

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_174/2016

Urteil vom 26. Mai 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Wälchli,
Beschwerdeführerin,

gegen

Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
unentgeltliche Rechtspflege (Eheschutz),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer,
vom 25. Januar 2016.

Sachverhalt:

A.

Mit Eheschutzverfügung vom 9. Juli 2013 regelte das Amtsgericht U. _____ das Getrenntleben von A.A. _____ und B.A. _____, namentlich die Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau und die drei Kinder.

Am 1. September 2014 reichte B.A. _____ beim Bezirksgericht Zurzach die Scheidungsklage ein. Mit Entscheid vom 5. Mai 2015 regelte das Bezirksgericht Zurzach in Abänderung der Eheschutzverfügung vom 9. Juli 2013 den Ehegattenunterhalt neu.

B.

Mit Entscheid vom 8. Dezember 2015 änderte das Bezirksgericht Zurzach den Ehegattenunterhalt erneut.

Dagegen erhob die Ehefrau beim Obergericht des Kantons Aargau am 21. Dezember 2015 Berufung. Mit Berufungsantwort vom 13. Januar 2016, welche der Ehefrau am 20. Januar 2016 zugestellt wurde, beantragte der Ehemann deren Abweisung. Mit Entscheid vom 25. Januar 2016, welcher der Ehefrau am 1. Februar 2016 zugestellt wurde, modifizierte das Obergericht in teilweiser Gutheissung der Berufung die erstinstanzliche Regelung. Gleichzeitig wies es das Gesuch der Ehefrau um unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren ab mit der Begründung, es sei nicht erstellt, dass sie bedürftig sei bzw. vom Ehemann keinen Prozesskostenvorschuss hätte verlangen können.

C.

Gegen die Abweisung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren hat A.A. _____ am 1. März 2016 eine Beschwerde eingereicht. Sie verlangt auch für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Es wurden keine Vernehmlassungen, aber die Akten eingeholt.

Erwägungen:

1.

Das Obergericht hat als letzte kantonale Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG) gleichzeitig mit dem Entscheid in der Hauptsache das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgewiesen. In dieser Konstellation gilt der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege nicht als Zwischenentscheid, sondern als Nebenpunkt des Endentscheides (Urteile 5A_202/2013 vom 12. Juni 2013 E. 1.2; 5A_963/2013 vom 15. Januar 2014 E. 1). Nebenpunkte können, wie Zwischenentscheide, mit dem für die Hauptsache zulässigen Rechtsmittel angefochten werden (BGE 137 III 47 E. 1.2). Bei dieser geht es um die Abänderung eines Eheschutzentscheides während hängigem Scheidungsverfahren, mithin um vorsorgliche Massnahmen (vgl. Art. 276 Abs. 2 ZPO). Diese stellen eine Zivilrechtsstreitigkeit dar (Art. 72 Abs. 1 BGG) und die Beschwerde steht somit offen, es können aber einzig Verfassungsrügen erhoben werden (Art. 98 BGG).

2.

Zur Begründung ihres vor Obergericht gestellten Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege hielt die Ehefrau einzig fest, dass ihr Notbedarf Fr. 3'759.50 betrage und die verlangten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'213.-- diesen nicht zu decken vermöchten.

Das Obergericht hat erwogen, dass die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden könne, wenn erstellt sei, dass die gesuchstellende Person vom anderen Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen könne. Vorliegend verbleibe den Parteien zwar kein Einkommensüberschuss. Der Ehemann habe aber bereits vor dem Bezirksgericht unmissverständlich ausgeführt, dass die auf der ehelichen Liegenschaft lastende Hypothek zur Prozessfinanzierung aufgestockt werden könne (act. 51). Die Bedürftigkeit der Ehefrau und des Ehemannes, der gegebenenfalls um einen Prozesskostenvorschuss anzugehen wäre, sei damit nicht glaubhaft gemacht.

