

Dr. iur. Stefan Meichssner

Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege

Der Autor hat im Jahr 2007 in seiner Dissertation das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege eingehend behandelt und dabei die umfangreiche Praxis des Bundesgerichts analysiert. Er bietet mit den folgenden Ausführungen eine Zusammenfassung seiner Monografie und ein Update mit der neuesten Rechtsprechung an.

Rechtsgebiet(e): Rechtsgleichheit. Verfahrensgarantien. Willkürverbot; Notariats- und Anwaltsrecht

Zitiervorschlag: Stefan Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Geltungsbereich
 1. Persönlicher Geltungsbereich
 - 1.1 Natürliche Personen
 - 1.2 Juristische Personen und andere Rechtsgebilde
 2. Sachlicher Geltungsbereich
 - 2.1 Umfassender sachlicher Geltungsbereich
 - 2.2 Verfahren ohne Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
- III. Anspruchsvoraussetzungen
 1. Mittellosigkeit
 - 1.1 Begriff
 - 1.2 Bestimmung der Mittellosigkeit
 - 1.3 Notwendiger Lebensunterhalt (prozessualer Notbedarf)
 - 1.4 Einnahmen und Vermögen
 - 1.5 Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege
 2. Nicht-Aussichtslosigkeit
 - 2.1 Begriff
 - 2.2 Prüfung der Nicht-Aussichtslosigkeit
 - 2.3 Nicht-Aussichtslosigkeit in einzelnen Verfahren
 - 2.4 Befangenheit wegen Mitwirkung am Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege?
 3. Notwendigkeit
 - 3.1 Begriff
 - 3.2 Prüfung der Notwendigkeit
 - 3.3 Notwendigkeit in einzelnen Verfahren
- IV. Umfang
 1. Unentgeltliche Prozessführung
 - 1.1 Vorläufige Befreiung von den Verfahrenskosten
 - 1.2 Zeitlicher Umfang und Rückzahlungspflicht an den Staat
 2. Unentgeltliche Rechtsverbeiständung
 - 2.1 Person und Rechtsstellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes
 - 2.2 Anspruch auf Anwaltswechsel?
 - 2.3 Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes

I. Einleitung

[Rz 1] Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege¹ stellt sicher, dass auch der Mittellose Rechtsschutz erhält und seine Rechte mit gleich langen «Spiessen» wie der Begüterte durchsetzen kann. Niemandem soll allein deshalb der Zugang zur Rechtspflege verwehrt bleiben, weil ihm die notwendigen finanziellen Mittel fehlen. Hätte der Mittellose keine Möglichkeit, zu seinem Recht zu kommen, würde letztlich

nicht dasselbe Recht für alle gelten; insofern stellt die unentgeltliche Rechtspflege ein Mittel zur Umsetzung der Rechtsgleichheit im Prozess dar.²

[Rz 2] Aus der unentgeltlichen Rechtspflege fliessen zwei Teilansprüche: Die unentgeltliche Prozessführung beinhaltet eine vorläufige Befreiung des Mittellosen von Gebühren in Rechtsanwendungsverfahren, die nicht von vornherein aussichtslos sind; die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gibt dem Mittellosen in den gleichen Verfahren einen Anspruch auf die Dienste eines vorläufig vom Staat zu entschädigenden Rechtsanwaltes, soweit dessen Unterstützung notwendig ist.³

[Rz 3] Die unentgeltliche Rechtspflege ist nicht nur im einfachen Gesetzesrecht geregelt, sondern in Art. 29 Abs. 3 BV auch als Grundrecht mit positiven Leistungsansprüchen gegen den Staat ausgestaltet. Die grundrechtliche Verankerung macht deutlich, dass die unentgeltliche Rechtspflege einen «eigentlichen Pfeiler des Rechtsstaates»⁴ darstellt.⁵ Die bundesgerichtliche Kasuistik zum grundrechtlichen Anspruch ist derart umfangreich und detailliert, dass den entsprechenden Bestimmungen in den kantonalen und eidgenössischen Prozessgesetzen keine eigenständige Bedeutung zukommt. Es sind weder gesetzliche Regelungen noch Gerichtspraxen erkennbar, die über die «Minimalgarantie» von Art. 29 Abs. 3 BV hinaus gehen.⁶

[Rz 4] Der Autor hat das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege in seiner Dissertation behandelt, die 2008 publiziert wurde und auf die für eine vertiefte Auseinandersetzung verwiesen wird.⁷ Der vorliegende Beitrag stellt einerseits eine knappe (und späte) Zusammenfassung dieser Monografie dar und soll andererseits einen Überblick über die seit Redaktionsschluss für die Dissertation Ende 2007 ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung geben.⁸

¹ Vgl. aus der neueren Literatur zur unentgeltlichen Rechtspflege: ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, 2. Aufl. Bern 2006, Rz. 1546 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Kommentar, Zürich 2007, Rz. 27 ff. zu Art. 29; THOMAS GEISER, Art. 64, in: Niggli / Uerbersax / Wiprächtiger (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008; HELEN KELLER, § 225 Rz. 44 ff., in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg / Zürich / St. Gallen 2007; REGINA KIENER / WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Bern 2007, S. 429 ff.; STEFAN MEICHSSNER, *Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege* (Art. 29 Abs. 3 BV), Diss. Basel 2008; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 4.94 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER / MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 893 ff.; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 3048 ff.

² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 5.

³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 3 f.

⁴ BGE 132 I 201, 214 E. 8.2.

⁵ Die hervorragende Bedeutung des grundrechtlichen Anspruchs ist verfassungshistorisch bedingt und hängt wesentlich mit der bis vor kurzem fehlenden Bundeskompetenz auf dem Gebiet des Prozessrechts zusammen: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 6 ff.

⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 26 f.

⁷ MEICHSSNER (Anm. 1).

⁸ Die bis 2007 publizierte Rechtsprechung und Literatur wird deshalb im vorliegenden Beitrag grundsätzlich nicht zitiert, sondern es wird auf die entsprechenden Fundstellen in der Monografie verwiesen. In den Fussnoten finden nachfolgend nur seither gefällte Urteile und vereinzelt neueste Literatur Erwähnung, die in der Dissertation noch nicht berücksichtigt werden konnten.

II. Geltungsbereich

1. Persönlicher Geltungsbereich

1.1 Natürliche Personen

[Rz 5] War die unentgeltliche Rechtspflege anfänglich Schweizerinnen und Schweizern vorbehalten, öffnete das Bundesgericht den persönlichen Geltungsbereich später schrittweise in einer wenig stringenten Rechtsprechung auch Ausländern.⁹ Seit 1994 steht die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne eines Menschenrechts uneingeschränkt allen natürlichen Personen ungeachtet ihrer Nationalität und ihres Wohnsitzes zu.¹⁰ Willkürlich sind Bestimmungen, welche die Gewährleistung der unentgeltlichen Rechtspflege an Ausländer davon abhängig machen, ob der Heimatstaat gegenüber Schweizern Gegenrecht hält.¹¹

[Rz 6] Die unentgeltliche Rechtspflege ist höchstpersönlicher Natur; sie ist stets auf die Person bezogen, welche die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, und erlischt mit deren Tod. Ist das Gesuch im Zeitpunkt des Todes noch nicht behandelt, ist es folglich als gegenstandslos abzuschreiben.¹²

1.2 Juristische Personen und andere Rechtsgebilde

[Rz 7] Nebst den natürlichen Personen haben auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern nebst der Gesellschaft auch alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter mittellos sind.¹³ Nicht unter den persönlichen Geltungsbereich fallen hingegen die Konkurs- und die Nachlassmasse.¹⁴

[Rz 8] Die Frage, ob juristische Personen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Das Bundesgericht will einer juristischen Person ausnahmsweise einen Anspruch zugestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben der juristischen Person auch sämtliche wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind.¹⁵ Aufgrund der sozialstaatlichen Motivation der unentgeltlichen Rechtspflege muss letztere allerdings den Menschen vorbehalten sein und ist deshalb eine Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 29 Abs. 3 BV auf juristische Personen und andere rechtliche Gebilde ohne Rechtspersönlichkeit im Grundsatz abzulehnen. Im Normalfall kann eine juristische Person das Prozessrisiko besser tragen als ein Privater; wenn sie wegen eines Verfahrens

in finanzielle Nöte gerät und sich als nicht überlebensfähig erweist, soll sie nicht von staatlicher Prozesskostenhilfe profitieren können, sondern liquidiert werden.¹⁶

[Rz 9] Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008¹⁷ lässt in Art. 117 die Anspruchsberechtigung juristischer Personen offen, um der Rechtsanwendung im Einzelfall sachgerechte Lösungen zu erlauben, nachdem der Vorentwurf juristische Personen noch ausdrücklich von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen hatte.¹⁸

[Rz 10] Juristische Personen des öffentlichen Rechts können von vornherein nicht von der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren, die gemäss ihrer sozialen Zwecksetzung mittellosen Menschen wirksamen Rechtsschutz ermöglichen will.¹⁹

2. Sachlicher Geltungsbereich

2.1 Umfassender sachlicher Geltungsbereich

[Rz 11] Das Bundesgericht hat den sachlichen Geltungsbereich des Grundrechts auf unentgeltliche Rechtspflege über die Jahrzehnte kontinuierlich auf immer neue Verfahren ausgedehnt.²⁰ Heute kann der Mittellose grundsätzlich in allen streitigen und nichtstreitigen Verfahren der Rechtsanwendung – Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesse – von der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren; diese gewährleistet Chancengleichheit unabhängig vom Prozessgebiet für jedes staatliche Verfahren, in das der Mittellose einbezogen wird oder das zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist. Nicht entscheidend ist, ob das Verfahren vom Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz beherrscht wird.²¹

[Rz 12] Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, dass es der mittellosen Person in einem förmlichen, konkreten, rechtshängigen Verfahren um die «Wahrung ihrer Rechte»²² geht. Künftige Verfahren oder sämtliche zu erwartenden Massnahmen im Rahmen des Strafvollzugs sind ausserhalb des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 29 Abs. 3 BV. Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für Verfahren, die zur Durchsetzung individueller Rechte nicht unmittelbar nötig erscheinen, sind abzuweisen.²³

⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 34 ff.

¹⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 37 f.

¹¹ Unrecht in fremden Staaten darf keinesfalls unfaire Verfahren in der Schweiz rechtfertigen: vgl. MEICHSSNER (Anm. 1), S. 38.

¹² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 34.

¹³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 47.

¹⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 49.

¹⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 40 ff.; Urteil Bundesgericht 4A_517/2007 vom 14. Januar 2008, E. 3.2.

¹⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 44 f.

¹⁷ BBI 2009 S. 21 ff. Sie soll am 1. Januar 2011 in Kraft treten.

¹⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, in: BBI 2006 S. 7301; vgl. MEICHSSNER (Anm. 1), S. 44 f.

¹⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 51.

²⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 52 ff.

²¹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 61.

²² Art. 29 Abs. 3 BV.

²³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 62 f.

2.2 Verfahren ohne Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

[Rz 13] Nicht unter den sachlichen Geltungsbereichs der unentgeltlichen Rechtspflege fallen das Aufsichtsanzeigeverfahren, da dieses primär dem öffentlichen Interesse an einer korrekten Rechtsanwendung dient, das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, weil dem Mittellosen das Abwarten eines konkreten Anwendungsaktes der umstrittenen Norm zuzumuten ist, sowie selbstredend das Verfahren der Rechtssetzung. Für ein Wiedererwägungsgesuch muss die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden, wenn ausnahmsweise ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht.²⁴ Die blosse Rechtsberatung ausserhalb eines konkreten Verfahrens fällt schon begrifflich nicht unter die unentgeltliche Rechtspflege.²⁵

[Rz 14] Wer auf die staatliche Rechtspflege verzichtet und einen Streit in einem privaten Schiedsgerichtsverfahren austrägt, muss ohne Unterstützung seitens des Staats auskommen. Bundesgericht und herrschende Lehre verneinen einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit. Der Staat ist nicht gehalten, den Zugang zu Institutionen zu ermöglichen, die ihm nicht gehören.²⁶

[Rz 15] Für das «Einspracheverfahren» einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, weil die Pensionskasse keine hoheitlichen Befugnisse hat und das Verfahren keinen rechtsgestaltenden Hoheitsakt vorbereitet, sondern lediglich der internen Willensbildung dient. Auch der Umstand, dass die Vorsorgeeinrichtung öffentlich-rechtlich konstituiert und somit ein staatliches Organ ist, ändert daran nichts.²⁷

III. Anspruchsvoraussetzungen

1. Mittellosigkeit

1.1 Begriff

[Rz 16] Das soziale Grundrecht der unentgeltlichen Rechtspflege vermittelt von vornherein nur mittellosen Personen staatliche Leistungen. Die Mittellosigkeit lässt sich aber nicht mit absoluten Zahlen definieren, sondern ist eine relative Grösse, die sich anhand einer Gegenüberstellung der notwendigen finanziellen Verpflichtungen (Notbedarf) und der anrechenbaren finanziellen Mittel im konkreten Fall ergibt. Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass er Mittel beanspruchen müsste,

die zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie notwendig sind.²⁸

[Rz 17] Reichen die vorhandenen Mittel nicht oder gerade zur Deckung des Lebensunterhalts, liegt ohne weiteres Mittellosigkeit vor. Ergibt sich ein Überschuss, ist dieser mit den zu erwartenden Prozesskosten in Relation zu setzen; erlaubt der Überschuss dem Betroffenen die Tilgung der Prozesskosten innerhalb eines Jahres bis maximal zweier Jahre, liegt keine Mittellosigkeit vor.²⁹ Unterbleibt eine Abschätzung der mutmasslichen Gerichts- und Anwaltskosten, kann die Mittellosigkeit nicht beurteilt werden.³⁰

[Rz 18] Ist die Mittellosigkeit gegeben, sind die Gründe und ein allfälliges Verschulden des Betroffenen grundsätzlich unbeachtlich. Vorbehalten sind jedoch eigentliche Rechtsmissbrauchsfälle.³¹ Bei einem in mehreren Verfahren engagierten Gesuchsteller muss abgeklärt werden, ob ein allfälliger Überschuss bereits für ein anderes Verfahren aufgezehrt worden ist und folglich nicht mehr zur Verfügung steht.³²

1.2 Bestimmung der Mittellosigkeit

[Rz 19] Die Mittellosigkeit muss nach richtiger Auffassung im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch (noch) gegeben sein. Würde mit dem Bundesgericht³³ auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abgestellt, könnten mitunter prozessuale Leerläufe entstehen: Einer nach Gesuchseinreichung zu finanziellen Mitteln gekommenen Partei müsste die unentgeltliche Rechtspflege zunächst bewilligt werden, um anschliessend die gestundeten Kosten mit einem separaten Entscheid sogleich zurückzufordern.³⁴ Zutreffend ist aber, dass diejenigen finanziellen Mittel, die dem Gesuchsteller erst durch das Urteil zugesprochen werden, mangels effektivem Vorhandensein nicht berücksichtigt werden dürfen.³⁵ Sind seit dem Gesuch mehr als drei Jahre verstrichen, darf nicht unbesehen auf die veralteten Zahlen des

²⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 64 ff.

²⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 67 ff.

²⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 65.

²⁷ BGE 134 I 166, 170 f.E. 2.2.

²⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 72 ff.

²⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 75 f.; Urteil Bundesgericht 5D_40/2009 vom 9. April 2009, E. 3.2; Urteil Bundesgericht 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 3.1.

³⁰ Urteil Bundesgericht 5A_663/2007 vom 28. Januar 2008, E. 4.3.

³¹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 76 f. Als Missbrauch der unentgeltlichen Rechtspflege hat das Bundesgericht die Zession einer Forderung an einen Mittellosen taxiert: Urteil Bundesgericht 5A_270/2009 vom 5. Juni 2009, E. 3.3. Vgl. auch MEICHSSNER (Anm. 1), S. 103 f.

³² Urteil Bundesgericht 8C_530/2008 vom 25. September 2008, E. 4.4.4. Im Übrigen sind generell die nachgewiesenen Kosten aus früheren Prozessen als notwendige Ausgabenposten anzurechnen: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 94.

³³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 79; Urteil Bundesgericht 5D_40/2009 vom 9. April 2009, E. 3.2. Die sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen stellen seit jeher richtigerweise auf den Zeitpunkt des Entscheids ab: vgl. nachfolgend Anm. 34.

³⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 79; Urteil Kassationsgericht Zürich AA080029 vom 26. September 2008, E. III.1.a.

³⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 80.

Gesuchs abgestellt werden, sondern muss die Mittellosigkeit neu abgeklärt werden.³⁶

[Rz 20] Für die Abklärung der Mittellosigkeit gelangt in aller Regel die Untersuchungsmaxime zur Anwendung, obwohl die Bundesverfassung dies nicht vorschreibt.³⁷ Dies entbindet den Gesuchsteller indes in der Regel nicht von einer meist umfassenden Mitwirkungspflicht; er muss die Mittellosigkeit zumindest glaubhaft machen.³⁸ Die Behörde hat nur dort den Sachverhalt näher abzuklären, wo noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, etwa wenn sie aufgrund mangelhafter Angaben an der Richtigkeit Zweifel hat oder haben müsste.³⁹ Gegen Treu und Glauben verstösst das Gericht, wenn es dem Gesuchsteller, obwohl dieser ein aussagekräftiges Armenrechtszeugnis eingereicht hat, vorwirft, er hätte weitere Unterlagen einreichen müssen. Vielmehr liegt es am Gericht, den Gesuchsteller zur Einreichung ergänzender Unterlagen anzuhalten, falls es das amtliche Zeugnis als ungenügend erachtet.⁴⁰ Versäumt es der Gesuchsteller, die vom Gericht verlangten und zumutbaren Auskünfte fristgerecht zu erteilen, verletzt er seine Mitwirkungspflicht.⁴¹ Überspitzt formalistisch ist aber das Beharren auf einem amtlichen Zeugnis betreffend die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers, obwohl sich dessen Mittellosigkeit verlässlich bereits aus anderen Unterlagen ergibt.⁴²

³⁶ Urteil Bundesgericht 9C_800/2009 vom 19. Oktober 2009: Die II. sozialversicherungsrechtliche Abteilung ging mit Dass-Erwägungen (!) hart ins Gericht mit dem Aargauer Versicherungsgericht, das «bei einer derartigen Verfahrensverzögerung» vom Gesuchsteller zunächst ein neues Bedürftigkeitszeugnis hätte verlangen sollen und den Sachverhalt unvollständig festgestellt hatte.

³⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 77. Die Schweizerische Zivilprozessordnung statuiert den Untersuchungsgrundsatz nicht ausdrücklich. An der bisherigen Praxis soll sich aber gemäss Botschaft (Anm. 18), S. 83, nichts ändern.

³⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 77; Urteil Bundesgericht 5A_67/2009 vom 19. Februar 2009, E. 4.2 f.: Das Bundesgericht hielt fest, dass es dem Gesuchsteller möglich sein müsste, «zumindest eine einfache Gegenüberstellung von Ausgaben und Einnahmen einzureichen»; Urteil Kassationsgericht Zürich AA080026 vom 23. Dezember 2008, E. II.2.2b.

³⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 77 f.; Urteil Bundesgericht 5A_65/2009 vom 25. Februar 2009, E. 4.3: Das Aargauer Obergericht hatte die Verwertbarkeit einer Lebensversicherung und deren Anrechnung zum Steuerwert bejaht und in der Folge einen Anspruch des Gesuchstellers auf unentgeltliche Rechtspflege wegen fehlender Mittellosigkeit verneint. Der Gesuchsteller hatte es offenbar unterlassen, die Verpfändung der Versicherung substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Im Zweifel, ob Vermögen im Ausland herangezogen bzw. eine Immobilie weiter belehnt werden kann, muss Mittellosigkeit angenommen werden: Urteil Kassationsgericht Zürich AA080026 vom 23. Dezember 2008, E. II.2.2.b. Vgl. zur pragmatischen Vorgehensweise des Bundesverwaltungsgerichts: MOSER / BEUSCH / KNEUBÜHLER (Anm. 1), Rz. 4.110.

⁴⁰ Urteil Bundesgericht 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 4.3.

⁴¹ Urteil Kassationsgericht Zürich AA080036 vom 29. Dezember 2008, E. II.5b.aa.

⁴² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 78.

1.3 Notwendiger Lebensunterhalt (prozessualer Notbedarf)

[Rz 21] Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhalts darf nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden. Denn bei der unentgeltlichen Rechtspflege stehen nicht die Interessen der Gläubiger im Vordergrund, die tiefgreifende Eingriffe gegenüber dem Schuldner rechtfertigen, sondern geht es darum, dass sich der Rechtssuchende und seine Familie wegen eines Prozesses finanziell nicht unverhältnismässig einschränken müssen. Der notwendige Lebensunterhalt ist daher generell höher als das betriebsrechtliche Existenzminimum.⁴³ Der Grundbetrag gemäss Betriebsrecht wird praxisgemäss um einen gewissen Prozentsatz erhöht und anschliessend um die effektiven Kosten für Wohnung, Krankenkasse, Arbeitsweg, Alimente etc. ergänzt.⁴⁴

[Rz 22] Schulden schmälern das verfügbare Einkommen und Vermögen des Gesuchstellers genau gleich wie die Wohnungsmiete oder die Krankenkassenprämie, weshalb sie grundsätzlich als Ausgaben anzurechnen sind, sofern sie nachweislich abbezahlt werden. Wenn aber die Schulden im Zusammenhang mit zu teuren Kompetenzgütern oder nicht zwingend benötigten Konsumgütern stehen, ist eine Reduktion oder eine Nichtberücksichtigung in Betracht zu ziehen, da sonst dem Gesuchsteller indirekt ein «zu teures Leben» finanziert würde.⁴⁵

[Rz 23] Was die Berücksichtigung von Steuerschulden angeht, schafft das Bundesgericht in einem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheid vom 1. Juli 2009 endlich Klarheit. Es präzisiert, dass gemäss dem Effektivitätsgrundsatz nicht nur die laufenden Steuern, sondern auch tatsächlich bezahlte rückständige Steuerschulden als notwendige Ausgaben angerechnet werden müssen.⁴⁶

1.4 Einnahmen und Vermögen

[Rz 24] Der Gesuchsteller muss offenlegen, welche finanziellen Mittel ihm zur Bestreitung seines notwendigen Lebensunterhalts effektiv zur Verfügung stehen, wozu primär das Einkommen einschliesslich sämtlicher Zulagen und Boni

⁴³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 90.

⁴⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 91 ff. Im Kanton Aargau etwa wird der Grundbetrag um 25 Prozent erhöht, was für einen Alleinstehenden einen relevanten Grundbetrag von 1'500 Franken (gültig ab 1. Januar 2010) ausmacht. Im verwaltungsinternen Sozialversicherungsverfahren ist der Grundbetrag gemäss Kreisschreiben Rechtspflege (KSRP; gültig ab 01.01.2009), Anhang 2, um 30 Prozent zu erhöhen (vgl. www.bsv.admin.ch).

⁴⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 92 f.

⁴⁶ Urteil Bundesgericht 4D_30/2009 vom 1. Juli 2009, E. 5.2.1: Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die laufenden, effektiv bezahlten Steuern «sans doute» und im Gegensatz zum betriebsrechtlichen Existenzminimum zu berücksichtigen seien und gab zu, dass seine bisherige Rechtsprechung betreffend Anrechnung der rückständigen Steuern nicht «univoque» gewesen sei; MEICHSSNER (Anm. 1), S. 93.

gehört.⁴⁷ Selbstverständlich ist auch ein allfälliges Ersatz-einkommen z.B. aus Sozialversicherungen unabhängig von dessen Pfänd- oder Unpfändbarkeit zu berücksichtigen.⁴⁸ Blosser Anwartschaften dürfen aber nicht angerechnet werden.⁴⁹ Während ein Sozialhilfeempfänger grundsätzlich als mittellos im Sinne der unentgeltlichen Rechtspflege anzusehen ist,⁵⁰ gilt dies bei demjenigen, der Ergänzungsleistungen erhält, nicht automatisch.⁵¹

[Rz 25] Nebst dem Einkommen ist auch vorhandenes Vermögen heranzuziehen.⁵² Erzielt der Betroffene kein Einkommen, weil er seine Arbeitskraft freiwillig und in der Absicht, seine Ehefrau zu schädigen, nicht verwertet, ist ein Vermögensverzehr durchaus zumutbar.⁵³ Dem Betroffenen muss indes im Sinne eines Notgroschens ein gewisser Grundbetrag belassen werden, der nicht zur Prozessfinanzierung angetastet werden darf.⁵⁴ Diesbezüglich ist Vorsicht mit Pauschalisierungen geboten; denn es darf nicht unbesehen des konkreten Falles Vermögen über einem Freibetrag von 20'000 Franken generell angerechnet werden. Das Bundesgericht verlangt stets eine Würdigung der individuellen Umstände wie namentlich Alter und Gesundheit des Gesuchstellers. Während bei einem Ehepaar, das aufgrund eines tiefen Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit zum monatlichen Vermögensverzehr von rund 1'000 Franken gezwungen ist, ein Vermögen von 25'226 Franken vollumfänglich zum Notgroschen gehört,⁵⁵ darf bei einem jüngeren Ehepaar, das mit seinem monatlichen Einkommen den Lebensunterhalt gerade decken kann, das 10'000 Franken übersteigende Vermögen angerechnet werden.⁵⁶

[Rz 26] Bei Vermögen in der Gestalt von Immobilien ist zu beachten, dass diese Mittel regelmässig nicht kurzfristig zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. Auch sollte bedacht werden, dass ein Betroffener nach dem Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege – Ermöglichung der Rechtsverfolgung ohne übermässige Belastung des (Familien-)Budgets – nur zurückhaltend zur Eingehung weiterer Schulden gezwungen werden sollte. In durchschnittlichen Prozessen ist es wohl unverhältnismässig und damit verfassungswidrig, vom Gesuchsteller eine hypothekarische Mehrbelastung der von ihm selbst bewohnten Immobilie zu verlangen.⁵⁷

1.5 Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege

[Rz 27] Die Leistungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind grundsätzlich subsidiär zu anderen Ansprüchen, die einem Mittellosen zur Prozessfinanzierung zur Verfügung stehen.⁵⁸ Praktisch bedeutsam ist die eherechtliche Beistands- und Unterstützungspflicht, die dazu führt, dass ein verheirateter Gesuchsteller ohne eigene Mittel zunächst beim Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss geltend machen muss und ihm die unentgeltliche Rechtspflege erst gewährt wird, wenn nachweislich keine Mittel erhältlich sind.⁵⁹ Gegenüber der Verwandtenunterstützungspflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB geht die unentgeltliche Rechtspflege allerdings vor, da die Unterstützungspflicht Prozesskosten nicht erfasst.⁶⁰

[Rz 28] Besteht Deckung durch eine Rechtsschutzversicherung, bleibt von vornherein kein Raum für subsidiäre staatliche Prozessfinanzierung.⁶¹ Hingegen tritt die unentgeltliche Rechtspflege nicht als subsidiär zurück, wenn der Mittellose von einem patentierten Anwalt einer gemeinnützigen Organisation betreut wird, die einen gemeinnützigen Zweck unter Einschluss spezifischer Interessenwahrung im sozialrechtlichen Bereich verfolgt und ohne Honorar bzw. Prämien-erhebung tätig wird.⁶²

⁴⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 79 ff. Bei Ehepaaren, die in einem gemeinsamen Haushalt leben, sind die Einkommen zusammenzuzählen: Urteil Bundesgericht 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1.

⁴⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 82 f. Kein Ersatz-einkommen, sondern einen pauschalisierten Ersatz für behinderungsbedingte Mehrkosten, stellt hingegen die Hilflosenentschädigung dar: Urteil Bundesgericht I 615/06 vom 23. Juli 2007, E. 5.3 f.

⁴⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 80; Urteil Kassationsgericht Zürich AA080124 vom 16. Februar 2008, E.V.2.b.

⁵⁰ Urteil Bundesgericht 1C_45/2007 vom 30. November 2007, E. 6.3.

⁵¹ Urteil Bundesgericht 8C_530/2008 vom 25. September 2008, E. 4.2.

⁵² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 85.

⁵³ Urteil Kantonsgericht St. Gallen RF.2007.75 vom 5. Mai 2008, in: plädoyer 2/09, S. 67 ff.: Das Urteil betrifft die familienrechtliche Unterhaltspflicht, seine Kernaussagen haben jedoch m.E. durchaus auch für die unentgeltliche Rechtspflege Gültigkeit.

⁵⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 85 f.

⁵⁵ Urteil Bundesgericht 9C_874/2008 vom 11. Februar 2009, E. 2.2.2 und E. 3: Die IV-Rente und die Ergänzungsleistungen an die Ehefrau waren eingestellt worden und durften folglich nicht angerechnet werden. Der Vermögensverzehr wäre tatsächlich noch grösser gewesen, wenn auch die – gemäss Bundesgericht beim 53-jährigen selbständig erwerbenden Ehegatten nachvollziehbaren – Beiträge an die 3. Säule und die Prämien für eine freiwillige Krankentaggeldversicherung als notwendige Ausgaben berücksichtigt worden wären.

⁵⁶ Urteil Bundesgericht 8C_282/2008 vom 2. Juni 2008, E. 4: Dem Ehepaar war es zumutbar, das höherwertige von zwei Autos, die mit Wechselschilder

betrieben wurden, zu verkaufen.

⁵⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 87 f. Dient die Immobilie hingegen als Renditeobjekt, ist deren Veräusserung grundsätzlich zumutbar: Urteil Bundesgericht 5A_294/2008 vom 18. August 2008, E. 3.4.

⁵⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 80 f.

⁵⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 83 ff.; Urteil Bundesgericht 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1.

⁶⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 84 f.; Urteil Bundesgericht 5A_231/2009 vom 18. September 2009, E. 2.4.

⁶¹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 81.

⁶² BGE 135 I 1, 3 ff. E. 7.3 f.: Mit dem Bundesgericht kann umgekehrt gesagt werden, die Tätigkeit der gemeinnützigen Organisation ist im Anwendungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege subsidiär zu dieser. Der Anspruch auf Leistungen nach Art. 29 Abs. 3 BV gegen den Staat wird nicht durch den – mitunter zufälligen – Beizug einer gemeinnützigen Rechtsberatungsstelle konsumiert.

2. Nicht-Aussichtslosigkeit

2.1 Begriff

[Rz 29] Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt nicht, sämtliche Prozesse, die ein Mittelloser vom Zaun bricht, mit Steuergeldern zu unterstützen. Erscheint das Begehren schon zu Beginn aufgrund einer ersten oberflächlichen Prüfung als aussichtslos, kann die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden.⁶³ Nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts erscheinen Begehren als aussichtslos, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Nicht aussichtslos ist ein Begehren, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Entscheidend ist, ob sich eine Partei mit ausreichenden Mitteln bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde.⁶⁴

[Rz 30] Im Rechtsmittelverfahren ist nicht relevant, ob das angefochtene Urteil oder das vorinstanzliche Verfahren an einem Mangel leidet; entscheidend sind einzig die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels.⁶⁵ Ein Rechtsmittel, das den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht genügt, ist regelmässig aussichtslos.⁶⁶

2.2 Prüfung der Nicht-Aussichtslosigkeit

[Rz 31] Ob ein Begehren aussichtslos ist, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Diese Beurteilung *ex ante* schliesst nicht aus, dass erst später, bei der Fällung des Haupturteils, eine zurückbezogene Beurteilung der Erfolgchancen vorgenommen wird, solange nicht auf nachträglich erhobene Beweise abgestellt wird.⁶⁷

[Rz 32] Die Prüfung der Erfolgsaussichten ist summarischer Natur, bei der nicht ein allzu strenger Massstab anzulegen ist und es genügt, wenn die relevanten Tatsachen glaubhaft erstellt sind.⁶⁸ Entspricht die Rechtsauffassung des Mittellosen der bisherigen (Bundesgerichts-)Praxis, liegt keine Aussichtslosigkeit vor, selbst wenn sich eine Praxisänderung abzeichnet oder eine solche bereits angekündigt worden ist.⁶⁹

Das Bundesgericht prüft frei, welche Umstände bei der Beurteilung der Prozessaussichten in Betracht fallen und ob sie für oder gegen eine hinreichende Erfolgsaussicht sprechen, nur auf Willkür hingegen, ob und wieweit einzelne Tatumstände erstellt sind.⁷⁰

2.3 Nicht-Aussichtslosigkeit in einzelnen Verfahren

[Rz 33] Das klare Überklagen in einem Zivilprozess ist als aussichtsloses Begehren zu betrachten.⁷¹ Während hier eine Teilgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, nämlich für den angemessenen Teil der Forderung, möglich erscheint, lehnt das Bundesgericht im Bereich des Strafverfahrens eine Teilgewährung grundsätzlich ab, da eine gewisse Möglichkeit einer milderen Strafe zur Annahme hinreichender Erfolgsaussichten genügt.⁷² Auch ein Rechtsmittel im Zusammenhang mit einer umstrittenen Kombination von bedingter Entlassung aus dem Massnahmenvollzug mit einer ambulanten Behandlung hat hinreichende Erfolgsaussichten im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV.⁷³

[Rz 34] Wer als Schuldner gestützt auf Art. 191 SchKG um Eröffnung eines Konkurses ersucht, muss über ein gewisses Vermögen verfügen, um von der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren zu können. Ist dies nicht der Fall, ist die unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit abzulehnen, weil das Konkursverfahren mangels Aktiven gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG sogleich wieder einzustellen wäre.⁷⁴ Aussichtslos ist auch ein Begehren betreffend eine offensichtlich verjährte Forderung.⁷⁵

[Rz 35] Um sozialversicherungsrechtliche Leistungen auszulösen und haftpflichtrechtliche Ansprüche zu begründen, muss der natürliche Kausalzusammenhang zwischen einem Unfall und einer Verschlimmerung des Gesundheitszustandes überwiegend wahrscheinlich sein. Ist gemäss einem gerichtlichen Gutachten der Kausalzusammenhang nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 51 Prozent gegeben, liegt keine überwiegende Wahrscheinlichkeit vor und ist folglich die Klage gegen den Haftpflichtversicherer aussichtslos.⁷⁶

[Rz 36] Erfolgte eine behördliche Anordnung in Verletzung

⁶³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 96.

⁶⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 99 f.; MOSER / BEUSCH / KNEUBÜHLER (Anm. 1), Rz. 4.111 ff.; BGE 133 III 614, 616 E. 5 (= Praxis 5/2008 Nr. 50 S. 339 ff.); Urteil Bundesgericht 5A_206/2009 vom 23. April 2009, E. 3.1.

⁶⁵ Urteil Bundesgericht 5A_206/2009 vom 23. April 2009, E. 3.2; Urteil Bundesgericht 5A_188/2009 vom 7. April 2009, E. 2.2; Urteil Bundesgericht 5A_373/2008 vom 7. Juli 2008, E. 2.2.

⁶⁶ Urteil Kassationsgericht Zürich AA080124 vom 16. Februar 2009, E. II.2.

⁶⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 108 f.; Urteil Kassationsgericht Zürich AA080124 vom 16. Februar 2009, E. II.1.b.

⁶⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 106; Urteil Bundesgericht 2C_157/2008 vom 28. April 2008, E. 2.2.

⁶⁹ GEISER (Anm. 1), Rz. 22; MOSER / BEUSCH / KNEUBÜHLER (Anm. 1), Rz. 4.117. Keine Aussichtslosigkeit liegt vor, wenn der verfolgte Rechtsstandpunkt

im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegt bzw. nicht von vornherein unbegründet erscheint: Urteil Bundesgericht 5A_206/2009 vom 23. April 2009, E. 3.2.

⁷⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 107; Urteil Bundesgericht 5A_435/2008 vom 7. Oktober 2008, E. 2.

⁷¹ Urteil Bundesgericht 1B_296/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.4.

⁷² Urteil Bundesgericht 1B_296/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.4; Urteil Bundesgericht 1B_306/2008 vom 15. Januar 2009, E. 2.2.

⁷³ Urteil Bundesgericht 6B_102/2009 vom 14. April 2009, E. 4.4.

⁷⁴ BGE 133 III 614, 617 ff. E. 6.1.2 (= Praxis 5/2008 Nr. 50 S. 339 ff.).

⁷⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 101; Urteil Bundesgericht 4A_336/2008 vom 2. Februar 2008, E. 3 ff.: Die Verjährung einer Forderung aus einem Mandatsverhältnis war vorliegend nach dem anwendbaren rumänischen Recht bereits eingetreten.

⁷⁶ Urteil Bundesgericht 4A_397/2008 vom 23. September 2008, E. 4.

des Anspruchs auf rechtliches Gehör, kann ein Rechtsmittel nicht mit Hinweis auf den materiellen Ausgang des Verfahrens als aussichtslos bezeichnet werden.⁷⁷

[Rz 37] Wer ein Verfahren anstrengen muss, weil eine ausssergerichtliche Erledigung nicht möglich ist, wie etwa in familienrechtlichen Angelegenheiten, stellt grundsätzlich keine aussichtslosen Begehren.⁷⁸ Keinerlei Bedeutung kommt dem Kriterium der Nicht-Aussichtslosigkeit selbstredend im Bereich der notwendigen Verteidigung zu; hier besteht ein unbedingter Anspruch des Mittellosen auf unentgeltliche Rechtspflege.⁷⁹ Aber auch in Strafverfahren, in denen keine notwendige Verteidigung vorgesehen ist, darf Aussichtslosigkeit nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden, soweit eine lange Freiheitsstrafe, mithin ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit, zur Diskussion steht.⁸⁰ Generell sind Verfahren, die nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten betreffen, umso weniger aussichtslos, je stärker der Mittellose vom Ausgang des Verfahrens betroffen sein kann.⁸¹

2.4 Befangenheit wegen Mitwirkung am Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege?

[Rz 38] Die Mitwirkung eines Richters am Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege begründet nach der Auffassung von Bundesgericht und herrschender Lehre für sich allein noch keinen Ausstandsgrund für das Hauptverfahren. Erst wenn weitere Anhaltspunkte hinzutreten, aus denen eine besonders intensive Festlegung des Richters hervorgeht, so dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich erscheint, liegt eine verfassungswidrige Befangenheit vor. Die Mitwirkung ist allerdings nach Ansicht des Autors grundsätzlich problematisch, wenn das Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen wird, weil der Richter dadurch deutlich zum Ausdruck bringt, dass er ernsthaft mit einem Scheitern des Mittellosen rechnet.⁸²

⁷⁷ Urteil Bundesgericht 1C_339/2008 vom 24. September 2008, E. 2.1: Das Bundesgericht wies auf die formelle Natur des Gehörsanspruch hin, nach der eine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt.

⁷⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 111.

⁷⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 110 f.; BGE 134 I 92, 99 E. 3.2.1; Urteil Bundesgericht 1B_296/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.3.

⁸⁰ Urteil Bundesgericht 1B_296/2008 vom 11. Dezember 2008, E. 2.4: Der Beschwerdeführer war erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt worden. MEICHSSNER (Anm. 1), S. 110.

⁸¹ MÜLLER / SCHEFER (Anm. 1), S. 903.

⁸² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 113 ff. Der Mittellose muss hier berechnete Zweifel an der Offenheit des Verfahrens haben. Die Schweizerische Zivilprozessordnung verneint in Art. 47 Abs. 2 lit. a in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung einen Ausstandsgrund.

3. Notwendigkeit

3.1 Begriff

[Rz 39] Der Teilanspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung besteht nur, soweit eine anwaltliche Unterstützung des Mittellosen im Prozess notwendig ist.⁸³ In einfachen Fällen ist eine professionelle Vertretung sachlich nicht geboten und wäre es unverhältnismässig, zugunsten des Mittellosen auf Staatskosten einen Anwalt einzusetzen. So ist es dem Geschädigten nach der Auffassung des Bundesgerichts regelmässig zumutbar, seine Zivilansprüche adhäsionsweise selbst geltend zu machen.⁸⁴

[Rz 40] Einer mittellosen Person ist nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufweist, die den Beizug eines Rechtsanwalts erforderlich machen. Droht aber das Verfahren besonders stark in die Rechtsposition des Mittellosen einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands auf Gesuch hin grundsätzlich geboten, also auch wenn Schwierigkeiten nicht ohne weiteres nachgewiesen sind, im Übrigen nur dann, wenn zur relativen Schwere besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Betroffene auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre. Bagatellfälle führen weder zu einer schweren Betroffenheit noch bergen sie Schwierigkeiten, so dass sie generell keine anwaltliche Unterstützung erfordern.⁸⁵

3.2 Prüfung der Notwendigkeit

[Rz 41] Massgebend für die Abschätzung der Notwendigkeit sind stets die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung.⁸⁶ Ob ein konkretes Verfahren schwierig ist, beurteilt sich nach einem subjektiven Massstab. Es gilt abzuklären, ob der Mittellose aufgrund persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten und vor seinem sozialen Hintergrund auf sich

⁸³ Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV.

⁸⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 124. Im Urteil Bundesgericht 1B_119/2009 vom 27. August 2009, E. 5 f. wurde hingegen die Notwendigkeit für einen Geschädigten, der in Italien wohnte, einen Dolmetscher benötigte und Opfer eines Tötungsversuchs geworden war, «im vorliegenden konkreten Fall» bejaht. Im Urteil Bundesgericht 1B_151/2008 vom 17. November 2008 wies das Bundesgericht zwar in E. 4.1 darauf hin, dass die adhäsionsweise Geltendmachung von Zivilansprüchen «meist» keine besonderen Anforderungen an das Opfer stellen. Im konkreten Fall war das Strafverfahren zwar nicht besonders komplex, doch kam das Bundesgericht dennoch zum Schluss, dass es aufgrund von behördlichen Fehlern und Versäumnissen der Geschädigten ohne Anwalt nicht gelungen wäre, «erfolgreich auf eine korrekte Strafuntersuchung hinzuwirken» (E. 4.2 f.).

⁸⁵ Das Bundesgericht hat die drei Kategorien – besonders schwere, relativ schwere und leichte Fälle – für das Strafverfahren entwickelt; sie gelten aber auch für die übrigen Verfahren: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 120 f. und S. 124 ff.

⁸⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 126.

allein gestellt im Stande ist, seine Interessen wirksam wahrzunehmen.⁸⁷ Selbst in einer von der Untersuchungs- und Offizialmaxime beherrschten Unterhaltsstreitigkeit des Kindes gegen den Vater, in der das Kind von der Mutter gesetzlich vertreten wird, die in Kroatien eine juristische Ausbildung absolviert hat, kann eine zusätzliche unentgeltliche Verbeiständung geboten sein.⁸⁸

[Rz 42] Der Grundsatz der Subsidiarität gilt – freilich in etwas abgeschwächter Form – auch bei der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung, so dass ein Anspruch des Mittellosen auf diese entfallen kann, wenn die effektive Wahrung seiner Interessen auf andere Weise, d.h. ohne Beizug eines Anwalts, gewahrt ist.⁸⁹ Dies ist namentlich im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren der Fall, für welches das Bundesgericht unter Anwendung eines strengen Massstabs die Notwendigkeit anwaltlicher Unterstützung nur in Ausnahmefällen bejaht, wenn sich schwierige rechtliche und tatsächliche Fragen stellen und die Interessenwahrung durch Verbandsvertreter, Fürsorgestellten oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen ausser Betracht fällt.⁹⁰ Insbesondere im IV-Vorbescheidverfahren ist die unentgeltliche Rechtsverbeiständung «nur in Ausnahmefällen» geboten, weil sich die Betroffenen in einem «sachverhältniss wie rechtlich relativ einfach gelagerten Verwaltungsverfahren mit dem Beizug von Fach- und Vertrauensleuten sozialer Institutionen/unentgeltlicher Rechtsberatungen zu behelfen» haben.⁹¹

[Rz 43] Aus dem Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege, dem Mittellosen im Prozess Waffengleichheit zu garantieren, ist abzuleiten, dass die Unterstützung durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand regelmässig sachlich geboten ist, wenn auch die Gegenseite anwaltlich vertreten wird.⁹²

3.3 Notwendigkeit in einzelnen Verfahren

[Rz 44] Im Strafverfahren ist die unentgeltliche Rechtsverbeiständung eines mittellosen Beschuldigten grundsätzlich

geboten, wenn eine freiheitsentziehende Massnahme von erheblicher Tragweite oder eine Freiheitsstrafe droht, die aufgrund ihrer Dauer mindestens zu einem beträchtlichen Teil zu vollziehen ist; diesfalls ist von einem besonders schweren Fall auszugehen.⁹³ Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007⁹⁴ sieht die notwendige Verteidigung vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 1 Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht oder wenn die Untersuchungshaft 10 Tage und länger dauert.⁹⁵ Ausserdem besteht Anspruch auf amtliche Verteidigung, wenn sich konkret eine Freiheitsstrafe von wenigstens 4 Monaten oder 120 Tagesstrafen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden abzeichnet und mit tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten zu kämpfen ist, denen der Angeklagte alleine nicht gewachsen ist.⁹⁶

[Rz 45] Ein Rayonverbot für eine ganze Stadt sowie ein Kontaktverbot zum Ehepartner und den gemeinsamen Kindern ist für den Betroffenen von grosser Tragweite und wirft schwierige Rechtsfragen auf, erst recht, wenn die Anordnung in Verletzung des rechtlichen Gehörs angeordnet worden ist.⁹⁷

[Rz 46] Im Verfahren betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) will das Bundesgericht aufgrund von Art. 397a ZGB nur zurückhaltend einen Anwalt gewähren, obwohl die Massnahme besonders schwer in die persönliche Freiheit eingreift. In der Praxis wird aber die unentgeltliche Rechtsverbeiständung regelmässig gewährt, weil der Betroffene aufgrund persönlicher Umstände mit schwerer Krankheit meist nicht in der Lage ist, seine Interessen selbst wahrzunehmen.⁹⁸ In Grenz- und Zweifelsfällen ist somit angesichts der Schwere des Eingriffs zu Gunsten des Betroffenen zu entscheiden.⁹⁹ So kann der Betroffene, auch wenn er sich anlässlich der Verhandlung «eloquent» gebärden mag, seine Interessen nicht selbst effektiv wahrnehmen, wenn er süchtig ist und an ADS leidet.¹⁰⁰

⁸⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 130.

⁸⁸ Urteil Bundesgericht 5A_491/2007 vom 15. November 2007, 3.3: Nicht ausschlaggebend war, dass der Vater selbst nicht anwaltlich vertreten war. Das Bundesgericht bezweifelte hingegen, dass die Deutschkenntnis der Mutter eine wirksame Interessenvertretung ermöglichten.

⁸⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 121.

⁹⁰ Urteil Bundesgericht 9C_991/2008 vom 18. Mai 2009, E. 4.2 und E. 4.4.1: Der Hinweis, die Sachkunde der Sozialhilfebehörde sei gerichtsnötig, genügt nicht zur Ablehnung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung; es muss erstellt sein, dass die Behörde ihre Unterstützung auch tatsächlich angeboten hat. Vgl. auch BGE 132 V 200, 201 E. 4.1. Rechtsgrundlage für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bildet hier freilich nicht Art. 29 Abs. 3 BV, sondern Art. 37 Abs. 4 ATSG, der nach Ansicht des Bundesgerichts einen besonders strengen Massstab bei der Notwendigkeitsprüfung rechtfertigt: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 132.

⁹¹ Urteil Bundesgericht 9C_315/2009 vom 18. September 2009, E. 1 und 2.2.

⁹² MEICHSSNER (Anm. 1), S. 134 f.; MÜLLER / SCHEFER, S. 905.

⁹³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 127.

⁹⁴ BBI 2007, S. 6977 ff. Die StPO/CH soll am 1. Januar 2011 in Kraft treten.

⁹⁵ Art. 130 StPO/CH.

⁹⁶ Art. 132 StPO/CH. Das Gesetz hat hier offensichtlich die relativ schweren Fälle gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Auge.

⁹⁷ Urteil Bundesgericht 1C_339/2008 vom 24. September 2008, E. 2.2.

⁹⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 128; MÜLLER / SCHEFER (Anm. 1), S. 906; Urteil Bundesgericht 5A_595/2007 vom 26. November 2007, E. 3.2.2: Für die Beschwerdeführerin war es nicht von vornherein einfach, selbst eine wirksame Beschwerde zu verfassen, nachdem die FFE gestützt auf widersprüchliche Grundlagen von der Vorinstanz gestützt worden war.

⁹⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 128; Urteil Bundesgericht 5A_310/2008 vom 6. Juni 2008, E. 3.2 f.: Ein solcher Grenzfall und damit Notwendigkeit lag aufgrund gesundheitlicher Störungen, langjähriger Drogenabhängigkeit und deutlich beeinträchtigter Denkfähigkeit des Beschwerdeführers vor; Urteil Bundesgericht 5A_671/2008 vom 3. November 2008, E. 3.1 f., mit einer Übersicht über neuere Urteile im Bereich des FFE. Vgl. auch STEPHAN WOLF / DOMINIK SCHMID, in: ZBJV 2009, S. 706 ff.

¹⁰⁰ Urteil Bundesgericht 5A_671/2008 vom 3. November 2008, E. 3.3. Auch der Umstand, dass der schizophrene Betroffene anlässlich von Verhandlungen «luzide» gewirkt hat, lässt die Notwendigkeit bei einer

[Rz 47] Ein Obhutsentzug mit Fremdplatzierung greift stark in die persönlichen Verhältnisse ein und das Verfahren wirft komplizierte Fragen auf, denen ein Laie ohne anwaltliche Unterstützung kaum gewachsen ist.¹⁰¹ Demgegenüber braucht der Schuldner im Verfahren um definitive Rechtsöffnung keinen Anwalt, um mit Urkunden darzulegen, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet ist.¹⁰²

[Rz 48] Die ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen wie etwa die Ausschaffungshaft stellen schwere Eingriffe dar. Im Verfahren um Haftverlängerung über 3 Monate hinaus muss gemäss Bundesgericht auf Antrag die amtliche Verteidigung angeordnet werden, weil eine schwere Freiheitsbeschränkung droht, die mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen der Betroffene auf sich selbst gestellt mangels Kenntnisse der hiesigen Sprache und Verhältnisse nicht gewachsen ist.¹⁰³ Bei speziellen Umständen und besonderen rechtlichen Schwierigkeiten kann aber schon bei der erstmaligen Haftprüfung die unentgeltliche Rechtsverteidigung geboten sein.¹⁰⁴

[Rz 49] Bei der Durchsetzungshaft, die zunächst für 1 Monat angeordnet, dann jeweils für 2 Monate bis maximal 24 Monate verlängert wird,¹⁰⁵ erachtet das Bundesgericht die anwaltliche Unterstützung grundsätzlich bereits bei der Haftanordnung als geboten, wenn sich die Haft direkt an eine längere Ausschaffungshaft bzw. einen Strafvollzug anschliesst.¹⁰⁶

«relativ verworrenen Ausgangslage» nicht entfallen: Urteil Bundesgericht 5A_90/2008 vom 8. April 2008, E. 3.1 f.

¹⁰¹ Urteil Bundesgericht 5A_138/2008 vom 22. August 2008, E. 3.4.

¹⁰² Urteil Bundesgericht 5D_34/2008 vom 16. Juni 2008, E. 2.3.2.

¹⁰³ BGE 134 I 92, 100 f.E. 3.2.3: Das Bundesgericht statuierte hier praktisch eine notwendige Verteidigung. Es ging davon aus, dass selbst in einfachen Fällen eine anwaltliche Hilfe nötig ist: «Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird. War es innert drei Monaten nicht möglich, die Weg- oder Ausweisung zu vollziehen, erscheint fraglich, in welchem vernünftigen zeitlichen Rahmen dies absehbar sein wird.» Vgl. dazu RUTH HERZOG, in: Achermann / Caroni / Epiney / Kälin / Nguyen / Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, Bern 2009, S. 22 f.

¹⁰⁴ Urteil Bundesgericht 2C_906/2008 vom 28. April 2009 E. 2.2: Der Betroffene war schon vorher längere Zeit in Haft und es bestand ein «komplexes Verhältnis zwischen den asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren und Zuständigkeiten (...), die vom Betroffenen nicht ohne anwaltliche Beratung verstanden und im Haftprüfungsverfahren sachgerecht geltend gemacht werden können.» Vgl. dazu auch TOBIAS D. MEYER, in: Achermann / Caroni / Epiney / Kälin / Nguyen / Uebersax (Anm. 103), S. 165. Im Kanton Aargau z.B. ist gemäss § 27 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Ausländerrecht bereits ab einer Haftdauer von 20 Tagen die notwendige Verteidigung vorgesehen.

¹⁰⁵ Art. 78 Abs. 2 und Art. 79 AuG.

¹⁰⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 128; BGE 134 I 92, 101 f.E. 4.1 f.: Für die anschließenden Haftverlängerungen will das Bundesgericht die Notwendigkeit anwaltlicher Rechtsverteidigung nur noch bei besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten bejahen. Vgl. auch Urteil Bundesgericht 2C_706/2007 vom 24. Januar 2008, E. 2.5.2. Vgl. die Kritik bei WALTER KÄLIN, in: ZBJV 2009, S. 776 f.

IV. Umfang

1. Unentgeltliche Prozessführung

1.1 Vorläufige Befreiung von den Verfahrenskosten

[Rz 50] Sind bei Prozessbeginn die mutmasslichen Gebühren mittels Vorschüssen sicherzustellen, wie es im Zivilprozess dem Normalfall entspricht, muss der Mittellose im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege davon befreit werden, da ihm ansonsten der Zugang zum Gericht verwehrt bleibt. Die Befreiungswirkung der unentgeltlichen Rechtspflege umfasst nicht nur die Gebühren, sondern entfaltet sich auch auf eine allfällige Kautionspflicht bezüglich der gegnerischen Parteikosten.¹⁰⁷

[Rz 51] Die unentgeltliche Rechtspflege befreit den Mittellosen hingegen nicht von seiner Pflicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den obsiegenden Prozessgegner.¹⁰⁸ Letzterer trägt insofern ein erhebliches Risiko, seine Parteientschädigung beim Mittellosen nicht eintreiben zu können, was jedenfalls in denjenigen Fällen stossend wirkt, in denen eine Kautionspflicht bestünde.¹⁰⁹ Nur in Ausnahmefällen kann im Anwendungsbereich des Opferhilfegesetzes ein Anspruch auf Übernahme der gegnerischen Prozesskosten im Adhäsionsprozess bestehen, wenn das Prozessrisiko als psychologisches Hindernis für die Geltendmachung der Zivilansprüche erscheint.¹¹⁰

1.2 Zeitlicher Umfang und Rückzahlungspflicht an den Staat

[Rz 52] Die unentgeltliche Rechtspflege wird nur auf Gesuch hin gewährt; Art. 29 Abs. 3 BV verleiht keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege von Amtes wegen. Ein Gesuch kann aber jederzeit während eines Verfahrens gestellt werden. Ratsam ist freilich die Gesuchseinreichung auf den frühestmöglichen Zeitpunkt, weil grundsätzlich kein Anspruch auf rückwirkende Kostenbefreiung besteht, die Wirkungen also erst mit Einreichung des Gesuchs eintreten. Immerhin sind die Kosten erfasst, die im Zusammenhang mit der Gesuchseinreichung bzw. mit gleichzeitig eingereichten Begehren entstehen.¹¹¹

¹⁰⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 160.

¹⁰⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 163 ff.

¹⁰⁹ Denn dadurch wird der begüterten bzw. nicht mittellosen Partei der Zugang zur Rechtspflege erschwert, was zu einer Rechtsgleichheit führen kann: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 164 f.

¹¹⁰ Urteil Bundesgericht 1C_26/2008 vom 18. Juni 2008, E. 6.1: Weil aber im konkreten Fall das Opfer seinen Genugtuungsanspruch nicht adhäsionsweise im Strafverfahren, sondern in einem Zivilprozess durchsetzen wollte, in dem das Prozessrisiko grösser ist, mussten nach Ansicht des Bundesgerichts keine Kosten übernommen werden.

¹¹¹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 167 f. Ein früherer Verzicht auf die unentgeltliche Rechtspflege schliesst nicht aus, dass später im selben Verfahren erneut darum nachgesucht wird: Urteil Bundesgericht 5A_262/2008 vom 8.

[Rz 53] Die unentgeltliche Rechtspflege kann während des Verfahrens mit Wirkung *ex nunc* widerrufen werden, wenn die Mittellosigkeit nachträglich weggefallen ist oder nie bestanden hat. Hingegen ist ein Widerruf wegen nachträglich festgestellter Aussichtslosigkeit nur ganz ausnahmsweise statthaft, wenn der Betroffene nicht in guten Treuen auf den Bestand der Bewilligung vertrauen durfte.¹¹²

[Rz 54] Anders als die Bezeichnung vermuten liesse, beinhaltet unentgeltliche Rechtspflege keinen Anspruch auf «Gratisjustiz». Art. 29 Abs. 3 BV garantiert dem Mittellosen nur, aber immerhin den Zugang zur Rechtspflege.¹¹³ Es ist daher zulässig, den Mittellosen bei Abschluss des Verfahrens zur Kostentragung zu verpflichten, wenn gleichzeitig eine vorläufige Befreiung im Sinne einer Stundung angeordnet wird, bis aufgrund einer allfälligen Verbesserung der wirtschaftlichen Lage die Rückzahlung möglich ist.¹¹⁴

[Rz 55] Die Modalitäten, insbesondere die Fristen, innerhalb derer der Staat die Rückzahlung bei späterem Wegfall der Mittellosigkeit verlangen kann, sind unterschiedlich und häufig unbefriedigend geregelt.¹¹⁵ Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sieht für die Rückforderung eine Verwirkungsfrist von zehn Jahren nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens vor.¹¹⁶ Eine fristgerecht verfügte Rückerstattung begründet eine vererbliche Schuld.¹¹⁷

2. Unentgeltliche Rechtsverbeiständung

2.1 Person und Rechtsstellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes

[Rz 56] Jeder zugelassene Anwalt ist im Registerkanton verpflichtet, mittellose Rechtssuchende im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu vertreten.¹¹⁸ Korrelativ zu dieser Pflicht sind nur die zugelassenen Anwälte berechtigt, unentgeltliche Rechtsverbeiständungen zu übernehmen. Dies gilt selbstredend für den Monopolbereich, daneben aber generell in allen Verfahren, weil nur die zugelassenen Anwälte die geforderte Waffengleichheit zu gewährleisten vermögen.¹¹⁹

September 2008, E. 3.3. Wer es versäumt, das Gesuch mit der Beschwerde einzureichen, erhält für diese keine Entschädigung: Urteil Kassationsgericht Zürich AA080124 vom 16. Februar 2009, E. II.2.

¹¹² Unter Umständen hält sogar ein Widerruf mit Wirkung *ex tunc* vor der Verfassung stand: MEICHSSNER (Anm. 1), S. 172 ff.

¹¹³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 175 f.

¹¹⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 161 f.; Urteil Bundesgericht 6B_611/2008 vom 5. Dezember 2008, E. 2.4.2.4.4.

¹¹⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 177 f.

¹¹⁶ Art. 123 Abs. 2 ZPO/CH. Die anschliessende Vollstreckung richtet sich nach kantonalem Recht. Im Kanton Aargau z.B. ist nach § 5 VRPG eine absolute Verjährungsfrist von zwanzig Jahren zu beachten. Vgl. auch GEISER (Anm. 1), Rz. 45.

¹¹⁷ GEISER (Anm. 1), Rz. 46.

¹¹⁸ Art. 12 lit. g BGFA; MEICHSSNER (Anm. 1), S. 192 ff.

¹¹⁹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 186 ff.

[Rz 57] Der Anwalt wird vom Staat eingesetzt und tritt zu ihm in eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung.¹²⁰ Der Mittellose hat kein freies Wahlrecht hinsichtlich der Person des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, doch wäre die Ablehnung eines zugelassenen Anwalt, der für den Betroffenen bereits tätig geworden ist, von ihm gewünscht wird, sein Vertrauen geniesst und auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einreicht, grundsätzlich willkürlich.¹²¹ Allerdings können Anwälte, die in grosser Distanz zum Verfahrensort praktizieren, unter Hinweis auf die höheren Kosten und auf die zu erwartenden Absenzen bei Einvernahmen abgelehnt werden.¹²²

2.2 Anspruch auf Anwaltswechsel?

[Rz 58] Die Gerichte müssen sich relativ häufig mit der Frage befassen, ob ein amtlicher Verteidiger auf Gesuch des Angeeschuldigten durch einen neuen Anwalt zu ersetzen ist. Eine solche Auswechslung hat nach Auffassung des Bundesgerichts nur bei Vorliegen objektiver Gründe, die eine sachgemässe Vertretung der Interessen des Angeklagten nicht mehr gewährleisten, zu erfolgen. Vom Angeschuldigten darf erwartet werden, dass er konstruktiv mit seinem amtlichen Verteidiger zusammenarbeitet und diesen nicht bloss als unkritisches Sprachrohr «missbraucht». Nur schwere Pflichtverletzungen des Officialverteidigers wie krasse Frist- und Terminversäumnisse und offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten gebieten ein Absetzen des amtlichen Verteidigers. Eine einmalige Unpünktlichkeit des Anwalts bei einer Einvernahme stellt hingegen ebenso wenig einen objektiven Grund für einen Verteidigerwechsel dar wie die nicht vollständige Weiterleitung von Aktenkopien oder die Weigerung, eine Psychiaterin zu kontaktieren.¹²³

[Rz 59] Praktiziert der frühere unentgeltliche Rechtsbeistand nicht mehr, kann das Gesuch für die Bestellung eines neuen Anwalts nicht mit der Begründung abgelehnt werden, ein Anwaltswechsel sei der Gesuchstellerin früher verweigert worden und sie habe in der Folge auf den bewilligten unentgeltlichen Rechtsbeistand verzichtet.¹²⁴

¹²⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 196; Urteil Bundesgericht 1B_74/2008 vom 18. Juni 2008, E. 4.

¹²¹ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 197 f. Vgl. Urteil Bundesgericht 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.1.

¹²² Urteil Bundesgericht 1B_74/2008 vom 18. Juni 2008, E. 6: Für ein Strafverfahren im Kanton Freiburg wünschte der Beschuldigte einen Anwalt aus Binningen (BL). Dieser verzichtete, um die Reisespesen tief zu halten, auf Teilnahme bei den meisten Einvernahmen. Dies lag jedoch für das Bundesgericht nicht im Interesse der Rechtspflege.

¹²³ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 198 f.; Urteil Bundesgericht 1B_67/2009 vom 14. Juli 2009, E. 2.2 ff. Vgl. Art. 134 Abs. 2 StPO/CH. Gemäss KELLER (Anm. 1), Rz. 49, ist die Hürde für den Anwaltswechsel «zu hoch angesetzt».

¹²⁴ Urteil Bundesgericht 5A_262/2008 vom 8. September 2008, E. 3.3.

2.3 Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbestandes

[Rz 60] Dem Anwalt ist es verwehrt, für Mandate, in denen er als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt worden ist, vom mittellosen Mandanten zusätzlich ein Honorar zu verlangen. Verstösst ein Anwalt gegen dieses Verbot, übt er seinen Beruf nicht gewissenhaft und sorgfältig im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA aus.¹²⁵ Der Entschädigungsanspruch des eingesetzten Anwaltes richtet sich gegen den Staat, der ihn zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe eingesetzt hat.¹²⁶

[Rz 61] Im Falle des Obsiegens ist der Entschädigungsanspruch insofern subsidiär, als er erst zum Tragen kommt, wenn die Parteientschädigung von der unterliegenden Gegenseite nicht erhältlich ist.¹²⁷ Denn der Umstand, dass jemand unentgeltlich prozessiert, bleibt ohne Auswirkung auf die prozessuale Kostenverlegung; nur weil eine Partei unentgeltlich prozessiert, darf ihr im Falle des Obsiegens die Parteientschädigung durch den Prozessgegner nicht verwehrt werden.¹²⁸ Greift aber die subsidiäre staatliche Entschädigung Platz, ist eine Reduktion der gerichtlich zugesprochenen Parteientschädigung nach der umstrittenen Rechtsprechung des Bundesgerichts nach wie vor zulässig.¹²⁹

[Rz 62] Bei der Bemessung der amtlichen Entschädigung verfügen die Behörden über einen grossen Ermessensspielraum. Vor kantonalen Behörden und Gerichten bemisst sich die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbestandes nach kantonalem Recht, dessen Auslegung und Anwendung das Bundesgericht nur dann zu einem Einschreiten veranlasst, wenn sie das Willkürverbot verletzt, weil die Honorarfestsetzung ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu

den geleisteten Diensten steht und in krasser Weise gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstösst.¹³⁰

