

Marc Häusler / Reto Ferrari-Visca

Der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren, insbesondere in Verfahren vor kommunalen Behörden, stellt sich immer wieder die Frage, ob das Gemeinwesen verpflichtet ist, einer Partei einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Verfügung zu stellen. Der Beitrag soll anhand des Beispiels des Kantons Bern aufzeigen, ob und unter welchen Voraussetzungen im Verwaltungsverfahren ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand besteht. Ebenfalls wird das Verfahren um Erlangung des unentgeltlichen Rechtsbeistands sowie die Verteilung der Verfahrens- und Parteikosten behandelt.

Rechtsgebiet(e): Verwaltungsverfahren; Beiträge

Zitiervorschlag: Marc Häusler / Reto Ferrari-Visca, Der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand im Verwaltungsverfahren, in: Jusletter 24. Oktober 2011

Inhaltsübersicht

- I. Inhalt und Funktion
- II. Geltungsbereich
 1. Persönlicher Geltungsbereich
 2. Sachlicher Geltungsbereich
- III. Voraussetzungen
 1. Allgemeines
 2. Parteistellung
 3. Mittellosigkeit
 4. Nicht-Aussichtslosigkeit
 5. Notwendigkeit
- IV. Verfahren zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege
- V. Verlegung der Partei- und Verfahrenskosten
 1. Parteikosten
 2. Verfahrenskosten
- VI. Nachzahlung
- VII. Fazit

I. Inhalt und Funktion

[Rz 1] Das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege ist verfassungsmässig in Art. 29 Abs. 3 BV¹ und Art. 26 Abs. 3 KV² verankert und wird für das kantonale Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren in Art. 111 ff. VRPG³ konkretisiert⁴. Es gehört zu den sozialen Grundrechten, welches den Staat zu einer positiven Leistung verpflichtet und dem Einzelnen entsprechende Leistungsansprüche vermittelt⁵.

[Rz 2] Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege⁶ umfasst einerseits den Anspruch auf ein kostenloses Verfahren, d.h. auf Befreiung von den Verfahrenskosten⁷ sowie allfälligen Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (Art. 111 Abs. 1 VRPG⁸, sog. unentgeltliche Rechtspflege im engeren Sinne), und andererseits den Anspruch auf unentgeltliche

Beiordnung eines Anwalts (Art. 111 Abs. 2 VRPG⁹, sog. unentgeltlicher Rechtsbeistand). Wenn für ein Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege im engeren Sinne zu gewähren ist, umfasst die Befreiungswirkung die Vorschüsse für sämtliche prozessualen Handlungen, d.h. auch für ausserordentliche Kosten¹⁰. Als unentgeltlicher Rechtsbeistand können nur patentierte Anwälte bestellt werden, welche im Anwaltsregister eingetragen sind und somit die Voraussetzungen von Art. 8 BGFA¹¹ erfüllen¹². Der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand vermittelt nicht das Recht auf freie Wahl der anwaltlichen Vertretung¹³. In der Regel wird aber eine bereits beigezogene Rechtsvertretung als unentgeltlicher Rechtsbeistand akzeptiert¹⁴.

[Rz 3] Zu beachten ist, dass die unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Verpflichtung befreit, der obsiegenden Gegenpartei eine allfällige Parteientschädigung zu bezahlen¹⁵.

[Rz 4] Ziel der unentgeltlichen Rechtspflege ist es, eine gewisse Waffengleichheit zu gewährleisten. Jede Person soll grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre finanzielle Situation unter den vom Gesetz und von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen¹⁶ Zugang zu den Behörden bzw. zum Gericht und Anspruch auf eine Rechtsvertretung haben¹⁷. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege stellt ausserdem eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots dar (Art. 8 Abs. 1 BV) und ist Ausdruck der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV)¹⁸. Das Bundesgericht bezeichnet das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege daher zu Recht als «eigentlichen Pfeiler des Rechtsstaates»¹⁹.

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

² Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁴ In der Rechtsprechung und Lehre wird Art. 29 Abs. 3 BV häufig als Minimalgarantie bezeichnet. In der kantonalen und eidgenössischen Prozessgesetzgebung sind jedoch keine Bestimmungen ersichtlich, welche über diese «Minimalgarantie» hinaus gehen würden (MEICHSSNER STEFAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], S. 25 ff.).

⁵ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007, S. 429.

⁶ Die Terminologie ist je nach Erlass unterschiedlich. Die BV, die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) und die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312) verwenden den Begriff unentgeltliche Rechtspflege, während die KV von unentgeltlichem Rechtsschutz spricht und das VRPG den Terminus unentgeltliche Prozessführung gebraucht. Im vorliegenden Beitrag wird der Einfachheit halber ausschliesslich von unentgeltlicher Rechtspflege gesprochen.

⁷ Zum Begriff der Verfahrenskosten siehe Art. 103 Abs. 1 VRPG.

⁸ Vgl. auch die entsprechende Regelung auf Bundesebene in Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁹ Vgl. auch die entsprechende Regelung auf Bundesebene in Art. 65 Abs. 2 VwVG.

¹⁰ BGE 135 I 102 E. 3.1 S. 104.

¹¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

¹² BGE 132 V 200 E. 5.1.3 S. 204 f. Vgl. auch BGE 135 I 1 für die Voraussetzungen zur Bestellung eines Rechtsanwalts als unentgeltlichen Rechtsbeistand, welcher für eine gemeinnützige Organisation tätig ist.

¹³ BGE 125 I 161 E. 3b S. 164; BGE 114 Ia 101 E. 3 S. 104. Im Anwaltsregister eingetragene Anwälte sind dafür auch standesrechtlich verpflichtet, im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen (Art. 12 lit. g BFGA).

¹⁴ MÜLLER MARKUS, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 2011, S. 254; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 22 zu Art. 111. Vgl. Art. 133 Abs. 2 StPO, wonach bei der Bestellung der amtlichen Verteidigung nach Möglichkeit die Wünsche der beschuldigten Person zu berücksichtigen sind.

¹⁵ BGE 122 I 322 E. 2c S. 324 f.; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 5 zu Art. 111. Vgl. Art. 118 Abs. 3 ZPO, welcher ausdrücklich festhält, dass die unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die (obsiegende) Gegenpartei befreit.

¹⁶ Siehe Ziffer III. hiernach.

¹⁷ BGE 131 I 350 E. 3.1 S. 355; BGE 120 Ia 217 E. 1 S. 218 f.; BGE 119 Ia 134 E. 4 S. 135.

¹⁸ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, a.a.O., S. 429.

¹⁹ BGE 132 I 201 E. 8.2 S. 214.

II. Geltungsbereich

1. Persönlicher Geltungsbereich

[Rz 5] Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat jede natürliche Person ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Wohnsitzes²⁰. Der Anspruch ist höchstpersönlicher Natur. Er wird nur einer bestimmten Partei persönlich erteilt und ist nicht vererblich. Er entfaltet gegenüber allfälligen Rechtsnachfolgern keine Wirkungen²¹.

[Rz 6] Bei Vorliegen einer Streitgenossenschaft steht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege jedem einzelnen Streitgenossen unabhängig von den finanziellen und persönlichen Verhältnissen der anderen zu²².

[Rz 7] Neben natürlichen Personen wird auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege gewährt, sofern sowohl die Gesellschaft als auch alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter mittellos²³ sind²⁴.

[Rz 8] Juristische Personen haben hingegen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Sie sind weder arm noch bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen²⁵. Rechtsfähigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (wie z.B. Gemeinden) wird daher die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt²⁶.

[Rz 9] Konkurs- und Nachlassmassen haben grundsätzlich ebenfalls keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege²⁷.

2. Sachlicher Geltungsbereich

[Rz 10] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts

besteht ein verfassungsmässiger Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für jedes staatliche Verfahren, in welches die betroffene Partei einbezogen wird oder welches zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Nicht entscheidend ist dabei die Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen oder jene des in Frage stehenden Verfahrens²⁸. Die Parteien haben somit Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und mithin auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand in sämtlichen kommunalen und kantonalen Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren²⁹. Dies gilt auch für nichtstreitige Verwaltungsverfahren auf Erlass einer Verfügung, obwohl in diesen Verfahren gemäss Art. 107 Abs. 3 VRPG kein Anspruch auf Parteikostenersatz besteht³⁰. So hat z.B. eine Mutter, welcher in einem Verfahren vor der kommunalen Vormundschaftsbehörde die elterliche Obhut über ihr Kind entzogen werden soll, für die Abwehr dieser Massnahme grundsätzlich Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand³¹, sofern sämtliche Voraussetzungen dafür (vgl. Ziff. III, hiernach) erfüllt sind. Dass eine Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands in kommunalen Verfahren vom Gesetzgeber grundsätzlich vorgesehen ist, lässt sich auch aus dem Hinweis in Art. 42 Abs. 6 KAG³² ableiten, welcher die Entschädigung amtlich bestellter Anwälte in Verfahren vor den Gemeindebehörden ausdrücklich regelt.

[Rz 11] Kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht in Schiedsgerichtsverfahren³³ sowie in aufsichtsrechtlichen Anzeigeverfahren gemäss Art. 101 VRPG³⁴.

[Rz 12] Für ein Wiedererwägungsgesuch³⁵ muss die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden, wenn ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht³⁶.

²⁰ BGE 120 Ia 217 E. 1 S. 218 f. Vgl. auch Art. 11b des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4P.314/2004 vom 24. Februar 2005, E. 4.1.

²² BGE 115 Ia 193 Regeste.

²³ Zum Begriff der Mittellosigkeit siehe Ziffer III., 3. hiernach.

²⁴ BGE 124 I 241 E. 4d S. 246; BGE 116 II 651 E. 2d S. 656.

²⁵ BGE 131 II 306 E. 5.2.1 S. 326. Für eine juristische Person kann ausnahmsweise ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind. Der Begriff der wirtschaftlich Beteiligten ist weit zu verstehen. Er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person und gegebenenfalls interessierte Gläubiger (BGE 131 II 306 E. 5.2.2 S. 327). Ablehnend MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 44 f. Vgl. auch Art. 117 ZPO, welcher die Formulierung bewusst offen lässt (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221, S. 7301).

²⁶ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 3 zu Art. 111. Die Gemeinden werden indes in der Regel und solange ihre finanziellen Interessen nicht betroffen sind, keine Verfahrenskosten zu tragen haben (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

²⁷ BGE 131 II 306 E. 5.2.1 S. 326; BGE 85 I 140 E. 1 S. 144.

²⁸ BGE 130 I 180 E. 2.2 S. 182; BGE 128 I 225 E. 2.3. S. 227; BGE 125 V 32 E. 4a S. 34 f.

²⁹ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 251; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 20 zu Art. 111.

³⁰ BVR 2011 S. 38, E. 6.2; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 254; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, a.a.O., S. 430. In Verfahren, in welchen keine Parteikosten gesprochen werden, geht der Gesetzgeber davon aus, dass es den Parteien grundsätzlich zuzumuten ist, ihre Rechte selbst wahrzunehmen. Aus diesem Grund sind in solchen Verfahren hohe Anforderungen an die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistands zu stellen (siehe auch Ziffer III., 5. hiernach).

³¹ BGE 130 I 180 Regeste.

³² Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

³³ Art. 380 ZPO.

³⁴ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 64.

³⁵ Ein Wiedererwägungsgesuch ist ein formloser Rechtsbehelf, durch den der betroffene die verfügende Verwaltungsbehörde ersucht, auf ihre Verfügung zurückzukommen und sie abzuändern bzw. aufzuheben (HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 1828).

³⁶ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 64 f. Gemäss Bundesgericht besteht ein Anspruch auf Wiedererwägung, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller Tatsachen und Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen, für ihn rechtlich

[Rz 13] Der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand gilt lediglich im Hinblick auf ein konkretes hoheitliches Verfahren³⁷. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung ausserhalb eines Verfahrens³⁸.

III. Voraussetzungen

1. Allgemeines

[Rz 14] Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im engeren Sinne, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 111 Abs. 1 lit. a VRPG) und die Rechtsbegehren im Verfahren, für welches die unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird, nicht von vornherein aussichtslos erscheinen (Art. 111 Abs. 1 lit. b VRPG). Für den Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ist zudem erforderlich, dass die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse die Beiordnung eines Anwalts rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG).

[Rz 15] Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im engeren Sinne besteht selbstverständlich nur dann, wenn effektiv Verfahrenskosten anfallen. Soweit Verfahren kostenlos durchgeführt werden, besteht kein Bedarf nach unentgeltlicher Rechtspflege im engeren Sinne³⁹. In solchen Fällen besteht hingegen immer noch ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind.

2. Parteistellung

[Rz 16] Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben nur Personen, welchen im Verfahren Parteistellung zukommt. Im Verwaltungsverfahren gilt als Partei, wer von der zu erlassenden Verfügung besonders berührt und in schutzwürdigen Interessen betroffen ist und am Verfahren teilnimmt oder daran beteiligt wird (Art. 12 Abs. 1 VRPG). Personen, deren Rechtsbeziehung zum Gemeinwesen die Behörde mittels Verfügung regelt (sog. materielle Verfügungsadressaten), sind von der Verfügung direkt betroffen und haben stets Parteistellung⁴⁰. Von einer Verfügung können indes auch Nichtadressaten betroffen sein (z.B. Nachbarn). Sie können

jedoch nur Parteistatus beanspruchen, wenn sie zur Anfechtung der Verfügung bzw. zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt sind (sog. formelle Verfügungsadressaten)⁴¹. Gemäss Art. 65 Abs. 1 lit. b VRPG ist zur Beschwerde legitimiert, wer durch den angefochtenen Hoheitsakt besonders berührt ist. Dies ist gegeben, wenn jemand mehr als jeder andere betroffen ist, d.h. die Betroffenheit muss derart intensiv sein, dass die Beteiligung am Verfahren durch ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gerechtfertigt ist. Mithin ist eine besondere Beziehungsnähe zur Sache erforderlich⁴². Schliesslich haben Beigeladene von Gesetzes wegen Parteistellung (Art. 14 Abs. 2 VRPG). Die Beiladung kann auf Antrag oder von Amtes wegen erfolgen (Art. 14 Abs. 1 VRPG)⁴³.

3. Mittellosigkeit⁴⁴

[Rz 17] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine Partei als mittellos, wenn sie die Kosten für das Führen eines Verfahrens nicht aufzubringen vermag, ohne Mittel anzugreifen, derer sie zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und ihre Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Partei. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie andererseits die gesamten Einkommens- und Vermögensverhältnisse⁴⁵.

[Rz 18] Uneinheitlich ist hingegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, ob für die Bestimmung der Mittellosigkeit die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs⁴⁶ oder diejenigen im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch massgebend sind⁴⁷. Aus prozessökonomischen Gründen ist letzterer Auffassung zu folgen⁴⁸.

[Rz 19] Ausgangslage für die Bestimmung der Mittellosigkeit ist das betriebsrechtliche Existenzminimum (Notbedarf nach Art. 93 SchKG⁴⁹)⁵⁰. Im Kanton Bern wird dieser

oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181; BGE 124 II 1 E. 3a S. 6; BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f.).

³⁷ Mangels hoheitlicher Befugnisse der Pensionskasse besteht im Rahmen des Verfahrens einer öffentlich-rechtlich konstituierten Vorsorgeeinrichtung kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BGE 134 I 166 E. 2.2 S. 170 f.)

³⁸ BGE 128 I 225 E. 2.4. S. 228 ff.; BGE 121 I 321 E. 2a S. 324.

³⁹ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 5 zu Art. 111.

⁴⁰ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 35; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 5 zu Art. 12.

⁴¹ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 36; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 6 f. zu Art. 12.

⁴² MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 6 zu Art. 12.

⁴³ Zum Begriff der Beiladung siehe MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 44 ff. und MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 14.

⁴⁴ Ausführlich dazu MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 72 ff. Statt Mittellosigkeit wird auch der Begriff Prozessarmut bzw. Prozessbedürftigkeit verwendet.

⁴⁵ BVR 2010 S. 284 mit Verweisen u.a. auf BGE 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232, BGE 127 I 202 E. 3b S. 205 und BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A_707/2009 vom 23. November 2009, E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5D_40/2009 vom 9. April 2009, E. 3.2.; Urteil des Bundesgerichts 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 8C_743/2010 vom 24. März 2011, E. 5.1; BGE 108 V 265 E. 4 S. 269.

⁴⁸ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 79.

⁴⁹ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

⁵⁰ Lit. A des Kreisschreibens Nr. 1 vom 25. Januar 2011 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern. Gemäss Beilage 1 zum Kreisschreiben Nr.

Grundbetrag um 30% erhöht, woraus der sog. zivilprozessuale Zwangsbedarf resultiert. Anschliessend werden die effektiven Wohnkosten, Krankenversicherungsbeiträge⁵¹, Berufsauslagen, Steuern⁵² usw. hinzugerechnet⁵³.

[Rz 20] Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen⁵⁴ und dem zivilprozessualen Zwangsbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Verfahrens- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen; bei weniger aufwändigen Prozessen sollten die Kosten durch den Überschuss innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre getilgt werden können⁵⁵.

[Rz 21] Ist Vermögen vorhanden, muss geprüft werden, ob es zumutbar ist, dieses für das Verfahren anzugreifen⁵⁶. Soweit das Vermögen einen angemessenen Notgroschen übersteigt, ist der gesuchstellenden Partei unbesehen der Art der Vermögensanlage⁵⁷ zuzumuten, dieses zur Finanzierung des Verfahrens zu verwenden⁵⁸. Dieser Notgroschen ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände zu bestimmen und beträgt in der Regel zwischen CHF 10'000.– und CHF 20'000.–⁵⁹.

[Rz 22] Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär. Unterhaltsansprüche gehen daher dem Recht auf unentgeltliche Rechtspflege vor⁶⁰. Eltern haben im Rahmen

ihrer Unterhaltspflicht (Art. 277 ZGB⁶¹) den unterstützungsberechtigten Kindern die Prozesskosten vorzuschliessen bzw. zu übernehmen⁶². Auch die eheliche Unterhaltspflicht (Art. 159 und 163 ZGB) umfasst die notwendigen Prozesskosten, weswegen bei der Beurteilung der Prozessarmut das Einkommen und Vermögen beider Partner zu berücksichtigen ist⁶³. Ausser Betracht fallen hingegen Mittel aus der Verwandtenunterstützungspflicht gemäss Art. 328 f. ZGB⁶⁴.

[Rz 23] Selbstverschuldete Mittellosigkeit führt grundsätzlich nicht zur Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Allerdings darf diese wegen Rechtsmissbrauchs verweigert werden, so z.B. wenn die gesuchstellende Person gerade im Hinblick auf das Verfahren eine Arbeitsstelle aufgegeben oder eine andere nicht angetreten hat⁶⁵.

[Rz 24] Die Mittellosigkeit hat die gesuchstellende Person nachzuweisen. Sie hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich zu belegen. Verweigert die gesuchstellende Partei die zur Beurteilung ihrer aktuellen finanziellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, kann die Prozessbedürftigkeit verneint werden⁶⁶.

4. Nicht-Aussichtslosigkeit⁶⁷

[Rz 25] Ob die Rechtsbegehren aussichtslos sind, beurteilt sich aufgrund einer summarischen Prüfung der Prozessaussichten im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung⁶⁸. Wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst nach dem Entscheid in der Hauptsache im Rahmen der Kostenregelung beurteilt, darf daher aus der blossen Abweisung des Rechtsbegehrens nicht auf dessen Aussichtslosigkeit geschlossen werden⁶⁹. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechtsbegehren anzusehen, bei welchen 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

B1 vom 1. April 2011 des Obergerichts des Kantons Bern beträgt der monatliche Grundbetrag für eine alleinstehende Person CHF 1'200.–, für eine alleinerziehende Person CHF 1'350.– und für ein Ehepaar CHF 1'700.–. Für jedes Kind wird je nach Alter CHF 400.– bzw. CHF 600.– hinzugerechnet.

⁵¹ Grundsätzlich ist nur die Grundprämie nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) zu berücksichtigen.

⁵² Zu beachten sind sowohl laufende Steuern als auch verfallene Steuerschulden, sofern diese tatsächlich bezahlt werden (BGE 135 I 221 E. 5.2.2 S. 228).

⁵³ Für Details siehe lit. C des Kreisschreibens Nr. 1 vom 25. Januar 2011 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern.

⁵⁴ Bei unselbständig Erwerbenden ist das Nettoeinkommen einschliesslich 13. Monatslohn, Familien- und Kinderzulagen usw. zu berücksichtigen. Für Details siehe lit. B des Kreisschreibens Nr. 1 vom 25. Januar 2011 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A_707/2009 vom 23. November 2009, E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 5D_40/2009 vom 9. April 2009, E. 3.2.; Urteil des Bundesgerichts 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.

⁵⁶ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 253.

⁵⁷ Verfügt die gesuchstellende Person über Grundeigentum, hat sie die für den Prozess benötigten Mittel durch Vermietung nicht vermieteter oder selbst genutzter Räumlichkeiten, Belehnung der Liegenschaft bzw. Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits oder nötigenfalls, durch Veräusserung der Liegenschaft zu beschaffen (BVR 2010 S. 284 mit Verweis u.a. auf BGE 119 Ia 11 E. 5 S. 12 f.). Ebenso sind bewegliche Sachen (z.B. Wertpapiere, Wertsachen, Luxusgüter) zu verpfänden bzw. zu veräussern (vgl. MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 8 zu Art. 111).

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4P.313/2006 vom 14. Februar 2007, E. 3.3.

⁵⁹ BGE I 362/05 vom 9. August 2005, E. 5.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.1.

⁶¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

⁶² BGE 127 I 202 E. 3f S. 208 f; BGE 119 Ia 134 E. 4 S. 135;

⁶³ BGE 115 Ia 193 E. 3a S. 195. Lit. D des Kreisschreibens Nr. 1 vom 25. Januar 2011 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts B.76/2005 vom 12. September 2005, E. 4.2; BGE 115 Ia 193 E. 3a S. 195.

⁶⁵ BGE 104 Ia 31 E. 4 S. 34.

⁶⁶ BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f. Die Behörde hat die gesuchstellende Partei jedoch zur Einreichung weiterer Unterlagen bezüglich der Bedürftigkeit anzuhalten, wenn sie die vorhandenen als ungenügend erachtet (Urteil des Bundesgerichts 5A_26/2008 vom 4. Februar 2008, E. 4.3.).

⁶⁷ Ausführlich dazu MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., 96 ff.

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 4D_136/2010 vom 11. Februar 2011, E. 3; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 13 zu Art. 111, MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 253.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 4.3.

geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Verfahren entschliessen würde⁷⁰. Die Aussichtslosigkeit kann materieller⁷¹ oder formeller⁷² Art sein. Die reine tatsächliche Aussichtslosigkeit infolge Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei und die damit verbundene fehlende Vollstreckbarkeit des Anspruches stellt indes keinen Verweigerungsgrund dar⁷³.

[Rz 26] Je komplexer und ungeklärter die sich im Verfahren stellenden Rechtsfragen sind und je grösser der Ermessenspielraum der Behörden ist, desto weniger darf die Aussichtslosigkeit angenommen werden⁷⁴

[Rz 27] Die Voraussetzung der Nicht-Aussichtslosigkeit ist auf streitige Verfahren zugeschnitten. In Gesuchsverfahren ist es oft schwierig, die Erfolgsaussichten im Vorherein abzuschätzen, weshalb auf dieses Kriterium nach Ansicht der Schreibenden verzichtet werden sollte, es sei denn, ein Gesuchsteller würde in gleicher Sache erneut und, ohne dass eine Veränderung der Sachumstände stattgefunden hätte, um Erlass einer Verfügung ersuchen⁷⁵.

5. Notwendigkeit⁷⁶

[Rz 28] Ob die Beiordnung eines Anwaltes gerechtfertigt ist, muss aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden⁷⁷. Der zuständigen Behörde kommt für die Beurteilung dieser Frage ein gewisses Ermessen zu.

[Rz 29] Die Tatsache, dass das Verwaltungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist, die Behörden also gehalten sind, bei der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken, darf zwar nicht dazu führen, dass die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes allein deswegen ausgeschlossen wird. Der Untersuchungsgrundsatz rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen⁷⁸ und ist ein zentrales Argument für eine allfällige Ablehnung eines Gesuchs um unentgeltlichen Rechtsbeistand. Die Anforderungen dürfen aber nicht überdehnt werden, da die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht davon

entbindet, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Benennung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken. Ausserdem vermag sie auch nicht allfällige Fehlleistungen der Behörden zu verhindern⁷⁹.

[Rz 30] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV hat die bedürftige Partei Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurecht zu finden. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang namentlich, ob die gesuchstellende Person rechtskundig ist. Mit in Betracht zu ziehen ist sodann, ob die Gegenpartei – beispielsweise bei der behördlichen Festlegung eines Besuchsrechts bei nicht verheirateten Eltern – sich ihrerseits von einem Anwalt vertreten lässt⁸⁰. Mithin sind für die Beurteilung der Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Tragweite des Verfahrens: Falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der Partei eingreift, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes grundsätzlich geboten. Ist der Eingriff nur von relativ schwerer Natur, bedarf es zusätzlich besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten, denen die gesuchstellende Partei auf sich allein gestellt nicht gewachsen wäre⁸¹. Bei offensichtlichen Bagatellfällen ist ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand hingegen zu verneinen⁸². Eine gewisse Zurückhaltung ist ausserdem zu üben, wenn es ausschliesslich oder vorwiegend um finanzielle Interessen geht⁸³. So ist in der Regel in sozialhilferechtlichen Verfahren – auch mit Blick auf die in der Regel einfach gehaltenen Sachverhalte und die Subsidiarität der Sozialhilfe – der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu verneinen. Ob die Interessen einer Partei stark betroffen sind, bestimmt sich nach objektiven Kriterien und nicht nach deren subjektiven Empfinden⁸⁴.
- Schwierigkeit des Verfahrens: Die Schwierigkeit eines Verfahrens richtet sich nach Faktoren wie

⁷⁰ BGE 129 I 129 E. 3.2.1 S. 135 f.; BGE 128 I 225 E. 2.5.3 S. 236; BGE 125 II 265 E. 4b S. 275.

⁷¹ Z.B. Verjährung ist offensichtlich bereits eingetreten.

⁷² Z.B. bei offensichtlicher Unzuständigkeit der angerufenen Behörde oder verpassten Fristen.

⁷³ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 101.

⁷⁴ BGE 124 I 304 E. 4 S. 308 f.

⁷⁵ Vgl. auch MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 12 zu Art. 111; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 253, FN 522.

⁷⁶ Ausführlich MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 117 ff.

⁷⁷ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 254.

⁷⁸ Vgl. BGE 125 V 32 E. 4b S. 36; BGE 122 I 8 E. 2c S. 10; BGE 119 Ia 264 E. 4b S. 268 f. Kritisch MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 131.

⁷⁹ BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183 f. Vgl. auch BGE 104 Ia 72 E. 3b S. 76.

⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007, E. 3.3.

⁸¹ BGE 130 I 180 E. 2.2 S. 182; BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232.

⁸² Vgl. BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 233; BGE 122 I 49 E. 2c/bb S. 51; BGE 120 Ia 43 E. 2b S. 45.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 1P.40/2000 vom 03. April 2000, E. 2d/aa; BGE 107 Ia 7 E. 4 S. 8; BGE 104 Ia 72 E. 3c S. 77.

⁸⁴ Vgl. MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 125.

Kompliziertheit der Rechtsfragen und Unübersichtlichkeit des Sachverhalts⁸⁵. Ob ein Verfahren schwierig ist, beurteilt sich nach einem subjektiven Massstab, weswegen in diesem Zusammenhang insbesondere die Persönlichkeit der betroffenen Partei zu berücksichtigen ist⁸⁶.

- Persönlichkeit der betroffenen Partei: Massgebend sind insbesondere das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung⁸⁷. Eminente Bedeutung haben die Rechtskenntnisse der Partei bzw. ihres Vertreters⁸⁸.
- Gegenseite: Mit Blick auf die Waffengleichheit ist ein unentgeltlicher Rechtsbeistand grundsätzlich notwendig, wenn eine allfällige Gegenpartei anwaltlich vertreten ist⁸⁹. Allerdings gibt es keinen automatischen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn die Gegenseite einen Anwalt beizieht, sondern es sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen⁹⁰. Vor dem Hintergrund, dass im Verwaltungsverfahren dem Betroffenen häufig einzig die Behörde, welche den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Untersuchungsmaxime), gegenübersteht, wird in der Regel die Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht unbedingt notwendig sein⁹¹.

IV. Verfahren zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege

[Rz 31] Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im engeren Sinn wird nur auf Gesuch hin erteilt. Ist eine mittellose Partei offensichtlich nicht im Stande⁹², ihre Rechte in einem

Verfahren wahrzunehmen und sind ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos, kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand auch von Amtes wegen bestellt werden⁹³. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist bei der mit der Sache befassten Verwaltungsbehörde schriftlich und begründet unter Beilage der nötigen Beweismittel einzureichen (Art. 31 f. VRPG). Die Behörde entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren⁹⁴. Das Gesuchsverfahren ist kostenlos (Art. 112 Abs 1 VRPG). Wird der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand gewährt, sind dem Anwalt die Aufwendungen für die Erlangung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege angemessen zu entschädigen (Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 Abs. 3 KAG). Einer allfälligen Gegenpartei kommt im Gesuchsverfahren keine Parteistellung zu⁹⁵. Sie sollte jedoch angehört werden⁹⁶. Sie hat aber keinen Anspruch auf Parteikostenersatz, sollte das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgelehnt werden (Art. 112 Abs. 1 VRPG).

[Rz 32] Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht nur zu Beginn, sondern jederzeit während des Verfahrens gestellt werden⁹⁷. Die unentgeltliche Rechtspflege kann ganz oder teilweise rückwirkend auf den Beginn des Verfahrens vor der mit der Sache befassten Behörde gewährt werden (Art. 111 Abs. 3 VRPG)⁹⁸. Die gesuchstellende Partei sollte das Gesuch jedoch möglichst bereits bei Verfahrensbeginn einreichen⁹⁹. Die unentgeltliche Rechtspflege muss vor jeder Instanz neu beantragt werden¹⁰⁰. Die rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein bereits abgeschlossenes Verfahren ist ausgeschlossen¹⁰¹. Eine Rückwirkung ist selbst dann nicht möglich, wenn das Gesuch aufgrund eines Fehlers oder wegen Unaufmerksamkeit des Rechtsvertreters nicht oder zu spät eingereicht worden ist, da dessen Verhalten der gesuchstellenden Partei wie ihr eigenes anzurechnen ist¹⁰².

[Rz 33] Die unentgeltliche Rechtspflege kann auch nur teilweise gewährt werden¹⁰³. Verfügt die gesuchstellende Partei über genügend Mittel, um zumindest einen Teil der Verfahrens- und/oder Anwaltskosten zu tragen, kann z.B. ein

⁸⁵ BGE 125 V 32 E. 4b S. 35; BGE 122 I 49 E. 2c/bb S. 51 f.

⁸⁶ Vgl. MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 130.

⁸⁷ BGE 123 I 145 E. 2b/cc S. 147.

⁸⁸ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 133.

⁸⁹ MEICHSSNER STEFAN, a.a.O., S. 124 und 134 f.

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E.8.2.3. Vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c. ZPO, wonach die Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands immer notwendig ist, wenn die Gegenseite anwaltlich vertreten ist. Diese Bestimmung ist jedoch fürs streitige zivilrechtliche Verfahren konzipiert und kann nicht ohne Weiteres auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden, welches massgeblich vom Untersuchungsgrundsatz geprägt ist.

⁹¹ Unseres Erachtens kann aus dem Gebot der Waffengleichheit ebenfalls abgeleitet werden, dass im Verfahren auf kommunaler Ebene vor Milizbehörden, welche über keine juristische Ausbildung verfügen, eine Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands mit grosser Zurückhaltung und nur in komplexen Fällen zu verfügen ist.

⁹² In Frage kommen insbesondere Analphabetismus, Unbeholfenheit, störendes oder unangebrachtes Verhalten im Verfahren, aber auch andauernde Krankheit oder Abwesenheit (HRUBESCH-MILLAUER Stephanie, DIKE-Kommentar ZPO, N 3 zu Art. 69).

⁹³ Vgl. Art. 69 Abs. 1 ZPO und Art. 41 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

⁹⁴ Vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO.

⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4P.330/2005 vom 20. Februar 2006.

⁹⁶ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 1 zu Art. 112; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 252 und 255. Vgl. auch Art. 119 Abs. 3 ZPO.

⁹⁷ BGE 131 I 113 E. 3.7.3 S. 123; BGE 122 I 203 E. 2c S. 205. Vgl. auch Art. 119 Abs. 1 ZPO.

⁹⁸ Vgl. Art. 119 Abs. 4 ZPO, wonach die unentgeltliche Rechtspflege nur ausnahmsweise rückwirkend bewilligt wird.

⁹⁹ Vgl. MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 251 f. und MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 28 zu Art. 111.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 119 Abs. 5 ZPO.

¹⁰¹ BGE 122 I 203 E. 2e S. 207.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 4P.314/2004 vom 24. Februar 2005, E. 4.1.

¹⁰³ Vgl. Art. 118 Abs. 2 ZPO.

Selbstbehalt in absoluten Beträgen oder in Prozentangaben festgelegt werden. Erscheinen bloss einzelne Rechtsbegehren als aussichtslos¹⁰⁴ oder ist nur für einen Teil des Verfahrens eine anwaltliche Vertretung notwendig, kann die unentgeltliche Rechtspflege auf die nicht aussichtslosen Rechtsbegehren bzw. auf den Verfahrensabschnitt, in welchem eine Verbeiständung gerechtfertigt ist, beschränkt werden. Ebenfalls denkbar ist, dass die Partei lediglich von den Verfahrenskosten bzw. Kostenvorschüssen befreit wird oder ihr zwar ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt wird, sie aber trotzdem die Verfahrenskosten zu tragen hat.

[Rz 34] Fallen einzelne oder alle Voraussetzungen während des Verfahrens weg oder haben sie gar nie bestanden, entzieht die zuständige Behörde das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 111 Abs. 4 VRPG)¹⁰⁵. Stellt sich erst während des Verfahrens heraus, dass die Rechtsbegehren aussichtslos sind oder eine anwaltliche Vertretung nicht notwendig ist, wird das Recht nur für die künftige Verfahrensführung und nicht rückwirkend entzogen¹⁰⁶. Entfällt die Bedürftigkeit oder hat sie gar nie bestanden, ist sogar der rückwirkende Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege möglich¹⁰⁷. Die Partei ist vorgängig über den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege anzuhören (Art. 21 Abs. 1 VRPG).

[Rz 35] Der Entscheid über die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege hat den Charakter einer Zwischenverfügung¹⁰⁸. Art. 112 Abs. 3 VRPG hält ausdrücklich fest, dass Entscheide, welche das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung verweigern oder entziehen, dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber unterstehen. Die besonderen Bestimmungen über die Anfechtung von Zwischenentscheiden sind somit nicht anwendbar¹⁰⁹. Das Rechtsmittelverfahren ist wie das Gesuchsverfahren kostenlos und vermittelt der Gegenpartei keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 112 Abs. 3 VRPG). Wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, ist der Entscheid nicht anfechtbar. Insbesondere ist eine allfällige Gegenpartei mangels Parteistellung nicht zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt¹¹⁰.

[Rz 36] Die Frage des Zeitpunkts, in welchem über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden werden muss, ist nicht vollends geklärt. In der Praxis wird das Gesuch oft erst nach dem Entscheid in der Hauptsache im Rahmen der Kostenregelung beurteilt. Die Beurteilung des Gesuchs

um unentgeltliche Rechtspflege im Rahmen der Kostenregelung ist in denjenigen Fällen nicht zu beanstanden, in denen das Gesuch mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind. Anders verhält es sich aber, wenn die Rechtsvertretung nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen. In diesen Fällen ist es unabdingbar, dass die Behörde über das Gesuch um unentgeltlichen Rechtsbeistand umgehend entscheidet, damit die gesuchstellende Partei und ihr Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können. Der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand würde nämlich seines Gehalts entleert, wenn die Behörden den Entscheid über das Gesuch hinausschieben, um es im Rahmen der Kostenregelung abzuweisen. Über ein Gesuch um unentgeltlichen Rechtsbeistand ist daher in der Regel zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei bzw. ihre Rechtsvertretung weitere, Kosten verursachende prozessuale Schritte unternehmen¹¹¹.

V. Verlegung der Partei- und Verfahrenskosten

1. Parteikosten

[Rz 37] Wird den Rechtsbegehren der unentgeltlich prozessführenden Partei nicht entsprochen, hat das Gemeinwesen dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Parteikostenverordnung¹¹² entspricht. Bei der Festsetzung sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO¹¹³ und Art. 42 Abs. 1 KAG). Der Stundensatz wird vom Regierungsrat geregelt, wobei dieser mindestens CHF 190.– und höchstens CHF 260.– beträgt (Art. 42 Abs. 4 KAG). Der Regierungsrat hat den Stundensatz derzeit auf CHF 200.– festgelegt (Art. 1 EAV¹¹⁴)¹¹⁵.

[Rz 38] Überdies hätte die unentgeltlich prozessführende Partei einer allfälligen Gegenpartei grundsätzlich die entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 42 Abs. 1 KAG). Im Verwaltungsverfahren werden jedoch keine Parteikosten

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 5P.432/2006 vom 14. Mai 2007, E. 5.4.

¹⁰⁵ Vgl. auch Art. 120 ZPO.

¹⁰⁶ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 255; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 29 zu Art. 112.

¹⁰⁷ BGE 122 I 5 E. 4a S. 7.

¹⁰⁸ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 3 zu Art. 112; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 256.

¹⁰⁹ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 4 zu Art. 112.

¹¹⁰ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 5 zu Art. 112; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 255.

¹¹¹ Urteil des Bundesgerichts 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 4.3.

¹¹² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

¹¹³ Siehe FN 6 hier vor.

¹¹⁴ Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte (EAV; BSG 168.711).

¹¹⁵ Dies in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach als Faustregel von einem Honorar in der Grössenordnung von CHF 180.00 Franken pro Stunde auszugehen ist (BGE 132 I 201 E. 8.7 S. 217 f.).

gesprächen (Art. 107 Abs. 3 VRPG)¹¹⁶, weswegen der unterliegenden unentgeltlich prozessführenden Partei keine auferlegt werden können.

[Rz 39] Dringt die unentgeltlich prozessführende Partei mit ihren Rechtsbegehren durch, hat ebenfalls das Gemeinwesen den unentgeltlichen Rechtsbeistand angemessen zu entschädigen, da einer allfälligen unterliegenden Gegenpartei keine Parteikosten auferlegt werden können (Art. 107 Abs. 3 VRPG)¹¹⁷.

[Rz 40] Die angemessene Entschädigung wird im Verwaltungsverfahren durch Verfügung festgesetzt (Art. 42 Abs. 5 KAG). Für eine allfällig später entstehende Nachzahlungspflicht ist bereits auch das volle Honorar gemäss Parteikostenverordnung festzulegen (Art. 42a Abs. 3 KAG). Der unentgeltliche Rechtsbeistand hat hierfür eine detaillierte Kostennote einzureichen¹¹⁸. Er sowie die vertretene Partei können den Entscheid über die Höhe der Entschädigung mit dem gleichen Rechtsmittel wie die Sache selber anfechten (Art. 43 KAG i.V.m. Art. 112 Abs. 4 VRPG). Der unentgeltliche Rechtsbeistand darf jedoch kein Honorar von der Klientenschaft fordern (Art. 46a Abs. 1 KAG)¹¹⁹.

[Rz 41] Zwischen dem unentgeltlichen Rechtsbeistand und dem Gemeinwesen entsteht mit der Beiordnung ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Dem beigeordneten Anwalt erwächst dadurch ein Entschädigungsanspruch gegenüber dem Gemeinwesen¹²⁰. Folglich ist ihm die Entschädigung persönlich zuzusprechen¹²¹. Wird einer Partei in einem Verfahren vor einer kommunalen Behörde ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt, ist die Gemeinde entschädigungspflichtig (Art. 42 Abs. 6 KAG). Mangels gesetzlicher Grundlage fallen

Kosten, die den Gemeinden durch die Bestellung von unentgeltlichen Rechtsbeiständen entstehen, nicht unter den Lastenausgleich¹²².

2. Verfahrenskosten

[Rz 42] Gemäss Art. 107 Abs. 1 VRPG setzt die Behörde im Verwaltungsverfahren allfällige Verfahrenskosten in der Verfügung fest. Ob Kosten erhoben werden und wie sie zu verlegen sind, ist anhand des anwendbaren Sacherlasses zu bestimmen¹²³. Soweit eine Kostenpflicht besteht, richtet sich diese grundsätzlich nach dem Verursacherprinzip, d.h. diejenige Partei ist kostenpflichtig, welche das Verfahren verursacht hat¹²⁴. Wurde der kostenpflichtige Partei das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege gewährt, trägt vorläufig das Gemeinwesen die Verfahrenskosten (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO)¹²⁵.