2.1. Die Ehefrau macht beschwerdeweise geltend, bei act. 51 handle es sich um das Protokoll der Verhandlung vor Bezirksgericht vom 26. November 2015; der obergerichtliche Verweis beziehe sich auf S. 7 des Protokolles, wonach der Rechtsanwalt des Ehemannes darauf hingewiesen habe, dass die Familie ein Einfamilienhaus besitze und die Hypothek erhöht werden könne. Allerdings habe das Bezirksgericht in seinem Entscheid vom 8. Dezember 2015 auf S. 14 ausgeführt, dass mit dem Eheschutzentscheid festgestellt worden sei, dass die Ehefrau über kein Vermögen verfüge und die Aufstockung der Hypothek unrealistisch sei. Sodann habe das Bezirksgericht im seinerzeitigen Entscheid vom 5. Mai 2015 auf S. 21 erwogen, dass sich aus den Scheidungsakten eine hypothekarische Belastung der Liegenschaft im Umfang von 86 % des Kaufpreises ergebe, so dass eine Erhöhung der Hypothek unrealistisch sei. Vor diesem Hintergrund erweise sich der angefochtene Entscheid als willkürlich und er verstosse auch gegen Art. 29 Abs. 3 BV.

2.2. Das Obergericht hat nicht näher ausgeführt, ob die Ehefrau oder der Ehemann oder die Ehegatten die Hypothek der ehelichen Liegenschaft aufzustocken hätten. Dies ist letztlich auch nicht von Belang, weil für die Bestimmung der Bedürftigkeit die Mittel beider Ehegatten relevant sind (BGE 115 Ia 193 E. 3a S. 195) und von Grundeigentümern verlangt werden darf, dass sie auf die Liegenschaft eine Hypothek aufnehmen oder diese erhöhen (BGE 119 Ia 11 E. 5 S. 13). Ist keine höhere Belastung möglich, stellt sich die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Veräusserung (Urteile 5A_294/2008 vom 18. August 2008 E. 3.4; 4D_41/2009 vom 14. Mai 2009 E. 3). Soweit die Ehefrau die Hypothek alleine aufstocken könnte, stellt sich einzig die Frage der tatsächlichen Möglichkeit (dazu E. 2.3). Soweit die Mitwirkung des Ehemannes erforderlich wäre, kann in der vor erster Instanz gemachten Aussage eine diesbezügliche Zustimmung erblickt werden. Müsste die Aufstockung der Hypothek ausschliesslich über den Ehemann laufen, so ginge es um die Frage des Prozesskostenvorschusses, welche das Obergericht angesprochen hat. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der eine Ehegatte aufgrund der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB

und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen; soweit eine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 142 III 36 E. 2.3 S. 39 m.w.H.). Solange Ungewissheit besteht, ob die gesuchstellende Partei vom anderen Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss verlangen kann, gilt sie nicht als bedürftig (Urteil 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1).

2.3. Vorliegend geht es zunächst um die Frage, ob die Hypothek tatsächlich aufgestockt werden könnte, bzw. um den Nachweis, dass hierzu keine Möglichkeit besteht. Dabei handelt es sich um eine Tatfrage bzw. um Beweiswürdigung, welcher nur mit Willkür rügen beizukommen ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Beweiswürdigung nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Sachgericht erhebliche Beweismittel übersieht, augenscheinlich missversteht oder grundlos ausser Acht lässt, oder wenn es aus den vorliegenden Beweisen unhaltbare Schlüsse zieht (BGE 140 III 264E. 2.3 S. 266 m.w.H.).

