

ZSU.2023.177
(SF.2022.42)
Art. 121

Entscheid vom 11. September 2023

Besetzung Oberrichter Richli, Präsident
 Oberrichter Egloff
 Oberrichterin Plüss
 Gerichtsschreiber Huber

Gesuchsteller **A.** _____,
 [...]
 vertreten durch Rechtsanwalt Franz Hollinger,
 Stapferstrasse 28, Postfach, 5200 Brugg AG

Gegenstand Unentgeltliche Rechtspflege

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

A. reichte mit Eingabe vom 12. Oktober 2022 beim Präsidium des Bezirksgerichts Brugg gegen seine Ehefrau B. ein Begehren um Abänderung des Eheschutzentscheids SF.2015.40 vom 22. März 2016 ein und ersuchte gleichzeitig um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege in diesem Verfahren.

2.

Am 10. Juli 2023 fällte der Präsident des Bezirksgerichts Brugg den Entscheid in der Sache und wies das Gesuch des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung gleichen Datums ab.

3.

Gegen diese ihm am 3. August 2023 zugestellte Verfügung erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 14. August 2023 beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde mit folgenden Anträgen:

" 1.

Die angefochtene Verfügung vom 10. Juli 2023 sei aufzuheben.

2.

Dem Beschwerdeführer sei im Verfahren SF.2022.42 die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der unterzeichnende Anwalt sei als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO).

Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Offensichtlich unrichtig bedeutet willkürlich (Urteil des Bundesgerichts 4A_149/2017 vom 28. September 2017 E. 2.2). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven und auch in Verfahren, welche wie das Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der (beschränkten) Untersuchungsmaxime unterstehen, da die Beschwerde nicht der Fortführung

des erstinstanzlichen Prozesses, sondern grundsätzlich nur der Rechtskontrolle des erstinstanzlichen Entscheids dient (Urteil des Bundesgerichts 5A_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3; DIETER FREIBURGHaus/SUSANNE AFHELDT, in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 f. zu Art. 326 ZPO).

2.

2.1.

Die Vorinstanz wies das vom Gesuchsteller eingereichte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren SF.2022.42 ab, weil der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterstützungspflicht sei. Dies gelte insbesondere im Verhältnis zur Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB. Nach der Rechtsprechung dürfe von der anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlege, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten sei.

2.2.

Der Gesuchsteller macht in seiner Beschwerde im Wesentlichen geltend, er habe mit Begehren vom 12. Oktober 2023 (recte: 2022) die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung seines Anwalts zu seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter beantragt. Über dieses Gesuch sei erst mit der angefochtenen Verfügung vom 10. Juli 2023 entschieden worden. Im Hinblick auf das aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Fairnessgebot folge aus dem verfassungsrechtlichen Rechtspflegeanspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV, dass über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung in der Regel zu entscheiden sei, bevor der Gesuchsteller weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte unternehme. Falls dieser Grundsatz nicht befolgt werde, müsse das Gesuch bewilligt werden, ohne dass zu prüfen sei, ob im massgebenden Zeitpunkt der Gesuchseinreichung eine sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung bestanden habe. Im vorliegenden Fall sei der Einreichung umfangreicher Unterlagen – was für sich allein noch nicht unbedingt den vorgängigen Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung erfordert hätte – als wesentliche Verfahrenshandlung die Hauptverhandlung mit mündlicher Erstattung von Replik und Duplik, Parteibefragung, Ergänzungsfragen und Stellungnahme zum Beweisergebnis gefolgt. Dabei habe es sich um einen prozessualen Schritt mit erheblichen Kosten gehandelt; dieser Aufwand habe im Rahmen des gesamten Verfahrens mindestens 50 % betragen. In Anbetracht dieser Umstände hätte vor der Hauptverhandlung über das Gesuch der unentgeltlichen Verbeiständung entschieden werden müssen. Mit ihrem Vorgehen habe die Vorinstanz daher gegen das prozessuale Fairnessgebot verstossen und gleichzeitig die Tatsache missachtet, dass die Gegenpartei anwaltlich vertreten gewesen sei.

