 2014. Nach diesem Zeitpunkt eingereichte Eingaben sind verspätet und daher unbeachtlich.

1.3. Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Dazu gehört gemäss der Begriffsbestimmung des BGG auch das Verfassungsrecht. Soweit die Beschwerde in Zivilsachen offen steht, ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unzulässig (vgl. Art. 113 BGG). Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet der Beschwerdeführerin nicht.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz und macht die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 29 Abs. 3 und Art. 9 BV) sowie die willkürliche Anwendung bürgerlichen Rechts (Art. 72 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz vom 1. Februar 2012 [KESG, BSG 213.316] i.V.m. Art. 111 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG, BSG 155.21]) geltend.

2.1. Das Obergericht erwog, der Entscheid der KESB vom 30. April 2014 stelle trotz dessen Bezeichnung inhaltlich eine prozessleitende Verfügung dar, mit welcher eine Fristerstreckung gewährt und ergänzende Fragen an den Gutachter formuliert wurden. Derartige Verfügungen unterlägen nach überzeugender Lehrmeinung von STECK, in: Basler Kommentar Erwachsenenschutz, 2012, N. 23 und 24 zu Art. 450 ZGB - von hier nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen - nicht der Beschwerde gemäss Art. 450 ZGB. Obwohl die angefochtene Verfügung eine Rechtsmittelbelehrung enthalte, sei diese daher unzutreffend. Eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung könne kein nicht vorhandenes Rechtsmittel schaffen. Daher sei auf die Beschwerde nicht einzutreten und infolge Aussichtslosigkeit auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen, da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die fehlende Anfechtbarkeit der Verfügung trotz der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung hätte erkennen müssen.

2.2.

2.2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege habe, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos sei (Art. 29 Abs. 3 BV). Dieses Recht werde im Kanton Bern durch Art. 72 KESG in Verbindung mit Art. 111 ff. VRPG auf Gesetzesstufe konkretisiert. Gemäss Art. 450 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZGB könne gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde beim zuständigen Gericht Beschwerde erhoben werden. Der vor der Vorinstanz angefochtene Entscheid der KESB stelle materiell eine prozessleitende Verfügung dar. Über die Anfechtbarkeit von selbständig eröffneten Zwischenentscheiden der KESB enthalte das neue Bundesrecht keine ausdrückliche Regelung. Aus der Botschaft zur ZGB-Novelle folge, dass die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden im Entwurf nicht besonders geregelt sei und diesbezüglich, soweit das kantonale Recht hier keine Regelung treffe, aufgrund von Art. 450f ZGB die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss gelten würden. Der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden habe für prozessleitende Verfügungen der KESB die Beschwerde vorgesehen, wenn durch diese ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohte oder damit ein bedeutender Aufwand erspart werden konnte. Aus der Ablehnung dieses Vorentwurfs im Gesetzgebungsverfahren werde nun nach einer Lehrmeinung abgeleitet, verfahrensleitende Verfügungen der KESB würden generell der Beschwerde nach Art. 450 ZGB unterliegen. Die Beschwerdeführerin verweist hierfür auf SCHMID, in: Kommentar zum Erwachsenenschutzrecht, 2010, N. 15 zu Art. 450 ZGB. Nach der abweichenden Auffassung von STECK, a.a.O., N. 24 zu Art. 450 ZGB; Derselbe, in: FamKomm Erwachsenenschutzrecht, 2013, N. 17 f. zu Art. 450 ZGB soll dagegen eine prozessleitende Verfügung der KESB nur dann selbständig anfechtbar sein, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Da weder dem Gesetz noch den Materialien entnommen werden könne, welcher der erwähnten Lehrmeinungen gefolgt werden solle, fehle dazu unter dem neuen Kindesschutzrecht ein klärender Bundesgerichtsentscheid. Demnach hätte die Vorinstanz - wenn die Beschwerdeführerin aufgrund der Rechtsmittelbelehrung in guten Treuen derjenigen Lehrmeinung folge, welche eine generelle Anfechtbarkeit bejahe - zumindest auf das Rechtsmittel eintreten und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht abweisen dürfen. Da kein klares Recht bestünde, könne jedenfalls das Rechtsbegehren nicht als aussichtslos bezeichnet werden; die anwaltliche Vertretung sei angesichts der noch nicht gefestigten Rechtsprechung gerechtfertigt. Da sich Gewinn- und Verlustgefahr die Waage halten, hätte die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bei dieser Ausgangslage gewähren müssen.

2.2.2. Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Strittig ist vorliegend die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit. Geht es - wie hier - um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren, sind die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels abzuschätzen. Die Frage lautet, ob das Rechtsmittel offenbar prozessual unzulässig oder aussichtslos ist (BGE 78 I 193 E. 2 S. 195; 60 I 179 E. 1 S. 182). Dass der angefochtene Entscheid oder das vorinstanzliche Verfahren an einem Mangel leidet, genügt für die Bejahung der Erfolgsaussichten nicht; entscheidend ist allein, ob das Rechtsmittel voraussichtlich gutgeheissen werden muss (Urteil 5A_620/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 3.1). Ob ein Begehren aussichtslos erscheint, beurteilt sich aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt des Gesuchs (BGE 133 III 614 E. 5 S. 616; 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f., je mit Hinweisen).

2.2.3. Das Bundesgericht hat vorliegend zu prüfen, ob es vor Art. 29 Abs. 3 BV standhält, wenn die Vorinstanz das Beschwerdeverfahren als aussichtslos betrachtete. Dafür hat es zu prüfen, ob das Rechtsmittel gegen den Entscheid der KESB prozessual unzulässig oder aussichtslos war.

2.2.3.1. Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim zuständigen Gericht Beschwerde erhoben werden. Die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, BBl 2006 7001 ff., 7084 Ziff. 2.3.3) hält zu Art. 450 ZGB, Beschwerdeobjekt und Beschwerdebefugnis, fest:

"Anfechtbar sind alle Endentscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1) sowie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 445 Abs. 3). Die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden, z.B. betreffend Ausstand, Vertretung im Verfahren, Sistierung des

Verfahrens oder Mitwirkungspflicht, wird im Entwurf nicht besonders geregelt. Soweit das kantonale Recht hier keine Regelung trifft, gelten aufgrund von Artikel 450f die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss."

Art. 450f ZGB verweist für das Beschwerdeverfahren auf die sinngemässe Anwendbarkeit der Bestimmungen der ZPO, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen. Im Kanton Bern wurde in Ausführung von - unter anderen - Art. 450f ZGB das Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz erlassen. Dieses enthält in Art. 65 ff. KESG Bestimmungen zum Beschwerdeverfahren gemäss den Art. 450 ff. ZGB. Gemäss Art. 65 KESG ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht der Zivilabteilung des Obergerichts die zuständige gerichtliche Beschwerdeinstanz. Gemäss Art. 66 lit. a KESG beurteilt das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide der KESB. Aus dem Gesetzestext folgt jedoch nicht, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Entscheide der KESB, die weder als Endentscheide noch als vorsorgliche Massnahmen qualifizieren, beschwerdefähig sind.

Art. 72 KESG verweist schliesslich für die Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht, soweit das KESG keine abweichenden Bestimmungen enthält, auf die Bestimmungen des VRPG. Dieses hält in Art. 61 VRPG für das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren und durch Verweisung in Art. 74 Abs. 3 VRPG auch für das Beschwerdeverfahren vor verwaltungsunabhängigen Justizbehörden fest:

" Als Zwischenverfügungen gelten Verfügungen, die das Verfahren weder ganz noch teilweise abschliessen, insbesondere... [Abs. 1]. Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit sowie über den Ausstand und die Ablehnung sind selbstständig anfechtbar. Sie können später nicht mehr angefochten werden [Abs. 2]. Andere Zwischenverfügungen sind selbstständig anfechtbar, wenn (a) sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder (b) die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde [Abs. 3].... Anfechtbare Verfügungen sind mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen [Abs. 5]. "

Insofern liegt im Kanton Bern mit Art. 61 VRPG eine kantonale Regelung betreffend die Anfechtbarkeit von Entscheiden der KESB, die nicht Endentscheide sind, vor.

2.2.3.2. Die Vorinstanz verweist in ihrer Begründung auf die Lehrmeinung von STECK, in: Basler Kommentar Erwachsenenschutz, 2012, N. 23 und 24 zu Art. 450 ZGB, welcher an besagter Stelle ausführt: " Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren [...] sollte die Beschwerde nach den Bestimmungen von Art. 450 ff. uneingeschränkt zulässig [...] sein. Für andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen soll dagegen eine selbständige Anfechtung nur ausnahmsweise und insofern eingeschränkt möglich sein, als sie «einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können» [...]". Folgt die Vorinstanz dieser Lehrmeinung - welche im Kanton Bern durch Art. 61 Abs. 3 VRPG bestätigt wird - und erachtet das Rechtsmittel daher vorliegend als unzulässig, so halten ihre Erwägungen vor der Verfassung stand.

2.2.3.3. Ausserdem hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in der Beschwerde an die Vorinstanz unter "Formelles" selber erkannt, dass sich das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach Art. 450 ff. ZGB und subsidiär nach kantonalem Verfahrensrecht, "allen voran Art. 65 ff. KESG" richte, welches "in Art. 72 KESG [seinerseits] ergänzend auf das VRPG [verweise]". Durch Konsultierung dieser Verfahrensbestimmungen hätte der Anwalt der Beschwerdeführerin erkennen können, dass die Zwischenverfügung der KESB - wie bei Zwischenentscheiden üblich - nur dann unmittelbar anfechtbar ist, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die Beschwerdeführerin hat weder vor der Vorinstanz noch in der Beschwerde an das Bundesgericht aufgezeigt, dass ihr durch das Nichteintreten auf die Beschwerde ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Vielmehr bringt sie vor, der angefochtene Kammerentscheid der KESB unterliege, der Lehrmeinung von SCHMID folgend, uneingeschränkt der Beschwerde nach Art. 450 Abs. 1 ZGB. Für diese Argumentation besteht aber im Kanton Bern gerade keine gesetzliche Grundlage (Art. 61 Abs. 3 VRPG).

2.3.

2.3.1. Die Beschwerdeführerin rügt überdies die Verletzung ihres Anspruchs, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Entscheid der KESB enthalte eine Rechtsmittelbelehrung, wonach der Entscheid mittels Beschwerde nach Art. 314 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 450 ff. ZGB beim Obergericht des Kantons Bern angefochten werden

könne. Gemäss dem Prinzip von Treu und Glauben dürfe einer Partei aus einer falschen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen. Obwohl von Anwälten eine Grobkontrolle der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen verlangt werde, widerspreche es dem Gerechtigkeitsgedanken, wenn die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung abweise, der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hätte als Anwalt die fehlende Anfechtbarkeit der Verfügung trotz der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung erkennen müssen. Unter dem Aspekt des Willkürverbots und des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV hätte die unentgeltliche Rechtspflege nicht verweigert werden dürfen. Die Vorinstanz habe damit das kantonale Recht (Art. 72 KESG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 lit. b VRPG) willkürlich angewendet.

2.3.2. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen, soweit sie sich nach Treu und Glauben darauf verlassen durfte. Wäre der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen, versagt der Vertrauensschutz (BGE 138 I 49 E. 8.3.2 S. 54; 135 III 374 E. 1.2.2.1 S. 376; 124 I 255 E. 1.a S. 258; je mit Hinweisen). Ferner kann eine allenfalls unrichtige Rechtsmittelbelehrung kein gesetzlich nicht gegebenes Rechtsmittel schaffen (BGE 129 III 88 E. 2.1 S. 89; 129 IV 197 E. 1.5 S. 200 f.; je mit Hinweisen; Urteil 4A_571/2013 vom 4. Februar 2014 E. 1.4).

2.3.3. Vorliegend hat die KESB eine Rechtsmittelbelehrung verfasst, aufgrund derer die Beschwerdeführerin erkennen konnte, bei welcher Behörde innert welcher Frist gestützt auf welche Norm (en) (Art. 450 ff. ZGB) eine Beschwerde ergriffen werden kann. Die Beschwerdeführerin hatte aufgrund dieser Rechtsmittelbelehrung eine Beschwerde ergriffen, auf welche aus anderen Gründen als Mängeln in der Rechtsmittelbelehrung - nämlich wegen des fehlenden nicht wieder gutzumachenden Nachteils respektive der fehlenden Behauptung und Darlegung eines solchen - nicht eingetreten wurde. Damit aber kann die Beschwerdeführerin keinen Rechtsnachteil darlegen, der ihr aus einer angeblich mangelhaften Rechtsmittelbelehrung entstanden sei. Ebenso wenig liegt eine willkürliche Verletzung kantonalen Rechts vor. Daher ist auch diese Rüge unbegründet.

3.

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin hat für die Gerichtskosten aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Wie die vorstehenden Erwägungen aufzeigen, muss die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden. Damit mangelt es an einer materiellen Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 64 BGG). Das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerin ist abzuweisen. Der Beschwerdegegner hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. September 2014
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Die Gerichtsschreiberin: Griessen