Die Beschwerdeführerin erblickt Willkür darin, dass das Bezirksgericht in seiner Entscheid vom 8. Dezember 2015 ausgeführt hat, gemäss Eheschutzentscheid verfüge die Ehefrau über kein Vermögen und die Aufstockung der Hypothek sei unrealistisch. Mit dieser Erwägung hat das Bezirksgericht offensichtlich auf die am 26. November 2015 von der Gegenseite gemachte Aussage Bezug genommen, dass die auf der ehelichen Liegenschaft lastende Hypothek zur Prozessfinanzierung aufgestockt werden könne. Indes war das Obergericht, welches über ein neues und unabhängiges Gesuch zu befinden hatte (Art. 117 Abs. 5 ZPO), frei, die Aussage des Beschwerdegegners bzw. von dessen Anwalt anders zu würdigen als das Bezirksgericht. Vor diesem Hintergrund hätte - im Rahmen der die Beschwerdeführerin treffenden Mitwirkungsobliegenheit (5A_897/2013 vom 8. Juli 2014 E. 3.1; 5A_761/2014 vom 26. Februar 2015 E. 3.2), welche zur Darstellung und soweit möglich zum Nachweis der gesamten finanziellen Situation inklusive der Möglichkeit zur Kreditaufnahme verpflichtet (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.; 135 I 221 E. 5.1 S. 223) und insbesondere auch die Frage der Erlangung eines Prozesskostenvorschusses betrifft (Urteil 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1) - Anlass

bestanden, im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Ausführungen zur Frage der Hypothekenaufstockung zu machen (vgl. Art. 117 Abs. 2 BGG) und sich nicht ausschliesslich auf die Aussage zu beschränken, der Notbedarf sei höher als die Unterhaltszahlungen. Auch wenn es angesichts der Ausführungen des Bezirksgerichtes nahe gelegen hätte, die unentgeltliche Rechtspflege auch für das obergerichtliche Verfahren zu erteilen, ist es doch nicht geradezu willkürlich, wenn das Obergericht die Aussage der Gegenpartei anders gewürdigt und mangels diesbezüglichen Äusserungen der Beschwerdeführerin darauf abgestellt hat, mithin davon ausgegangen ist, dass die Hypothek tatsächlich aufgestockt werden könnte.

Keine Willkür ergibt sich ferner aus dem Verweis auf einen früheren Entscheid des Bezirksgerichtes vom 5. Mai 2015, wo dieses erwogen hatte, dass sich aus den Scheidungsakten eine hypothekarische Belastung der Liegenschaft im Umfang von 86 % des Kaufpreises ergebe, so dass eine Erhöhung der Hypothek unrealistisch sei. Das Obergericht war nicht gehalten, von sich aus in den Akten nach Hinweisen zu forschen, sondern es wäre im Rahmen der Mitwirkungsobliegenheit (dazu oben) an der gesuchstellenden Partei gewesen, auf jenen Entscheid hinzuweisen, und vor Bundesgericht müsste die Beschwerdeführerin mit Aktenhinweisen darlegen, dass sie die entsprechenden rechtsrelevanten Tatsachen bei der Vorinstanz prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Überdies bezog sich der in jenem Entscheid erwähnte Prozentsatz auf den Kaufpreis, welcher angesichts der in den letzten Jahren stark angestiegenen Liegenschaftspreise keineswegs dem heutigen Verkehrswert der Liegenschaft entsprechen muss.

Hält die auf einer Würdigung der im Verfahren gemachten Aussage des Ehemannes bzw. seines Anwaltes basierende Erwägung, die Ehefrau habe ihre prozessuale Bedürftigkeit nicht genügend glaubhaft gemacht, nach dem Gesagten vor dem Willkürverbot (Art. 9 BV) stand, so ist der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) nicht verletzt.

3.

Die Ehefrau macht weiter geltend, in seiner Berufungsantwort vom 13. Januar 2016 habe der Ehemann vor Obergericht erneut behauptet, die Hypothek auf der Liegenschaft der Parteien könne erhöht werden. Die Berufungsantwort sei ihr erst am 20. Januar 2016 zugegangen, aber das Obergericht habe seinen Entscheid bereits am 25. Januar 2016 gefällt. Ihr wäre deshalb nicht genügend Zeit verblieben, um das ihr zustehende Replikrecht wahrzunehmen, so dass Art. 29 Abs. 2 BV verletzt sei.

