



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 15. Oktober 2018 (400 18 191)

Zivilprozessrecht

Unentgeltliche Rechtspflege/Anwaltskostenvorschuss: zwischen unverheirateten Kindseltern besteht keine Pflicht zur gegenseitigen Leistung von Prozesskostenvorschüssen, daher keine Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege

Parteien

A. _____,

B. _____,

beide vertreten durch Advokat Pascal Riedo, Hauptstrasse 54,
4132 MuttENZ,

Kinder und Berufungsbeklagte

bzw.

C. _____,

vertreten durch Claudia Stehli, Advokatin, Elisabethenstrasse 28, Postfach 425, 4010 Basel

Kindsmutter und Berufungsbeklagte

gegen

D. _____,

vertreten durch Advokat Dr. Alex Hediger, Freie Strasse 82, Postfach, 4010 Basel,

Beklagter und Berufungskläger

Gegenstand

Sonstige / Sorgerecht, elterliche Obhut und Unterhalt Kinder

Berufung gegen die Verfügung des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 28. März 2018

A. Vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West ist zwischen den Parteien das Verfahren Nr. 120 18 267 I betreffend Sorgerecht, elterliche Obhut und Unterhalt der Kinder hängig. Der Zivilkreisgerichtspräsident regelte mit Verfügung vom 28. März 2018 für die Dauer des Verfahrens die Obhut, das Besuchsrecht und die Kinderunterhaltsbeiträge. Die Erziehungsbeistandschaft wurde beibehalten und überdies wurde für die Kinder als Kindvertreter Advokat Pascal Riedo eingesetzt. Weiter wurde ein Gutachten betreffend Erziehungsfähigkeit der Kindseltern mit Empfehlungen hinsichtlich der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut und des persönlichen Verkehrs bei der Kinder- und Jugendpsychiatrie in Auftrag gegeben und das Verfahren bis zum Eingang des Gutachtens sistiert. Schliesslich wurde mit der Verfügung vom 28. März 2018 das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und der Kindsvater verpflichtet, der Kindsmutter einen Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00 zu leisten.

B. Mit Eingabe vom 19. Juni 2018 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte der Kindsvater die Berufung gegen die Verfügung vom 28. März 2018 hinsichtlich der Obhutzuteilung und der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Verfahrens sowie gegen den verfügten Anwaltskostenvorschuss. Er beantragte, die Kinder seien für die Dauer des Verfahrens unter seine Obhut zu stellen, eventualiter sei eine geteilte Obhut anzuordnen, und die Unterhaltsbegehren der Kindsmutter sowie deren Begehren um Bezahlung eines Anwaltskostenvorschusses seien abzuweisen.

C. Der Kindvertreter sprach sich mit Berufungsantwort vom 13. Juli 2018 für eine alternierende Obhut aus und beanstandete die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung nicht. Die Kindsmutter beantragte mit ihrer Berufungsantwort vom 16. Juli 2018 die Abweisung der Berufung, soweit auf diese einzutreten sei.

D. Anlässlich der zweitinstanzlichen Parteiverhandlung vom 15. Oktober 2018 schlossen die Kindseltern und der Kindvertreter eine Vereinbarung, mit welcher sie sich für die Dauer des Verfahrens auf die alternierende Obhut, die Regelung über die Zeiten der Obhut zwischen den Kindseltern und die Unterhaltsbeiträge einigten. Den Entscheid über den vom Kindsvater an die Kindsmutter zu leistenden Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00 (Ziffer 10 der angefochtenen Verfügung vom 28. März 2018) überliessen die Kindseltern der Berufungsinstanz, so dass darüber nunmehr zu urteilen ist.

Erwägungen

1. Angefochten ist die Verfügung des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 28. März 2018, mit welcher für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen angeordnet wurden. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Obhutzuteilung stellt keine vermögensrechtliche Streitigkeit dar und unterliegt somit keiner Streitwertgrenze. Überdies ist hin-

sichtlich der vermögensrechtlichen Streitpunkte dieser Streitwert ohne weiteres erreicht. Das Berufungsverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ist ein summarisches Verfahren (Art. 248 lit. d ZPO), weshalb die Berufung gemäss Art. 311 Abs. 1 i.V. mit Art. 314 Abs. 1 ZPO innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen ist. Die angefochtene Verfügung wurde dem Kindsvater bzw. dessen Rechtsvertreter am 14. Juni 2018 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist lief somit bis zum Montag, den 25. Juni 2018 (Art. 142 Abs. 3 ZPO) und ist für die am 19. Juni 2018 auf der Post aufgegebenene Berufung eingehalten. Zuständig für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Zivilkreisgerichte Basel-Landschaft, welche im summarischen Verfahren ergangen sind, ist gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

2. Nachdem sich die Parteien mit Vereinbarung vom 15. Oktober 2018 über die Obhut und die Unterhaltsbeiträge für die Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens einigten, ist lediglich noch über den angefochtenen Anwaltskostenvorschuss zu urteilen.

2.1 Die Vorinstanz verpflichtete den Kindsvater mit Ziffer 10 des Dispositivs der Verfügung vom 28. März 2018, der Kindsmutter einen Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00 zu leisten. Die Vorinstanz erwog dazu unter Ziffer 7.3 f. der angefochtenen Verfügung, die Kindsmutter verfüge über kein eigenes Einkommen und kein Vermögen. Der Kindsvater habe demgegenüber gemäss Steuererklärung 2016 Wertschriften und Guthaben von insgesamt CHF 347'350.00. Mangels Belegen des Kindsvaters zu seiner behaupteten Vermögensverminderung sei von diesem Vermögen auszugehen. Der beantragte Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00 vermöge die Liquidität des Kindsvaters nicht zu gefährden. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zur Beistandspflicht des Kindsvaters zur Kindsmutter sei der Antrag um Anwaltskostenvorschuss gutzuheissen und demgemäss das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

2.2 Der Berufungskläger stellt sich auf den Standpunkt, das Begehren der Kindsmutter um Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses sei verspätet erfolgt, weshalb darauf nicht hätte eingetreten werden dürfen. Die Kindsmutter habe diesen Antrag nicht bereits mit der Klage vom 18. Januar 2018 gestellt, sondern erst an der Instruktionsverhandlung vom 28. März 2018. Bis zur Ernennung eines Prozessbeistands für die Kinder sei die Kindsmutter die gesetzliche Vertreterin der Kinder gewesen und in dieser Eigenschaft auch berechtigt und verpflichtet, entsprechende Anträge zu stellen. Die Kindsmutter stellt sich dagegen auf den Standpunkt, der Antrag sei rechtzeitig erfolgt, da erst an der Verhandlung vom 28. März 2018 das prozessuale Vorgehen mit Zusammenlegung der Verfahren und die Vertretungsverhältnisse geklärt worden seien. Ein entsprechender Antrag ergebe sich aus der von der Kindsmutter im Namen der Kinder eingereichten Klage.

2.3 Es entspricht der Lehre und Rechtsprechung, dass Prozesskostenvorschusspflichten, welche auf familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflichten gründen, dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgehen. Dies gilt für unterstützungspflichtige Eltern, da sie für die Prozesskosten und die Rechtsvertretung des Kindes aufkommen müssen und das Kind Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss durch die Eltern hat (BGE 119 Ia 134 E. 4). Auch

Ehegatten sind aufgrund der ehelichen Beistandspflicht einander zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet, was auch eine Bevorschussungspflicht von Prozesskosten beinhaltet (BGE 142 III 36 E. 2.3; BGer 4A_148/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3; BGer 8C_1008/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3.2). Hinsichtlich der Unterstützungspflicht zwischen Konkubinatspartnern hat das Bundesgericht im BGE 142 III 36 festgehalten, dass für Konkubinatspartner keine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, da die Pflicht, den anderen bei Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen, eherechtlicher Natur ist und nur den Ehegatten treffen kann, nicht jedoch den Konkubinatspartner. Für Konkubinatspartner besteht keine entsprechende gesetzliche Grundlage und der Analogieschluss zum Eherecht kann die fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen (BGE 142 III 36 E. 2.3).

2.4 Die Kindseltern haben die gemeinsamen Kinder A.____ und B.____ und sind nicht miteinander verheiratet. Sie lebten in einem Konkubinat, welches durch die Trennung im Frühjahr 2017 aufgelöst wurde. Da die Kindseltern nicht verheiratet sind, besteht auch keine Prozesskostenvorschusspflicht des Kindsvaters gegenüber der Kindsmutter, da hierfür keine gesetzliche Grundlage besteht, wie das Bundesgericht in BGE 142 III 36 klar festhielt. Daran vermag auch der Umstand, dass sie gemeinsame Kinder haben, nichts zu ändern, da gestützt auf die elterliche Beistandspflicht lediglich dem Kind ein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber den Eltern zusteht.

2.5 Die Kindsmutter bringt vor, sie habe die Klage im Namen der Kinder eingereicht und den Antrag auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses anlässlich der Einigungsverhandlung unterbreitet, im Rahmen welcher erst das prozessuale Vorgehen mit Zusammenlegung der Verfahren und der Vertretungsverhältnisse geklärt worden sei. Es trifft zu, dass die Kindsmutter die Klage betreffend Kinderunterhalt vom 18. Januar 2018 (Verfahren Nr. 120 18 267 I) im Namen der Kinder, vertreten durch die Kindsmutter als deren gesetzliche Vertreterin und diese wiederum vertreten durch Advokatin Claudia Stehli, einreichen liess. In der Klage vom 18. Januar 2018 findet sich kein Antrag auf einen Anwaltskostenvorschuss, sondern es wurde beantragt, der Beklagte sei zu verpflichten, die Gerichts- und Anwaltskosten der Kläger zu übernehmen, eventualiter sei den Klägern die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Im Zeitpunkt der Klage vom 18. Januar 2018 war bereits eine Klage des Kindsvaters gegen die Kindsmutter betreffend Sorgerecht, Obhut und Erziehungsbeistandschaft hängig (Verfahren Nr. 120 17 3429 I). Mit Verfügung vom 22. März 2018 vereinigte der Zivilkreisgerichtspräsident das Unterhaltsverfahren der Kinder mit dem vom Kindsvater eingeleiteten Verfahren. An der Instruktionsverhandlung vom 28. März 2018 wiederholte der Zivilkreisgerichtspräsident mündlich, dass die beiden Verfahren Nr. 120 17 3429 I und 120 18 267 I formell vereinigt worden seien und stellte gleich zu Beginn der Verhandlung fest, dass die Kindseltern und die Anwälte in einem Interessenkonflikt stehen würden und das Gericht folglich eine Kindsvvertretung für die beiden Kinder einsetzen werde. Daraufhin führte Advokatin Claudia Stehli aus, sie habe die Klage für die beiden Kinder eingereicht und fragte, ob es richtig sei, dass sie nur noch die Vertreterin der Kindsmutter sei und entsprechende Anträge für die Kindsmutter stellen könne, wenn eine Prozessbeistandschaft für die Kinder eingesetzt werde. Der Zivilkreisgerichtspräsident bejahte dies und ergänzte, man habe damit ein Verfahren mit drei Parteien und drei Vertretern und der dritte Anwalt, welcher dazukomme, vertrete die Kinder. Ab diesem Zeitpunkt war Advokatin Claudia Stehli somit lediglich noch die Vertreterin der Kindsmutter und nicht mehr der Kinder und konnte

daher keine Anträge mehr für die Kinder stellen. Im weiteren Verlauf der Verhandlung vom 28. März 2018 stellte Advokatin Claudia Stehli den Antrag auf einen ersten Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00, wobei aus den Akten nicht hervorgeht, ob dieser Antrag auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschuss für ihre Bemühungen als Vertreterin der Kinder oder der Kindsmutter gestellt wurde. Als Vertreterin der Kinder kann sie lediglich den Aufwand für das Ausfertigen der rund 6-seitigen Klage vom 18. Januar 2018 verbuchen, zumal ihr im vorangegangenen Schlichtungsverfahren Nr. 100 17 1837 I zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Kinder ein Honorar aus der Gerichtskasse ausgerichtet wurde und das Schlichtungsverfahren ohnehin abgeschlossen ist. In dem vom Kindsvater eingeleiteten Verfahren (Nr. 120 17 3429) sind die Kinder gar nicht Partei, sondern auf der Beklagtenpartei steht lediglich die Kindsmutter, sodass auch diesbezüglich kein Vertretungsaufwand bzw. Prozesskostenvorschuss für die Kinder geltend gemacht werden kann. Für das Ausfertigen der Klage vom 18. Januar 2018 kann kaum ein Aufwand von CHF 3'000.00 entstanden sein, so dass sich der beantragte Anwaltskostenvorschuss nicht auf die Vertretung der Kinder beziehen kann. Andernfalls hätte dies von der Rechtsvertreterin differenzierter und beziffert ausgeführt werden müssen. Bezieht sich der beantragte Anwaltskostenvorschuss auf die anwaltliche Vertretung der Kindsmutter besteht allerdings, wie bereits ausgeführt, keine gesetzliche Grundlage für einen Anspruch der Kindsmutter gegen den Kindsvater auf einen Prozesskostenvorschuss. Folglich ist die angefochtene Verfügung hinsichtlich der Verpflichtung des Kindsvaters, der Kindsmutter einen Anwaltskostenvorschuss von CHF 3'000.00 zu bezahlen, aufzuheben und der Antrag der Kindsmutter auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses ist abzuweisen. Die finanziellen Verhältnisse der Kindseltern sind in der vorliegenden Konstellation mangels gesetzlicher Grundlage für einen Anspruch der Kindsmutter auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kindsvater nicht von Bedeutung, können jedoch zu gegebener Zeit allenfalls bei der Kostenverlegung in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO Berücksichtigung finden. Ebenso ist danzumal hinsichtlich des Aufwands von Advokatin Claudia Stehli allenfalls zu differenzieren zwischen deren Aufwand für die Kindsmutter und jenem für die Kinder.

