Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A_843/2009

Urteil vom 23. Februar 2010
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter von Werdt,
Gerichtsschreiber Zingg.

Parteien
X. _____,
vertreten durch Fürsprecherin Ursula Zimmermann,
Beschwerdeführerin,

gegen

Gerichtspräsident 2, Gerichtskreis II Biel-Nidau, Amthaus, Spitalstrasse 14, 2501 Biel,
verfahrensbeteiligtes Amt.

Gegenstand
Unentgeltliche Prozessführung (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof, I.
Zivilkammer, vom 16. November 2009.

Sachverhalt:

A.
Zwischen X. _____ und Z. _____ ist am Gerichtskreis II Biel-Nidau seit 5. Juni 2008 ein
Ehescheidungsverfahren hängig. Am 10. Juni 2008 ersuchte X. _____ für dieses Verfahren um
unentgeltliche Prozessführung und amtliche Verbeiständung. Ihr Gesuch wurde vom
Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises II Biel-Nidau mit Entscheid vom 28. Juli 2008 abgewiesen
mit der Begründung, dass die Gesuchstellerin, deren Prozessarmut im Übrigen feststehe, von ihrem
Ehemann einen Prozesskostenvorschuss erwirken könne. Auf einen dagegen erhobenen Rekurs von
Z. _____ trat das Obergericht des Kantons Bern nicht ein.

Im nachfolgenden Massnahmeprozess wurde Z. _____ durch das Obergericht des Kantons Bern
am 11. Dezember 2008 zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'700.-- verurteilt.

Z. _____ wurde auf 31. Oktober 2009 arbeitslos. Er verliess am 1. September 2009 nach Verlust
seiner Aufenthaltsbewilligung die Schweiz und kehrte in sein Heimatland Kambodscha zurück. In der
Folge resultierte aus dem durch X. _____ eingeleiteten Betreibungsverfahren gegen ihren Ehemann
einzig ein Verlustschein.

B.
Mit Gesuch vom 16. Juli 2009 ersuchte X. _____ um unentgeltliche Prozessführung rückwirkend
ab Gesuchseinreichung, d.h. ab 10. Juni 2008, und um amtliche Verbeiständung. Der
Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises II Biel-Nidau erteilte ihr am 17. September 2009 die
unentgeltliche Prozessführung ab dem 16. Juli 2009 und bestellte ihr Fürsprecherin Ursula
Zimmermann als amtliche Anwältin.

Gegen diesen Entscheid rekurrierte X. _____ am 23. September 2009 und wiederholte ihr
Begehren um rückwirkende Gewährung des Rechts zur unentgeltlichen Prozessführung ab 10. Juni
2008 und um amtliche Verbeiständung.

Das Obergericht des Kantons Bern wies den Rekurs mit Entscheid vom 16. November 2009 ab.

C.

Gegen diesen Entscheid hat X. _____ (fortan: Beschwerdeführerin) am 15. Dezember 2009 Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Erteilung der unentgeltlichen Prozessführung für das hängige Scheidungsverfahren rückwirkend ab 10. Juni 2008 und die Beordnung einer amtlichen Anwältin. Zudem ersucht sie für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist binnen Frist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid (Art. 75 Abs. 1, 100 Abs. 1 BGG), mit dem die unentgeltliche Prozessführung teilweise verweigert wurde, mithin ein Zwischenentscheid, der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 129 I 129 E. 1.1 S. 131 mit Hinweis; Urteil 5D_135/2009 vom 3. Dezember 2009 E. 1). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (Urteil 5A_484/2008 vom 16. September 2008 E. 1.2). Diese betrifft ein Scheidungsverfahren und somit eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG, welche nicht dem Streitwerterfordernis von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG unterliegt (Urteile 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007 E. 1.2 und 5A_484/2008 vom 16. September 2008 E. 1.2). Die Beschwerde in Zivilsachen steht somit zur Verfügung. Mit ihr kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, worunter auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte fällt (Art. 95 lit. a BGG).

2.

Umstritten ist einzig die Frage, ob der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege ab ihrem ersten Gesuch vom 10. Juni 2008 zusteht oder erst ab ihrem erneuerten Gesuch vom 16. Juli 2009. Die weiteren Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege und der Verbeiständung, wie insbesondere die Prozessarmut, sind erfüllt.

Das Obergericht hat unter Bezugnahme auf BGE 122 I 203 festgehalten, dass die Wirkung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich erst ab Einreichung des Gesuchs eintrete und eine rückwirkende Erteilung nur ausnahmsweise in Frage komme. Es hat zwar anerkannt, dass die Beschwerdeführerin alle möglichen rechtlichen Schritte zur Eintreibung des Prozesskostenvorschusses von ihrem Ehemann unternommen habe. Dennoch liege keine Ausnahmesituation vor. Letzteres hat es - wiederum unter Hinweis auf BGE 122 I 203 - damit begründet, dass die während des Verfahrens eingetretene Arbeitslosigkeit des Ehemannes gleich zu werten sei wie eine während des Verfahrens eingetretene Arbeitslosigkeit der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin rügt - ebenfalls unter Berufung auf die in BGE 122 I 203 entwickelten Grundsätze - eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV.

3.

Zunächst stellt sich die Frage, ob auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab 10. Juni 2008 überhaupt zurückgekommen werden kann oder ob die Beschwerdeführerin nicht bereits den Entscheid des Gerichtspräsidenten vom 28. Juli 2008 hätte weiterziehen müssen, in welchem ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung aufgrund des Vorrangs der eherechtlichen Prozesskostenvorschusspflicht abgewiesen wurde.

Einem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege kommt keine materielle Rechtskraft zu, da es sich bloss um einen prozessleitenden Entscheid handelt (Urteil I 302/96 vom 23. Dezember 1997 E. 7b, in: SVR 1998 IV Nr. 13 S. 45; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2009, § 26 Rz. 140). Es ist deshalb zulässig, die Frage des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege ab dem Zeitpunkt des ersten Gesuchs nochmals aufzuwerfen. Hinzu kommt, dass sich die Umstände vorliegend in einer Art und Weise geändert haben, die eine abweichende Beurteilung nicht ausschliessen. Hingegen wäre einem Rechtsmittel gegen den Entscheid vom 28. Juli 2008 infolge des Vorranges der Prozesskostenvorschusspflicht und insofern mangels Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin kein Erfolg beschieden gewesen.

4.

4.1 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ergibt sich, soweit das kantonale Recht keine weitergehenden Ansprüche gewährt, als Minimalgarantie direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV (BGE 122 I 322 E. 2b S. 324 mit Hinweisen). Gemäss dieser Bestimmung 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. Ob der durch die Bundesverfassung garantierte Anspruch verletzt wurde, untersucht das Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht frei (BGE 129 I 129 E. 2.1 S. 133 mit Hinweisen).

4.2 Aus Art. 29 Abs. 3 BV ergibt sich grundsätzlich kein Anspruch auf rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für Kosten, die bereits vor Einreichung des Armenrechtsgesuchs entstanden sind. Ausnahmen sind jedoch nicht ausgeschlossen. Anerkannt ist der Fall, dass es wegen der zeitlichen Dringlichkeit einer zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zu stellen (zum Ganzen BGE 122 I 203). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass auch die künftige Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; BBl 2009 21) in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Art. 119 Abs. 4 die rückwirkende Bewilligung unentgeltlicher Rechtspflege im Ausnahmefall vorsieht, ohne jedoch festzulegen, was als Ausnahmefall gelten soll.

4.3 Vorliegend geht es allerdings gar nicht um eine echte Rückwirkung, weshalb die von der Vorinstanz herangezogene Analogie zu BGE 122 I 203 bereits aus diesem Grunde nicht zu überzeugen vermag. Die Beschwerdeführerin verlangt nicht, die unentgeltliche Rechtspflege ab einem Zeitpunkt zugesprochen zu erhalten, zu welchem noch kein entsprechendes Gesuch vorlag. Ihr zweites Gesuch vom 16. Juli 2009 stellt vielmehr eine Erneuerung des ersten Gesuchs vom 10. Juni 2008 dar. Eine echte Rückwirkung ist vom Minimalanspruch von Art. 29 Abs. 3 BV grundsätzlich nicht erfasst, weil dieses Grundrecht nicht gebietet, eine unbemittelte Partei vor ihrer eigenen Unwissenheit oder Unvorsichtigkeit oder vor mangelnder Beratung durch ihren Anwalt zu schützen (BGE 122 I 203 E. 2e S. 207). Ein solches Versäumnis kann der Beschwerdeführerin jedoch nicht vorgeworfen werden. Sie hat wenige Tage nach Einleitung des Scheidungsverfahrens das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eingereicht. Dass sie dies bereits vor Anhebung eines allfälligen Verfahrens um Prozesskostenvorschuss getan hat, erscheint als Ausdruck sorgfältiger Prozessführung. Koordinationsprobleme zwischen dem zuerst eingeleiteten Verfahren auf unentgeltliche Rechtspflege und dem späteren auf Prozesskostenvorschuss hätte der Gerichtspräsident im Übrigen zumindest teilweise umgehen können, indem er das Erstere für die Dauer des Letzteren sistiert (vgl. Art. 96 des bernischen Gesetzes über die Zivilprozessordnung, ZPO; BSG 271.1). Damit hätte sich eine Erneuerung des ursprünglichen Gesuchs wenigstens dann erübrigt, wenn bereits das Gesuch um die *provisio ad litem* abgewiesen worden wäre. Bei diesem hypothetischen Ablauf hätte das Armenrechtsgesuch sodann mit Wirkung ab dem Zeitpunkt seiner Einreichung gutgeheissen werden müssen. Auch dies zeigt, dass vorliegend kein Fall einer echten Rückwirkung zur Diskussion steht.

Im Übrigen erfassen die in BGE 122 I 203 erwähnten Fälle, in denen eine rückwirkende Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ausgeschlossen wird, die zu beurteilende Konstellation nicht und sind mit dieser auch nicht vergleichbar. In den diskutierten Fällen kann der gesuchstellenden Person nämlich entweder in irgend einer Weise die Verspätung des entsprechenden Gesuchs zugerechnet werden oder eine rückwirkende Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege würde zu ihrer Bereicherung führen. Ersteres ist der Fall, wenn die gesuchstellende Partei zur Prozessfinanzierung zunächst Kreditschulden anhäuft oder wenn ihr Anwalt es unterlässt, genügende Kostenvorschüsse einzuverlangen und im entsprechenden Umfang Honorarschulden auflaufen (BGE 122 I 203 E. 2f S. 208 f.). Insoweit vermögen Umstände und Ereignisse, die bloss die finanzielle Situation der gesuchstellenden Person betreffen, tatsächlich keine rückwirkende Anordnung unentgeltlicher Rechtspflege zu rechtfertigen. Die als zweites genannte Konstellation einer möglichen Bereicherung liegt vor, wenn sich die finanzielle Situation des Gesuchstellers während hängigen Verfahrens aus prozessfremden Gründen, wie etwa Arbeitslosigkeit, verschlechtert. Das verfassungsmässige Grundrecht auf

unentgeltliche Rechtspflege soll diesfalls einzig die Fortführung des Prozesses ermöglichen, nicht aber, gewissermassen als Ausgleich für die erlittene Einbusse, darüber hinaus auch die bereits entstandenen Prozesskosten abdecken (BGE 122 I 203 E. 2e S. 208 und E. 2f S. 209).

Indem die Vorinstanz die Arbeitslosigkeit des Ehegatten der gesuchstellenden Person ohne weiteres der Arbeitslosigkeit der gesuchstellenden Person selber gleichsetzt, hat sie die Tragweite von BGE

122 I 203 und von Art. 29 Abs. 3 BV verkannt. Im Unterschied zu den dort diskutierten und soeben zusammengefassten Fällen geht es nicht darum, dass die Beschwerdeführerin den Prozess ursprünglich aus eigener Kraft hätte finanzieren können und ihr diese Einkommensquelle abhanden gekommen ist, oder dass sie für die Prozessführung Schulden angehäuft hat, obschon sie bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte unentgeltliche Rechtspflege beantragen können. Vielmehr war sie zur Prozessfinanzierung gar nie in der Lage und es hätte ihr von Anfang an aufgrund ihres Gesuchs die unentgeltliche Prozessführung gewährt werden müssen, wenn nicht dem Prozesskostenvorschuss unter Ehegatten der Vorrang zukäme. Dieser Ersatz für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ist aber trotz aller zumutbarer Bemühungen ausgefallen und zwar aus Gründen, die nicht in der Person der Beschwerdeführerin liegen. Vielmehr wurde sie reflexweise von einer Verschlechterung der finanziellen Lage ihres Ehemannes betroffen und die ihr zugesprochene Forderung hat sich als Nonvaleur entpuppt. Nach seiner Ausreise aus der Schweiz besteht zudem keine realistische Möglichkeit mehr, die Forderung binnen nützlicher Frist einzutreiben. Dass unentgeltliche Rechtspflege auch dann zu gewähren ist, wenn der zugesprochene Prozesskostenvorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist, hat das Bundesgericht bereits mehrmals festgehalten (jüngst Urteil 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010 E. 5 mit Hinweis). Dies muss aber nicht nur mit Blick auf die Zukunft gelten, sondern auch für die Vergangenheit, sofern das Armenrechtsgesuch genügend früh eingereicht wurde. Die Beschwerdeführerin hat mit anderen Worten das Risiko der Uneinbringlichkeit der Prozesskostenvorschussforderung nicht selber zu tragen.

Zusammengefasst liegt somit weder ein Fall einer echten Rückwirkung vor, noch hat die Beschwerdeführerin das Risiko des Ausfalls des Prozesskostenvorschusses zu tragen. Wird ihr in dieser Situation die unentgeltliche Prozessführung nicht auf den Zeitpunkt ihres ersten Gesuchs gewährt, wird sie schlechter gestellt als eine Person, deren Ehegatte von Anfang an nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen. Wird ein Armenrechtsgesuch eingereicht, so kann es aber keine Rolle spielen, ob eine *provisio ad litem* bereits zu diesem Zeitpunkt nicht in Betracht kommt, in einem allfälligen späteren Prozess nicht zugesprochen wird oder sich in der Vollstreckung als uneinbringlich erweist. Immer geht es um dieselbe Situation, nämlich darum, dass der eine Ehegatte dem andern keinen Prozesskostenvorschuss leisten kann. Der gegenteilige Entscheid des Obergerichts ist mit Art. 29 Abs. 3 BV nicht vereinbar.

4.4 Folglich erweist sich die Beschwerde als begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und der Beschwerdeführerin wird ab 10. Juni 2008 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Ihr ist Fürsprecherin Ursula Zimmermann als amtliche Anwältin beizuordnen. Zur Neuverteilung der kantonalen Gerichts- und Parteikosten wird die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Bern hat die Beschwerdeführerin allerdings für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

6.

Mit dieser Kosten- und Entschädigungsregelung wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos (vgl. BGE 133 I 234 E. 3 S. 248).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof, I. Zivilkammer, vom 16. November 2009 aufgehoben. Der Beschwerdeführerin wird mit Wirkung ab 10. Juni 2008 im hängigen Scheidungsverfahren das Recht der unentgeltlichen Prozessführung erteilt. Ihr wird Fürsprecherin Ursula Zimmermann als amtliche Anwältin beigeordnet.

2.

Die Sache wird zur Neuregelung der Gerichts- und Parteikosten an das Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, I. Zivilkammer, zurückgewiesen.

3.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.

4.

Es werden keine Kosten erhoben.

5.

Der Kanton Bern hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Februar 2010

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl Zingg