3.1. Vorab ist zu bemerken, dass das Obergericht ausschliesslich auf die in act. 51 protokollierte Aussage vor erster Instanz und nicht auf die Wiederholung dieser Aussage in der Beschwerdeantwort abgestellt hat. Indes hätte die erneute Bestätigung in der Beschwerdeantwort die Beschwerdeführerin potentiell zu einer Replik betreffend Möglichkeit der Hypothekenaufstockung veranlassen können, weshalb nachfolgend zur Rüge der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen ist.

3.2. Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst

auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht: BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99), und zwar unabhängig von deren Entscheidelevanz (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157). Zur Wahrung des Replikrechts genügt es, dass den Parteien die Eingaben zur Information (Kenntnisnahme, Orientierung) zugestellt werden, wenn von ihnen, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen (BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487; vgl. auch: BGE 138 III 252 E. 2.2 S. 255; Urteil 9C_193/2013 vom 22. Juli 2013 E. 2.1). Nach der Zustellung zur Kenntnisnahme ist das Gericht gehalten, eine angemessene Zeitspanne mit dem Entscheid zuzuwarten. Vor Ablauf von zehn Tagen darf es im Allgemeinen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen (Urteil 2C_469/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 2.2). Diese Wartefrist für das Gericht schliesst die Zeit, welche die Partei zur Übermittlung ihrer (Replik-) Eingabe benötigt, bereits ein (Urteil 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4 und 2.4).

3.3. Vorliegend ging die Berufungsantwort vom 13. Januar 2016 der Beschwerdeführerin erst am 20. Januar 2016 zu und das Obergericht hat seinen Entscheid am 25. Januar 2016 gefällt. Im Lichte der dargelegten Grundsätze durfte es dies (noch) nicht in der (berechtigten) Annahme tun, die Ehefrau habe auf die Einreichung von Bemerkungen verzichtet. Mit der Feststellung eines fehlerhaften Vorgehens ist allerdings noch nichts über die Folgen der zu frühen Entscheidungsfällung mit Bezug auf die Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs im konkreten Fall gesagt (Urteil 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 4.1). Der am 25. Januar 2016 gefällte Entscheid ging nämlich der Beschwerdeführerin erst am 1. Februar 2016 zu. Die Beschwerdeführerin erhielt den Entscheid mithin elf Tage später als die Beschwerdeantwort. In der Zwischenzeit hatte sie aber dem Gericht keine Replik zugehen lassen (vgl. zur unterbleibenden Reaktion bis zum Zeitpunkt des Empfangs des Entscheides BGE 138 I 484 E. 2.5 S. 488; Urteile 4D_27/2014 vom 26. August 2014 E. 4; 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 4.2). Sie behauptet im Übrigen auch nicht, dass sie dies vorgehabt hätte, ihr Vorhaben aber durch den zu früh ergangenen obergerichtlichen Entscheid durchkreuzt worden wäre; vielmehr ruft sie virtuell eine Verletzung des Replikrechtes an. Das rechtliche Gehör bzw. das Replikrecht kann aber nicht verletzt sein, wenn die Beschwerdeführerin gar nicht vorhatte, sich durch Einreichung einer Replik Gehör zu verschaffen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Hingegen ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren gutzuheissen, da die Beschwerde in Bezug auf die Frage des Prozesskostenvorschusses keineswegs von Anfang an aussichtslos war und die Beschwerdeführerin als prozessarm zu bezeichnen ist (Art. 64 Abs. 1 BGG). Ausserdem ist sie durch die sie vertretende Rechtsanwältin zu verbeiständen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren durch Rechtsanwältin Barbara Wälchli verbeiständet.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.
4. Rechtsanwältin Barbara Wälchli wird für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 800.-- entschädigt.
5. Dieses Urteil wird den Parteien schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Mai 2016
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli