

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 18 10 Beschwerde
ZK 18 11 uR-Gesuch Beschwerdeführer

Bern, 17. April 2018

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter D. Bähler und
Oberrichter Hurni
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A. _____
B. _____
C. _____

alle gesetzlich vertreten durch **D.** _____
vertreten durch Fürsprecher Dr. **E.** _____

Beschwerdeführer/Gesuchsteller

gegen

F. _____
vertreten durch Rechtsanwältin **G.** _____

Gegenpartei im Hauptverfahren/Gesuchsgegner

Gegenstand

unentgeltliche Rechtspflege (uR)

Beschwerde gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde
Emmental-Oberaargau vom 28. Dezember 2017
(EO 17 888 / 17 889)

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 11. Januar 2018



Regeste:

- Stellt ein minderjähriges Kind im Schlichtungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob es ihm zugemutet werden kann, vorgängig beim Regionalgericht ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil durchzuführen (E. 11.1–11.4).
- Wird die Zumutbarkeit eines vorgängigen Verfahrens auf Zahlung eines Prozesskostenvorschuss verneint, ist die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Auflage zu knüpfen, nachträglich oder parallel zum Hauptverfahren einen Prozesskostenvorschuss des unterstützungspflichtigen Elternteils zu erwirken (E. 11.4 und 12).
- Koordination zwischen Schlichtungsbehörde und Regionalgericht bei vorgängiger bedingter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (E. 12)

Erwägungen:

I.

1. D._____ und F._____ sind die unverheirateten Eltern der minderjährigen Kinder C._____ (geb. _____2004), B._____ (geb. _____2007) und A._____ (geb. _____2012). Die Kinder stehen unter der gemeinsamen elterlichen Sorge und unter der Obhut der Mutter. Mit Unterhaltsverträgen resp. Vereinbarung vom 20. Juni 2012 hat sich der Vater zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrags von CHF 1'100.00 je Kind verpflichtet (Gesuchsbeilagen [GB] 4–6).

2.

- 2.1 Am 28. Oktober 2017 gelangte die Kindsmutter, vertreten durch Rechtsanwalt E._____, an die Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Vorinstanz) und beantragte, die Unterhaltsbeiträge für C._____ und B._____ seien in Abänderung der bestehenden Unterhaltsverträge neu auf CHF 2'500.00 festzusetzen und in Bar- und Betreuungsunterhalt aufzuteilen (Ziff. 1 und 2). F._____ sei weiter zu verpflichten, ihr einen Parteikostenbeitrag von CHF 5'000.00, Nachforderung vorbehalten, zu bezahlen (Ziff. 3).

Gleichentags stellte die Kindsmutter bei der Vorinstanz ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege «für die Durchführung des Verfahrens zu Kinderbelangen (Unterhalt etc.)». Als Gesuchstellerin im Rubrum figuriert «Frau D._____».

- 2.2 Bezugnehmend auf ein Telefongespräch mit dem zuständigen Vorsitzenden der Vorinstanz reichte Rechtsanwalt E._____ am 7. November 2017 eine weitere Eingabe ein (pag. 21 f.). Darin teilte er «in Präzisierung der Klagebegehren / der Parteien» resp. «meines Schreibens vom 28.10.2017» mit, dass die drei Kinder als Kläger auftreten, vertreten von ihrer Mutter (Ziff. 1). Zusätzlich stellte er neu ein gleichlautendes Klagebegehren zu Gunsten des jüngsten Kindes (CHF 2'500.00 Unterhaltsbeitrag, aufzuteilen in Bar- und Betreuungsunterhalt; Ziff. 2). Das Gesuch um Parteikostenbeitrag hielt er aufrecht (Ziff. 3).

- 2.3 In seiner Stellungnahme vom 22. Dezember 2017 (pag. 44 ff.) beantragte der Kindsvater, vertreten durch Rechtsanwältin G._____, auf das Gesuch um Parteikostenbeitrag sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen (Ziff. 1 und 2). Auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei ebenfalls nicht einzutreten, eventualiter seien die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege von Amtes wegen zu prüfen (Ziff. 3 und 4). In seiner Begründung wies er u.a. darauf hin, dass die Abänderungsklage gemäss präzisierender Eingabe nicht von der Mutter, sondern im Namen der Kinder eingereicht worden sei. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei hingegen von der Mutter im eigenen Namen eingereicht worden.