3. Die Kindsmutter ersucht eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Berufungsverfahren. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie einerseits nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a; sog. „Mittellosigkeit“ oder „Bedürftigkeit“) und andererseits ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie Gerichtskosten. Die Kindsmutter wird von der Sozialhilfe unterstützt und verfügt über kein Vermögen. Der vom Kindsvater zu leistende Betreuungsunterhalt für die Kinder vermag die Lebenskosten der Kindsmutter nicht zu decken. Aufgrund der Mangellage der Kindsmutter ist deren Mittellosigkeit offensichtlich und es ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Die Frage der Aussichtslosigkeit stellt sich angesichts der prozessualen Stellung der Kindsmutter als Berufungsbeklagte nicht. Da zwischen den nicht verheirateten Kindseltern mangels gesetzlicher Grundlage keine gegenseitige Beistandspflicht für Prozesskosten besteht (siehe vorstehende Erwägung 2.4 f.), zu welcher die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär sein könnte, ist der Kindsmutter für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

4. Es bleibt über die Kostenverteilung des vorliegenden Berufungsverfahrens zu entscheiden. Gemäss Vereinbarung vom 15. Oktober 2018, Ziffer 7, übernimmt der Kindsvater/Berufungskläger die Gerichtskosten inkl. Kosten des Kinderanwalts sowie seine eigenen Anwaltskosten. Die Kosten für die Vertretung des Kindes sind zu den Gerichtskosten zu schlagen (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche für das Rechtsmittelverfahren in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (GebT, SGS BL 170.31) auf insgesamt CHF 3'800.00 (inkl. Kosten des Kindsvertreters von CHF 2'557.90) festgelegt werden.

Hinsichtlich der Parteikosten der Kindsmutter haben die Parteien den Entscheid angesichts des Gesuchs der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege dem Kantonsgericht überlassen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens mit einer Teilvereinbarung und dem Obsiegen des Kindsvaters betreffend Anwaltskostenvorschuss ist es nicht angebracht, dem Kindsvater eine Parteientschädigung an die Kindsmutter aufzuerlegen, vielmehr sind der Kindsmutter ihre eigenen Parteikosten für das vorliegende Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen. Zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Kindsmutter ist ihre Rechtsvertreterin Claudia Stehli gestützt auf Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO vom Kanton angemessen zu entschädigen. Deren geltend gemachter zeitlicher Aufwand gemäss Honorarnote vom 15. Oktober 2018 ist zu genehmigen und für die Verhandlung vor dem Kantonsgericht eine weitere Stunde hinzuzurechnen, sodass gesamthaft 13.26 Std. zu einem Ansatz von CHF 200.00 pro Stunde (§ 3 Abs. 2 der Tarifordnung über die Anwältinnen und Anwälte, TO, SGS BL 178.112), ausmachend CHF 2'652.00, zu vergüten sind. Nach Hinzurechnung der geltend gemachten Auslagen von CHF 68.10, der Mehrwertsteuer von 7.7% auf CHF 2'720.10 (= CHF 209.45) und der Trambillette von CHF 13.00 resultiert eine Entschädigung von CHF 2'942.55.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung gegen die Ziffern 1 und 4 der Verfügung des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 28. März 2018 wird zufolge Teilvereinbarung vom 15. Oktober 2018, welche richterlich genehmigt wird und integrierender Bestandteil dieses Entscheids bildet, als erledigt abgeschlossen.
 2. Ziffer 10 der Verfügung des Präsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 28. März 2018 wird in teilweiser Gutheissung der Berufung aufgehoben und der Antrag der Kindsmutter auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses zu Lasten des Kindsvaters für das vorinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
 3. Der Kindsmutter wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

4. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren von insgesamt CHF 3'800.00 (bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 1'242.10 und den Kosten für die Vertretung der Kinder von CHF 2'557.90) werden vereinbarungsgemäss dem Kindsvater/Berufungskläger auferlegt.

Dem Vertreter der Kinder, Advokat Pascal Riedo, wird ein Honorar von CHF 2'557.90 (inkl. MWSt. von CHF 182.90) aus dem vom Kindsvater/Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss ausbezahlt.

5. Der Kindsvater und die Kindsmutter haben je für ihre eigenen Parteikosten des vorliegenden Berufungsverfahrens aufzukommen.

6. Zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Kindsmutter wird deren Rechtsvertreterin, Advokatin Claudia Stehli, eine Entschädigung von CHF 2'942.55 (inkl. Auslagen von CHF 68.10, MWSt. von CHF 209.45 und Trambillette von CHF 13.00) aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Die Kindsmutter ist zur Nachzahlung dieser Entschädigung von CHF 2'942.55 verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 123 ZPO).

Präsidentin

Gerichtsschreiberin

Christine Baltzer-Bader

Karin Arber