Rein eventualiter sei darauf hinzuweisen, dass dem Bezirksgericht Brugg seit dem Verfahren SF.2015.40 mit dem Entscheid vom 22. März 2016 die (finanziellen) Verhältnisse der Gegenpartei umfassend bekannt seien. Bekannt sei daher auch, dass sie nicht in der Lage sei, ihm einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Nachdem er sich im Begehren vom 12. Oktober 2022 darüber ausgewiesen habe, dass er kein Vermögen besitze und auch bei weitem über kein genügendes Einkommen verfüge und seine Partnerin nicht verpflichtet sei, ihn zu unterstützen, hätte das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung auf jeden Fall bewilligt werden müssen.

3.

3.1.

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von den Gerichtskosten und die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Sie befreit hingegen nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

Eine Person, welche nicht über genügend Mittel verfügt, um die Kosten für einen Prozess zu übernehmen, deren Ehegatte aber in der Lage wäre, für diese Kosten aufzukommen, kann indessen vom Staat nicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangen. Nach konstanter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des Staates, einer mittellosen Partei in einer nicht von vornherein aussichtslosen Angelegenheit die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, subsidiär zur Pflicht des Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, die sich aus der familienrechtlichen Unterstützungspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB ergibt (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; Urteile des Bundesgerichts 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5 und 5A_590/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.3). Die Anspruchsberechtigung beginnt mit der Eheschliessung und endet mit der Auflösung der Ehe. Wird die Ehe durch Scheidung aufgelöst, entfällt sie grundsätzlich mit der rechtskräftigen Scheidung (DANIEL WUFFLI/DAVID FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, Rz. 174; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_97/2017 vom 23. August 2017 E. 12.1 m.w.H.).

Die gesuchstellende Partei hat daher entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann. Das

Gericht soll in die Lage versetzt werden, vorfrageweise die Leistungsfähigkeit des Ehegatten zu prüfen, ohne dass dies der (antizipierten) Beurteilung der Partei überlassen wird. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (Urteil des Bundesgerichts 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1).

3.2.

3.2.1.

Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (insbesondere Urteil des Bundesgerichts 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4 und 5) rügt der Gesuchsteller primär, die Vorinstanz hätte nicht erst mit dem Endentscheid in der Sache über sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege befinden dürfen, sondern bereits vor der Hauptverhandlung vom 19. Juni 2023 mit mündlicher Erstattung von Replik und Duplik, Parteibefragung, Ergänzungsfragen und Stellungnahme zum Beweisergebnis.

Der Gesuchsteller hat allerdings während des ganzen vorinstanzlichen Verfahrens weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses durch seine Ehefrau gestellt noch im Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege begründet, weshalb auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden könne. Daher kann offenbleiben, ob die Vorinstanz sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht erst mit dem Endentscheid hätte beurteilen dürfen, sondern darüber bereits vor der Hauptverhandlung vom 19. Juni 2023 hätte befinden müssen, denn wie sich aus dem Folgenden (E. 3.2.2 hienach) ergeben wird, hätte die Vorinstanz das Gesuch so oder so abweisen müssen. Der anwaltlich vertretene Gesuchsteller könnte sich auch nicht darauf berufen, die in E. 3.1 zitierte Lehre und Rechtsprechung nicht gekannt zu haben.

3.2.2.

Der Gesuchsteller reichte mit Eingabe vom 12. Oktober 2022 beim Präsidium des Bezirksgerichts Brugg gegen seine Ehefrau B. ein Begehren um Abänderung des Eheschutzentscheids SF.2015.40 vom 22. März 2016 ein. Die Ehe ist bis heute nicht rechtskräftig geschieden, weshalb die Ehefrau trotz Getrenntlebens bei gegebenen Voraussetzungen nach wie vor verpflichtet werden kann, dem Gesuchsteller einen Prozesskostenvorschuss für das Abänderungsverfahren SF.2022.42 zu leisten. Wie erwähnt, entfällt die Anspruchsberechtigung grundsätzlich erst mit der Auflösung der Ehe, d.h. mit der rechtskräftigen Scheidung. Der Gesuchsteller äusserte sich im vorinstanzlichen Verfahren SF.2022.42 jedoch nicht zur Frage, ob seine Ehefrau zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann (vgl. Akten SF.2022.42, act. 2 ff., 45 ff.). Weder stellte er einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gegen seine Ehefrau

noch legte er dar, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichte. Bei den diesbezüglichen Ausführungen in Ziff. 5 der Beschwerde handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen, welche gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren nicht zulässig und deshalb nicht zu hören sind.

Es braucht an dieser Stelle nicht allgemein entschieden zu werden, unter welchen Voraussetzungen eine bedürftige Person allenfalls darauf verzichten kann, einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss zu stellen und stattdessen direkt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen darf. Dabei wäre jedenfalls die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zu beachten, die durch ein solches Vorgehen nicht unterlaufen werden darf. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zu sprechen ist, darf mit anderen Worten nicht faktisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Falls ausnahmsweise dennoch aus prozessökonomischen Gründen auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so darf von einer anwaltlich vertretenen Partei jedenfalls verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb darauf nach ihrer Ansicht zu verzichten ist, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (Urteile des Bundesgerichts 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2 und 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1). Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am ersuchten Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nicht besteht. Insbesondere können solche Hinweise nicht ohne weiteres den Ausführungen zur Unterhaltsberechnung entnommen werden, da in den beiden Bereichen nicht zwingend von denselben Grundsätzen auszugehen ist. Es liegt kein überspitzter Formalismus vor, wenn eine ausdrückliche Äusserung zu diesem Thema verlangt wird. Ausserdem hat die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht verletzt. Der Gesuchsteller war vor der Vorinstanz anwaltlich vertreten und die Fragepflicht dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2 und 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1). Es war daher Sache des Gesuchstellers, nicht nur nachzuweisen, dass er über keine eigenen Mittel verfügte, sondern auch, dass seine Ehefrau ihrer Unterstützungspflicht nicht nachkommen kann, indem sie ihm die für seine Teilnahme am Verfahren SF.2022.42 erforderlichen Mittel verschafft. Wie in E. 3.1 hievor ausgeführt, ändert daran nichts, dass er von seiner Ehefrau getrennt lebt. Der Gesuchsteller machte indessen vor Vorinstanz keine Ausführungen zur finanziellen Leistungsfähigkeit seiner Ehefrau im Hinblick auf einen Prozesskostenvorschuss und reichte weder Beweismittel dazu ein noch stellte er entspre-

chende Beweisanträge. Damit ist die Voraussetzung, dass die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 117 lit. a ZPO), nicht erfüllt. Dies genügt, um das Gesuch des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abzulehnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5). Da die unentgeltliche Rechtspflege weder instanzübergreifende Wirkungen zeitigt (vgl. Art. 119 Abs. 5 ZPO) noch Wirkungen in konnexen Verfahren entfalten kann, hat jede Instanz insbesondere eine vollständige Prüfung der Bedürftigkeit nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bzw. der Einlegung des Rechtsmittels vorzunehmen (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 764, 792). Auf die Verhältnisse, die im Jahr 2016 dazu geführt haben, dass der Ehefrau des Gesuchstellers im Verfahren SF.2015.40 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, könnte daher nicht abgestellt werden.

3.3.

Aufgrund der obigen Ausführungen hat es bei der vorinstanzlichen Verfügung sein Bewenden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

4.

4.1.

Der Gesuchsteller ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

4.2.

4.2.1.

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

Als aussichtslos i.S.v. Art. 117 lit. b ZPO sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie - zumindest vorläufig - nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (statt vieler BGE 142 III 138 E. 5.1 m.w.H.).

4.2.2.

Aus den Ausführungen in E. 3 hievore ergibt sich, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Gewinnaussichten von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren, weshalb sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden konnten. Daher war die Beschwerde gegen die Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichts Brugg vom 10. Juli 2023 von vornherein aussichtslos. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist deshalb abzuweisen.

5.

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens hat der Gesuchsteller die obergerichtliche Entscheidgebühre zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; BGE 137 III 470), welche auf Fr. 500.00 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 11 Abs. 2 VKD), und seine Parteikosten selber zu tragen.

Das Obergericht beschliesst:

Das Gesuch des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

Das Obergericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühre von Fr. 500.00 wird dem Gesuchsteller auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung an:

[...]

Mitteilung im Dispositiv an:

[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt **mehr als Fr. 30'000.00**.

Aarau, 11. September 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Richli

Huber