Die Stellungnahme wurde der Gegenpartei – soweit aus den Akten ersichtlich – nicht zugestellt.

- 2.4 Mit Entscheid vom 28. Dezember 2017 trat die Vorinstanz auf das Gesuch der Kindsmutter um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein (pag. 47 ff.).

Mit Entscheid vom selben Tag trat die Vorinstanz auch auf das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege nicht ein (pag. 50 ff.). Zur Begründung führte sie aus, die Präzisierung der Parteibezeichnung vom 7. November 2017 habe sich lediglich auf die Klagebegehren bzw. das Schlichtungsgesuch bezogen, nicht aber auf das Gesuch der Kindsmutter um unentgeltliche Rechtspflege. Kläger im Schlichtungsverfahren seien aber die Kinder. Die Mutter sei nicht Partei, weshalb es ihr an einem Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 59 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) fehle und ein Nichteintretensentscheid zu ergehen habe.

Als Eventualbegründung wies die Vorinstanz darauf hin, dass das Gesuch auch inhaltlich abzuweisen wäre. Die unentgeltliche Rechtspflege sei subsidiär zum Anspruch auf Prozesskostenvorschuss. Der Kindsvater habe gemäss Unterlagen im Jahr 2012 monatlich CHF 10'000 netto verdient. Zuerst müsse das Regionalgericht prüfen, ob die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses möglich sei oder nicht. Erst anschliessend könne der Anspruch der als Kläger auftretenden Kinder auf unentgeltliche Rechtspflege geprüft werden.

3.

- 3.1 Gegen den Nichteintretensentscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege vom 28. Dezember 2017 erhoben die Kinder, vertreten durch ihre Mutter, am 10. Januar 2018 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern und beantragten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren und den erstinstanzlichen Prozess (pag. 86 ff.). Mit Eingabe vom 11. Januar 2018 ersuchten sie auch für das oberinstanzliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege (ZK 18 11, pag. 1 ff.).
- 3.2 Der Kindsvater äusserte sich innert Frist nicht zur Beschwerde, beantragte aber im Gesuchsverfahren ZK 18 11, auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 11. Januar 2018 sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen (ZK 18 11, pag. 49 ff.).

- 3.3 Seit dem 8. Januar 2018 ist vor dem Regionalgericht Emmental-Oberaargau ein Gesuch der Kinder um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gegen den Vater hängig. Am 9. Januar 2018 reichten die Kläger zudem bei der Vorinstanz ein dem ursprünglichen Gesuch gleichlautendes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (pag. 61 ff.).

II.

4. Angefochten ist ein im summarischen Verfahren ergangener, die unentgeltliche Rechtspflege ablehnender Entscheid. Hiergegen steht die Beschwerde offen (Art. 121 i.V.m. Art. 319 Abs. 1 Bst. b ZPO).
5. Für die Beurteilung der mit Beschwerde weitergezogenen Streitigkeiten sind die Zivilkammern des Obergerichts zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Beurteilung der Beschwerde erfolgt durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).
6. Der angefochtene Entscheid wurde Rechtsanwalt E. _____ am 3. Januar 2018 zugestellt (pag. 54). Mit persönlicher Übergabe der Beschwerde am 10. Januar 2018 an das Obergericht des Kantons Bern erfolgte die Beschwerde fristgerecht innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist (Art. 321 Abs. 2 ZPO).
7. Vorab ist zu prüfen, ob auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann, richtet sich der vorinstanzliche Entscheid doch gegen die Kindsmutter als Gesuchstellerin, während die Beschwerde von ihren Kindern geführt wird.
- Zu beurteilen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen durfte, dass nicht die Kinder um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Hauptverfahren ersucht hatten, sondern die Kindsmutter. Die Frage nach der «richtigen» Parteibezeichnung bzw. Prozesspartei ist damit sowohl bei der Eintretensfrage als auch beim materiellen Prozessthema erheblich (sog. doppelrelevante Tatsachen). Da dem Prozessrecht dem materiellen Recht dienende Funktion zukommt, sind die von der beschwerdeführenden Partei vorgetragenen Tatsachen bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Beschwerde (vorübergehend) als wahr zu unterstellen und ist die abschliessende Beurteilung der doppelrelevanten Frage der materiellen Prüfung vorzubehalten.
8. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.
9. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

III.

10. Rechtsanwalt E. _____ rügt vor oberer Instanz eine fehlerhafte Auslegung seines Schreibens vom 7. November 2017 durch die Vorinstanz. Die Präzisierung bezüglich der Parteien beziehe sich nicht nur auf das Hauptbegehren, sondern auch auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Wenn in einem hängigen Verfahren eine Eingabe unter Präzisierung der Parteien gemacht werde, ohne dass eine Beschränkung auf ein einziges Verfahren erfolgte, dürfe der Richter davon ausgehen, dass sich die Eingabe auf alle Haupt- und Nebenverfahren erstrecke. Es anders zu verstehen, sei überspitzt formalistisch.
- 10.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung dann vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 135 I 6 E. 2.1 mit Hinweisen). Prozessuale Formen sind unerlässlich, um die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens und die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge stellt daher überspitzten Formalismus dar, sondern nur jene, die durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 134 II 244 E. 2.4.2; 125 I 166 E. 3a). Das Verbot des überspitzten Formalismus weist einen engen Bezug zum Grundsatz von Treu und Glauben auf (Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 52 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 1C_236/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.5).

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich das Vertrauensprinzip. Danach sind sämtliche Prozesshandlungen, insb. Willensäusserungen und Erklärungen nach Treu und Glauben auszulegen. Massgebend ist der erkennbare tatsächliche Wille des Erklärenden, weshalb ein Rechtsbegehren oder eine Tatsachenbehauptung so zu verstehen ist, wie es dem erkennbaren Willen des Erklärenden entspricht (z.B. unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung). Eine erkennbar irrtümliche oder unglückliche Wortwahl ist also aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben unschädlich, und zwar gleichviel ob sie auf Seiten des Gerichts (z.B. bei einer missverständlichen richterlichen Verfügung), der Parteien oder eines anderen Verfahrensbeteiligten liegt (GÖKSU, in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 14 und 15 zu Art. 52 ZPO). Namentlich dürfen Prozesserkklärungen nicht buchstabengetreu ausgelegt werden, ohne zu fragen, welcher Sinn ihnen vernünftigerweise beizumessen sei (BGE 113 Ia 94 E. 2).

Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Die richterliche Fragepflicht gilt in sämtlichen Verfahrensarten und -abschnitten und besteht grundsätzlich auch, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind (GEHRI in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 3 und 4 zu Art. 56 ZPO).

10.2 Vorliegend ist die Präzisierung der Parteien im Schreiben vom 7. November 2017 zwar insofern etwas unglücklich ausgefallen, als darin das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches zusammen mit dem Schlichtungsgesuch eingereicht wurde, nicht ausdrücklich genannt wird, sondern nur ganz allgemein von «in Präzisierung meines Schreibens vom 28. Oktober 2017» die Rede ist. Es ist jedoch offensichtlich, dass die erfolgte Präzisierung auch Auswirkung auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege haben musste. Denn das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege weiterhin auf die Prozessstandschafterin lauten zu lassen, während als Kläger neu die Kinder definiert wurden, wäre sinnlos gewesen. Dass sinnlose Prozesshandlungen vorgenommen werden, darf nicht leichthin vermutet werden. Vielmehr war das Schreiben nach Treu und Glauben auszulegen, und es musste entsprechend davon ausgegangen werden, dass sich das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auf das gleichzeitig eingeleitete Schlichtungsverfahren bezieht und die Präzisierung damit (vermutungsweise) auch das Gesuch beschlägt, selbst wenn dieses nicht ausdrücklich erwähnt wurde. Zumindest aber hätte die Vorinstanz in Anwendung ihrer Fragepflicht (Art. 56 ZPO) der betreffenden Partei Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung geben müssen, wenn sie deren Schreiben als unklar und deren Eingaben als widersprüchlich erachtete. Indem die Vorinstanz dies unterliess und auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Nichtübereinstimmung der Kläger mit der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchenden Partei ohne weiteres nicht eintrat, handelte sie überspitzt formalistisch bzw. versties sie gegen Art. 52 ZPO.

10.3 Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eintreten müssen, wobei die Kinder als Gesuchsteller (nachfolgend: Beschwerdeführer) zu gelten haben.

Damit ist auch ohne Relevanz und braucht nicht weiter beurteilt zu werden, ob die Kindsmutter – wie oberinstanzlich geltend gemacht – über ein eigenes Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege verfügt, da sie mit ihnen eine «Wirtschaftsgemeinschaft» bilde und ihnen gegenüber eine «rechtliche Verantwortlichkeit» trage.

11.

11.1 Die Beschwerdeführer rügen sodann, die Eventualbegründung der Vorinstanz widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach dem unmündigen Kind in der Regel nicht zumutbar sei, vorgängig vor Einleitung eines Rechtsschutzverfahrens oder der Einlassung auf ein solches seinen Prozesskostenvorschussanspruch gegenüber seinen nicht freiwillig leistenden Eltern in einem vorsorglichen Massnahmenverfahren durchzusetzen und ihm deshalb die unentgeltliche Rechtspflege vorrangig unter der Auflage zu gewähren sei, innert Frist ein (nicht aussichtsloses) Verfahren zwecks Festsetzung des vom Unterhaltspflichtigen zu erbringenden Kostenvorschusses einzuleiten (unter Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A_590/2009 vom 6. Januar 2010 E. 3.3.2).

Das erstinstanzliche Gericht sei nach über einem halben Jahr Verfahrensdauer auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestützt auf das Urteil des Obergerichts ZK 11 206 nicht eingetreten. Nun verweigere die angerufene Vorinstanz nach

zwei Monaten Verfahrensdauer ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege. Darin liege eine Rechtsverweigerung, insbesondere nachdem das neue Kindesunterhaltsrecht die Rechtsposition von Kindern unverheirateter Eltern verbessern wolle.

- 11.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Kinder selbst mittellos sind. Von ihrer Mutter können sie infolge fehlender Leistungsfähigkeit keinen Prozessbeitrag erwarten. Wie es um die wirtschaftlichen Verhältnisse des Vaters steht, lässt sich anhand der vorhandenen Akten nicht abschliessend beurteilen. Angesichts der Höhe der beantragten Kindesunterhaltsbeiträge von je CHF 2'500.00 kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Prozessfinanzierung unter die elterliche Unterhaltspflicht des Vaters fällt. Fraglich ist, wie sich dieser Umstand auf ihren allfälligen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auswirkt, der gegenüber der Unterstützung durch die unterhaltspflichtigen Eltern unbestrittenermassen subsidiär ist.
- 11.3 Dem von den Beschwerdeführern zitierten Bundesgerichtsentscheid lässt sich nicht entnehmen, dass den Kindern unter keinen Umständen zuzumuten ist, vorgängig ihren Prozesskostenvorschussanspruch gegenüber ihren nicht freiwillig leistenden Eltern durchzusetzen. Das Bundesgericht regt aber an, gegebenenfalls die unentgeltliche Rechtspflege unter der Auflage zu gewähren, innert Frist ein Verfahren zwecks Festsetzung des vom Unterhaltspflichtigen zu erbringenden Prozesskostenvorschusses einzuleiten (Urteil des Bundesgerichts 5A_590/2009 vom 6. Januar 2010 E. 3.3.2).