VI. Nachzahlung

[Rz 43] Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat nur vorläufigen Charakter¹²⁶. Gelangt die Partei, welche unentgeltlich prozessieren durfte, zu neuem Vermögen oder Einkommen, entsteht eine Nachzahlungspflicht (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO). In diesem Fall ist sie verpflichtet die Verfahrenskosten¹²⁷, die angemessene Entschädigung des Rechtsvertreters zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer dem Gemeinwesen zurückzubezahlen sowie die Differenz zwischen der angemessenen Entschädigung und dem vollen Honorar gemäss der Parteikostenverordnung der amtlichen Vertretung zu erstatten (Art. 42a Abs. 2 KAG)¹²⁸. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens, d.h. nach Rechtskraft des Sachentscheides (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 2 ZPO). Diese

¹¹⁶ Vgl. z.B. auch Art. 52 Abs. 1 des Dekretes vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹¹⁷ Im Verwaltungsjustizverfahren hat die unterliegende Gegenpartei der unentgeltlich prozessführende Partei hingegen eine Parteikostenentschädigung zu bezahlen und zwar die vollen Anwaltskosten und nicht nur eine angemessene Entschädigung. Der Umstand der unentgeltlichen Rechtspflege ändert nichts an der Pflicht der Gegenpartei zur Leistung einer Prozessentschädigung (MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 256; MEICHSNER STEFAN, a.a.O., S. 200 f.). Die Parteientschädigung ist der mittellosen Partei selber und nicht dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zuzusprechen. Letzterer wird aber regelmässig zum Inkasso bevollmächtigt sein (MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 257. Vgl. auch BSK ZPO-RÜEGG, N 4 zu Art. 122). Ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 122 Abs. 3 ZPO). Für den Fall, dass die unentgeltlich prozessführende Partei nur teilweise obsiegt, siehe BGE 124 V 301 E. 6 S. 309.

¹¹⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2).

¹¹⁹ BGE 108 Ia 11 E. 1 S. 12.

¹²⁰ BGE 132 V 200 E. 5.1.4 S. 205; BGE 122 I 1 E. 3a S. 2; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 254 f.; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 22 f. zu Art. 111.

¹²¹ BGE 133 V 645 E. 2.2 S. 647; BGE 122 I 322 E. 3b S. 325.

¹²² Art. 22 e contrario des Gesetzes vom 27. November 2000 über den Finanz- und Lastenausgleich (FILAG; BSG 631.1)

¹²³ So werden z.B. im Verfahren vor den Sozialdiensten und deren Beschwerdeinstanzen vorbehaltlich mutwilliger oder leichtfertiger Prozessführung keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 53 Gesetz vom 11. Juni 2001 über die öffentliche Sozialhilfe [Sozialhilfegesetz, SHG; BSG 860.1.]), während im Baubewilligungsverfahren grundsätzlich die Gesuchstellenden die Verfahrenskosten tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD). Den Einsprechenden können indes die Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch eine offensichtlich unbegründete Einsprache verursacht haben (Art. 52 Abs. 3 BewD).

¹²⁴ MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 1 zu Art. 107; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 242.

¹²⁵ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 257.

¹²⁶ BGE 135 I 91 E. 2.4.2.2 S. 96; BGE 122 I 322 E. 2c S. 324; BGE 122 I 5 E. 4a S. 6; MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, a.a.O., N 118 zu Art. 111; MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 252 und 258.

¹²⁷ Anders Art. 65 Abs. 4 VwVG, welcher nur eine Rückerstattungspflicht bezüglich des Honorars und der Kosten des Anwalts vorsieht.

¹²⁸ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 258. Vgl. auch Art. 135 Abs. 4 StPO.

Frist kann gehemmt und unterbrochen werden¹²⁹. Wann der Anspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands verjährt, wird im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es ist davon auszugehen, dass ebenfalls die zehnjährige Frist zu Anwendung kommt¹³⁰.

[Rz 44] Es empfiehlt sich, die Nachzahlungspflicht ausdrücklich im Dispositiv festzuhalten. Ausserdem sollte die Behörde die unentgeltlich prozessführende Partei verpflichten, sie über eine allfällige Verbesserung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu informieren.

[Rz 45] Ansprüche aus der Nachzahlungspflicht gehören praxisgemäss zu den Klagematerien¹³¹. Klagen des Kantons gegen die ehemals bedürftige Partei beurteilt das Verwaltungsgericht nach Art. 87 lit. d VRPG als einzige Instanz. Strittige Ansprüche der Gemeinden sowie der anwaltlichen Vertretung sind beim örtlich zuständigen Regierungsstatthalteramt geltend zu machen (Art. 88 lit. c und e VRPG).

VII. Fazit

[Rz 46] Das verfassungsmässig garantierte und im VRPG konkretisierte Recht auf unentgeltliche Rechtspflege gilt in jedem staatlichen Verfahren. Mithin haben natürliche Personen auch im Verwaltungsverfahren Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern sie nicht über genügend finanzielle Mittel verfügen, ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos sind und eine anwaltliche Vertretung notwendig ist. Dies gilt auch für Verfahren vor kommunalen Behörden.

[Rz 47] Obwohl das Verwaltungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist, schliesst dies die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht aus. Es sind jedoch strenge Voraussetzungen an das Kriterium der Notwendigkeit zu setzen. Oft wird denn auch der Untersuchungsgrundsatz ein gewichtigstes Argument für die Ablehnung eines Gesuchs um unentgeltlichen Rechtsbeistand sein.

[Rz 48] Je komplexer die Streitsache und die damit verbundenen Rechtsfragen sind, je schwerer das Verfahren in die Rechtsstellung der betroffenen Partei eingreift und je rechtsunkundiger und unbeholfener diese ist, umso eher ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes notwendig. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, ob eine allfällige Gegenpartei anwaltlich vertreten ist.

[Rz 49] Wird der gesuchstellenden Partei im Verwaltungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt, hat das Gemeinwesen diesen unabhängig vom Verfahrensausgang angemessen zu entschädigen, da einer

allfälligen Gegenpartei keine Parteikosten auferlegt werden können. Handelt es sich dabei um ein Verfahren vor einer kommunalen Behörde, ist die betroffene Gemeinde entschädigungspflichtig.

[Rz 50] Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist nur provisorischer Natur. Kommt die Partei, welche unentgeltlich prozessieren durfte, innerhalb von zehn Jahren seit der Rechtskraft des Sachentscheides zu neuem Vermögen oder Einkommen, ist sie verpflichtet, die ihr erlassenen Verfahrens- und Rechtsbeistandskosten zu erstatten.

Marc Häusler, Rechtsanwalt und Notar, ist stellvertretender Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Oberaargau.

Reto Ferrari-Visca, MLaw, ist Junior Associate bei Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Bern.

* * *

¹²⁹ BOTSCHAFT VOM 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221, S. 7305.

¹³⁰ Vgl. BSK ZPO-RÜEGG, N 3 zu Art. 123 und SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 754.

¹³¹ MÜLLER MARKUS, a.a.O., S. 258.