[Rz 63] Zu entschädigen sind nur die Kosten, die zur Wahrung der Rechte objektiv nötig sind, in einem kausalen Verhältnis stehen sowie verhältnismässig und ausgewiesen sind, wobei aber dem unentgeltlichen Rechtsbeistand ein Handlungsspielraum verbleiben muss und ihm eine effektive Mandatsausübung garantiert bleiben muss. Die Voraussetzung der Notwendigkeit bestimmt den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung damit nicht nur qualitativ – Bestellung des Anwalts –, sondern auch in quantitativer Hinsicht – Umfang der Entschädigung.¹³¹ Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege umfasst grundsätzlich auch mit dem Hauptprozess zusammenhängende Neben- und Zwischenverfahren, insbesondere ein Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen.¹³² Die Reisezeit des Anwaltes zu Gefangenenbesuchen ist ebenfalls zu entschädigen, wobei ein reduzierter Ansatz statthaft ist.¹³³

[Rz 64] Während die Anwaltschaft lange Zeit unentgeltliche Rechtsverteidigungen zu deutlich unter dem Üblichen liegenden Ansätzen übernehmen musste, die ihr nur gerade die Selbstkosten zu decken hatten,¹³⁴ besteht seit 2006 ein verfassungsmässiger Anspruch auf eine Entschädigung, die zwar einen bescheidenen, aber doch nicht mehr bloss symbolischen Verdienst gewährleistet; die Untergrenze liegt bei einem Stundenansatz von 180 Franken.¹³⁵ Die in der Lehre erhobene Kritik gegen diese Praxis, welche nach wie vor eine im Vergleich zur üblichen Parteientschädigung reduzierte amtliche Entschädigung zulässt,¹³⁶ muss aufrechterhalten bleiben. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass zu tiefe Ansätze zu einer Beeinträchtigung der Waffengleichheit führen können.¹³⁷

¹²⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 199 f.; Beschluss der Aufsichtskommission Zürich über die Anwältinnen und Anwälte KG080003 vom 6. November 2008, in: plädoyer 1/09, S. 78 f. Der Anwalt als potenzieller unentgeltlicher Rechtsbeistand steht nicht selten vor dem Problem, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fraglich ist und mit einer Verweigerung gerechnet werden muss, nachdem schon beträchtlicher Aufwand angefallen ist. Dem Anwalt muss es in solchen Zweifelsfällen gestattet sein, vom Mandanten einen bedingten Kostenvorschuss zu verlangen, der zurückzuzahlen ist, wenn die beantragte unentgeltliche Rechtspflege doch noch gewährt wird. Einem Anwalt ist es nur dann verboten, von der mittellosen Partei zusätzlich ein Honorar zu verlangen, wenn er tatsächlich als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt worden ist, was bei einem pendentem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gerade nicht der Fall ist. Vgl. MEICHSSNER (Anm. 1), S. 199. Eine andere Meinung vertritt z.B. die Justizkommission des Luzerner Obergerichts, in: Die unentgeltliche Rechtspflege in der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern (§§ 130-138 ZPO), 3. Aufl., Luzern, 2006, S. 38.

¹²⁶ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 199.

¹²⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 203 f.; Urteil Bundesgericht 5A_388/2009 vom 29. Juni 2009, E. 3.2.

¹²⁸ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 200 und S. 203; Urteil Bundesgericht 5A_388/2009 vom 29. Juni 2009, E. 3.2; Urteil Bundesgericht 5A_849/2008 vom 9. Februar 2009, E. 2.2.1.

¹²⁹ Urteil Bundesgericht 5A_388/2009 vom 29. Juni 2009, E. 3.2. Vgl. MEICHSSNER (Anm. 1), S. 206 ff.

¹³⁰ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 205; Urteil Bundesgericht 6B_226/2009 vom 16. Juli 2009, E. 2.3; Urteil Bundesgericht 9C_991/2008 vom 18. Mai 2009, E. 3.1.1; Urteil Bundesgericht 6B_102/2009 vom 14. April 2009, E. 2; Urteil Bundesgericht 9C_951/2008 vom 20. März 2009, E. 5.3.

¹³¹ Urteil Bundesgericht 6B_226/2009 vom 16. Juli 2009, E. 2.3. Vor dem Willkürverbot hält eine Entschädigung mittels Pauschalhonorar grundsätzlich stand. Dass allerdings das Stundenblatt keine taugliche Grundlage für die Überprüfung des geltend gemachten Stundenansatzes sein soll, leuchtet nicht recht ein, da zwingend 180 Franken pro Stunde geschuldet sind: Urteil Bundesgericht 5D_78/2008 vom 16. Januar 2009, E. 4 und E. 5.2.

¹³² Urteil Bundesgericht 5A_710/2008 vom 12. Januar 2009, E. 3.3.2.

¹³³ Urteil Bundesgericht 6B_136/2009 vom 12. Mai 2009, E. 4.4.

¹³⁴ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 206 ff.

¹³⁵ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 207 ff.; Urteil Bundesgericht 6B_102/2009 vom 14. April 2009, E. 2. Weshalb gemäss Urteil Bundesgericht 5D_145/2007 vom 5. Februar 2008, E. 3.3.2, der Mindestansatz von 180 Franken nur für die amtliche Verteidigung, nicht aber für die unentgeltliche Rechtsverteidigung im Zivilverfahren gelten soll, ist unverständlich.

¹³⁶ Vgl. Reglement über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3) vom 31. März 2006, Art. 10.

¹³⁷ MEICHSSNER (Anm. 1), S. 209 f.

[Rz 65] Das Gericht muss die Festsetzung der amtlichen Entschädigung begründen, wenn der unentgeltliche Rechtsbeistand eine Kostennote einreicht und es die Entschädigung abweichend davon auf einen bestimmten nicht der Praxis entsprechenden Betrag festsetzt. Zu jeder vorgenommenen Reduktion der Kostennote hat das Gericht zumindest kurz auszuführen, aus welchem konkreten Grund die Aufwendungen oder Auslagen als unnötig erachtet werden.¹³⁸

[Rz 66] Eine Entschädigung von 10'375 Franken für die Verteidigung vor zweiter Instanz in einem Strafverfahren wegen Betrugs, Urkundenfälschung und Veruntreuung ist nicht willkürlich tief.¹³⁹ Hingegen verfällt das Gericht in Willkür, wenn es von Amtes wegen eine von der Vorinstanz bereits von 33,25 auf 23 Stunden gekürzte Kostennote noch einmal drastisch auf 5,5 Stunden kürzt, wenn offensichtlich ist, dass die detailliert ausgewiesene Arbeit nicht innert der vergüteten Zeit erbracht werden kann.¹⁴⁰ Ein zu krasses Missverhältnis zwischen fakturiertem und zugesprochenem Aufwand erweckt beim Bundesgericht grundsätzlich Bedenken.¹⁴¹

[Rz 67] In prozessualer Hinsicht¹⁴² ist zu beachten, dass gegen die amtliche Entschädigung ausschliesslich der Anwalt zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist, während die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung einzig von der mittellosen Partei angefochten werden kann. Auch gegen eine falsche Kostenverlegung gemäss dem Unterliegensprinzip kann einzig die Partei, nicht jedoch deren Anwalt, vorgehen, selbst wenn er als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt worden ist.¹⁴³ Streitet der Anwalt um die amtliche Entschädigung, steht ihm kraft Verfassung sowohl im bundesgerichtlichen als auch im kantonalen Verfahren im Rahmen des erforderlichen Aufwandes und des Obsiegens eine Parteientschädigung zu.¹⁴⁴

Dr. iur. Stefan Meichssner ist als selbständiger Rechtsanwalt in Frick beratend und forensisch tätig und Ersatzrichter am Handelsgericht des Kantons Aargau: www.meichssner.ch.

* * *

¹³⁸ MEICHSNER (Anm. 1), S. 206; Urteil Bundesgericht 9C_991/2008 vom 18. Mai 2009, E. 3.1.2.

¹³⁹ Urteil 6B_226/2009 vom 16. Juli 2009, E. 2.5: Dem Rechtsbeistand wurden 50 Stunden zugestanden, nachdem er für das erstinstanzliche Verfahren bereits für 103,4 Stunden entschädigt worden war.

¹⁴⁰ Urteil 5D_88/2008 vom 14. August 2008, E. 4.3.

¹⁴¹ Urteil 5D_175/2008 vom 6. Februar 2009, E. 5.5: Die eingereichte Kostennote in der Höhe von 1'617 Franken war von der Vorinstanz ohne triftige Begründung auf 452 Franken gekürzt worden.

¹⁴² Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes kann nicht detailliert auf die prozessuale Geltendmachung der unentgeltlichen Rechtspflege eingegangen werden.

¹⁴³ Urteil 9C_991/2008 vom 18. Mai 2009, E. 2.2.1: Gemäss Bundesgericht schuldet der Mittellose dem Anwalt kein weiteres Honorar, so dass er kein schutzwürdiges Interesse an einer Anfechtung habe. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass der Mittellose dem Staat rückerstattungspflichtig ist und somit sehr wohl ein Interesse an einer Überprüfung der Entschädigung haben kann. Das Bundesgericht räumt auch ein, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand faktisch ein Interesse an einer höheren Gewichtung des Obsiegens haben könne, weil er in diesem Fall mehr verdiene, als wenn er sich mit der tieferen amtlichen Entschädigung begnügen müsse.

¹⁴⁴ Urteil Bundesgericht 8C_629/2007 vom 3. November 2008, E. 5.2.1.