Dieses Vorgehen wird in der Lehre von BÜHLER befürwortet (vgl. BÜHLER, unentgeltliche Rechtspflege im Haftpflichtprozess, in: HAVE, Haftpflichtprozess 2011, Substantiierung, Beweismittel, Beweiserleichterung, Prozess gegen mehrere, unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung, 2011, S. 202, 208; BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 48 zu Art. 117 ZPO mit Hinweisen). Auch TAPPY schliesst sich diesem vom Bundesgericht vorgeschlagenen Vorgehen an, mit dem Hinweis, dass die unentgeltliche Rechtspflege nach Erhalt des Prozesskostenvorschusses gestützt auf Art. 120 ZPO wieder entzogen werden könne (vgl. TAPPY, Code de procédure civile commenté, Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [Hrsg.], 2011, N. 26 zu Art. 117 CPC). HUBER relativiert den (bedingten) Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege insofern, als er einen vorgängigen Prozess gegen die unterhaltspflichtigen Eltern nicht «grundsätzlich» als unzumutbar erachtet, sondern nur in bestimmten Fällen, namentlich in Prozessen gegen Dritte und bei drohendem irreversiblen Rechtsverlust. Eine allfällige Nachzahlungsforderung gemäss Art. 123 ZPO soll sich gegen die unterhaltspflichtigen Eltern richten (vgl. HUBER, in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 34 zu Art. 117 ZPO). WUFFLI kritisiert den bundesgerichtlichen Vorschlag der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Auflage einer Klage gegen die unterhaltspflichtigen Eltern. Er ist der Auffassung, dass der die unentgeltliche Rechtspflege gewährende Staat von Gesetzes wegen in die Ansprüche des Kindes gegen seine Eltern eintritt (Legализation; unter Hinweis auf Art. 289 Abs. 2 ZGB und BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 289 ZGB). Die unentgeltliche Rechtspflege nur unter einer Resolutivbedingung zu gewähren, sei deshalb

unnötig und abzulehnen (vgl. WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 73 f.).

Der Meinung von WUFFLI muss entgegen gehalten werden, dass das Gemeinwesen nur insoweit in die Unterhaltspflicht der Eltern eintreten kann, wie diese besteht. Ist ein Elternteil nicht oder nur beschränkt leistungsfähig, ist er nicht oder nur in reduziertem Umfang zu Unterhalt verpflichtet. Es trifft deshalb nicht zu, dass sich das (die unentgeltliche Rechtspflege gewährende) Gemeinwesen im vollen Umfang an den Eltern schadlos halten kann. Zuvor müsste ein Gericht klären, wie weit die Unterhaltspflicht jedes Elternteils reicht. Das Gemeinwesen könnte sich deshalb für das Inkasso seiner bevorschussten Prozesskosten nicht allein auf die Kostenbestimmung im Entscheid betreffend die unentgeltliche Rechtspflege stützen, sondern müsste vielmehr gegen die Eltern auf Unterhalt klagen (analog zum Kindesschutzmassnahmen finanzierenden Gemeinwesen). Ein solches Vorgehen wäre nicht praktikabel. Art. 289 Abs. 2 ZGB dient nicht zuletzt lediglich dazu, dem Gemeinwesen die Einforderung der von ihm vorschussweise erbrachten Leistungen zu erleichtern, kann aber nicht die Grundlage für solche Leistungen sein.

- 11.4 Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die zitierte Lehre muss jeweils ernsthaft geprüft werden, ob minderjährigen Kindern zugemutet werden kann, vorgängig zum Hauptprozess ein Verfahren gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil durchzuführen, um den Prozess zu finanzieren. In Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege hat das (die unentgeltliche Rechtspflege gewährende) Gericht allerdings sicherzustellen, dass der erhoffte Prozesskostenvorschuss nachträglich oder parallel zum Hauptverfahren von der gesuchstellenden Partei eingefordert wird.
- 11.5 Im Kanton Bern sind zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren die Schlichtungsbehörden selbst zuständig (Art. 13 Abs. 3 EG ZSJ). Zur Beurteilung des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss für das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde und dem Regionalgericht sind hingegen die Regionalgerichte zuständig (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 11 206 vom 7. Juli 2011). Das übliche Vorgehen, bei welchem die Bedürftigen um einen «Prozesskostenvorschuss, evtl. um unentgeltliche Rechtspflege» ersuchen, ist für auf Unterhalt klagende minderjährige Kinder unverheirateter Eltern angesichts unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeiten damit nicht möglich. Um den Zugang der Kinder zur Justiz nicht ungebührlich zu verzögern und zu erschweren, ist eine möglichst flexible, koordinierte Vorgehensweise angezeigt.
- 11.6 Mit Inkrafttreten des neuen Kindesunterhaltsrechts erhielten minderjährige Kinder unverheirateter Eltern vom Gesetzgeber die Möglichkeit zuerkannt, neu auch Betreuungunterhalt geltend zu machen. Von dieser Möglichkeit haben die Beschwerdeführer vorliegend Gebrauch gemacht.

Der Anspruch auf Unterhalt trifft das Kind in einem sensiblen Bereich. Grundsätzlich wird die Abänderung eines bereits festgesetzten Unterhaltsbeitrags nicht rückwirkend, sondern lediglich für die Zukunft geprüft und gegebenenfalls bewilligt (AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm Scheidung, 3. Aufl. 2017, N. 79 zu allg. Bem. zu Art. 276-293 ZGB). Verzögert sich die Einleitung des Klageverfahrens,

kann dies deshalb gegebenenfalls für das Kind zu substantiellen finanziellen Einbussen führen. Es sollte deshalb mit der Einleitung des Abänderungsverfahrens nicht mehrere Monate zuwarten müssen, bis die Finanzierung des Prozesses gesichert ist. Ein vorgängiges Verfahren um Prozesskostenvorschuss gegen den Vater erscheint damit im vorliegenden Fall nicht zumutbar. Daran ändert nichts, dass infolge eines Irrtums seitens der Beschwerdeführer viel Zeit verloren ging (Einreichen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege beim Regionalgericht anstatt bei der Schlichtungsbehörde). Da in der Regel kein Anwalt die Vertretung ohne Honorarsicherheit – seien es nun Vorschüsse oder die Zusage der unentgeltlichen Rechtspflege – übernehmen wird, muss die unentgeltliche Rechtspflege vorab gewährt werden, um den Zugang zum Gericht resp. zur Schlichtungsbehörde zu sichern.

Das Gesuch der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege hätte somit im Eintretensfall nicht aus dem von der Vorinstanz angeführten Grund abgewiesen werden dürfen.

- 11.7 Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt folglich als begründet. Da die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege materiell bisher nicht beurteilt hat, ist jedoch – entgegen dem Antrag der Beschwerdeführer – kein reformatorischer Beschwerdeentscheid zu fällen, sondern die Sache zur Neubeurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, namentlich zur Beurteilung der Prozessaussichten, an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 Bst. a ZPO).

12. Zur Koordination der unentgeltlichen Rechtspflege mit einem allfälligen Anspruch auf elterlichen Prozesskostenvorschuss gilt es folgendes anzumerken:

Angesichts der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege ist es richtig, die Gewährung derselben an die Auflage zu knüpfen, einen Prozesskostenvorschuss des unterstützungspflichtigen Elternteils zu erwirken. Sollte ein solcher noch vor der Festsetzung des amtlichen Honorars erhältlich gemacht werden können, hat die Schlichtungsbehörde diesen bei der Entschädigung des amtlichen Anwalts zu berücksichtigen bzw. wird eine amtliche Entschädigung gegebenenfalls obsolet.

Könnte der Prozesskostenvorschuss im Zeitpunkt der Festsetzung des Honorars des amtlichen Anwalts hingegen noch nicht erhältlich gemacht werden, ist folgendes Vorgehen denkbar: Das amtliche Honorar wird von der Schlichtungsbehörde wie üblich festgesetzt und ausbezahlt. Da das Gemeinwesen in den Anspruch der Kinder gegen ihren unterhaltsverpflichteten Elternteil eintritt, hält die Schlichtungsbehörde sodann in ihrem Entscheid fest, dass im Umfang, in welchem der unterhaltsverpflichtete Elternteil zu einem Parteikostenvorschuss für das Schlichtungsverfahren verurteilt wird und die Kinder unentgeltliche Rechtspflege beansprucht haben, nicht an die Kinder, sondern gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB direkt an den Kanton Bern zu leisten ist. Die Pflicht zur Zahlung an den Kanton besteht – anders als die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO – unabhängig davon, ob der unterhaltsverpflichtete Elternteil «dazu in der Lage ist». Die Nachzahlungspflicht der Kinder ist hierzu subsidiär.

Spricht das Regionalgericht den Kindern im anschliessenden Hauptprozess eine Parteikostenentschädigung für das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde zu, hat es im Entscheid festzuhalten, dass der unterhaltsverpflichtete Elternteil diese Ent-

schädigung – sofern nicht bereits mittels Parteikostenvorschusses geleistet – im Umfang der im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren bevorschussten Prozesskosten nicht mehr an die Kinder, sondern an den Kanton zu bezahlen hat.

Damit das zuständige Regionalgericht diesem Umstand im Verfahren um Prozesskostenvorschuss resp. im Hauptverfahren in seinem Entscheiddispositiv Rechnung tragen kann, hat die Schlichtungsbehörde es auf die Subrogation des Kantons hinzuweisen.

IV.

13. Im Gegensatz zum Verfahren um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ist das Beschwerdeverfahren gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege abweisenden Entscheid nicht kostenlos (BGE 137 III 470 E. 6). Zuzufolge grundsätzlichen Obsiegens der Beschwerdeführer sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 600.00 (Art. 46 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), vom Kanton Bern zu tragen.
14. Die Gegenpartei im Hauptverfahren war am Beschwerdeverfahren nicht unmittelbar beteiligt und hat sich zur Beschwerde nicht vernehmen lassen. Deshalb trifft die Entschädigungspflicht den Kanton Bern, der materiell Gegenpartei ist und damit als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu betrachten ist (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.1).
- 14.1 Rechtsanwalt E._____ macht in seiner Kostennote vom 12. März 2018 für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von CHF 1'562.50 (inkl. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege), Auslagen von CHF 29.10 und Mehrwertsteuer von CHF 122.50 geltend, ausmachend total CHF 1'714.10.
- 14.2 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO und Art. 5 ff. der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]), wobei sich der Tarifrahmen nach Art. 5 Abs. 1 PKV anhand des Streitwerts bemisst. In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV, soweit die Parteivertretung im Rechtsmittelverfahren vom bisherigen Anwalt wahrgenommen wird (Art. 7 PKV). Innerhalb des Rahmentarifs ist der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses festzusetzen (Art. 41 Abs. 3 KAG).
- 14.3 Vorliegend ist von einem Streitwert unter CHF 2'000.00 auszugehen, wird vor der Schlichtungsbehörde doch mit einem anwaltlichen Aufwand von ca. 5 bis 8 Stunden gerechnet. Gemäss Tarifrahmen der Parteikostenverordnung kann im Rechtsmittelverfahren bei einem Streitwert unter CHF 8'000.00 ein Honorar von maximal CHF 1'500.00 beansprucht werden (50 % von CHF 3'000.00; Art. 5 i.V.m. 7 PKV). Angesichts der überdurchschnittlichen Bedeutung der Streitsache (unentgeltliche Rechtspflege betreffend Verfahren um Kindesunterhalt) und mit Blick auf den in der Sache gebotene Zeitaufwand rechtfertigt sich eine maximale Ausschöpfung des Tarifr Rahmens. Hinzu kommt der Aufwand für die Redaktion des Gesuchs um un-

entgeltliche Rechtspflege, so dass das Honorar gemäss eingereichter Kostennote festgesetzt werden kann. Dasselbe gilt für die Auslagen von CHF 29.10.

- 14.4 Der Kanton Bern hat den Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren folglich eine Parteientschädigung von CHF 1'714.10 (inkl. Auslagen und MWST) auszurichten.
15. Bei dieser Kostenverlegung ist das Gesuchsverfahren der Beschwerdeführer betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Es sind keine Gerichtskosten für das Gesuchsverfahren zu erheben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).
16. Die Gegenpartei im Hauptverfahren ist im oberinstanzlichen Verfahren nicht förmlich Partei. Eine Parteientschädigung an die Gegenpartei im Hauptverfahren steht damit ausser Diskussion. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens wäre eine solche auch nicht gerechtfertigt.

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als der Entscheid EO 17 888 / 17 889 der Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau vom 28. Dezember 2017 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 600.00 trägt der Kanton Bern.
3. Der Kanton Bern hat den Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'714.10 auszurichten (inkl. Auslagen und MWST).
4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben (ZK 18 11). Es werden keine Gerichtskosten für das Gesuchsverfahren erhoben.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführern
 - der Gegenpartei im HauptverfahrenMitzuteilen:
 - der Vorinstanz

Bern, 17. April 2018

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Der Gerichtsschreiber:

Knecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid (Hauptsache mit Streitwert über CHF 30'000.00) kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis

Der Entscheid ist rechtskräftig.