

6.3. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht/ Exécution forcée et faillite

(15) Unentgeltliche Rechtspflege im SchKG.

BGE 118 III 27 ff., 33 ff., 119 III 28 ff.

1. Ausprägungen, Voraussetzungen und Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege

Die unentgeltliche Rechtspflege kann als unentgeltliche Prozessführung oder als unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt werden.

Die *unentgeltliche Prozessführung* wird der ersuchenden Partei gewährt, wenn sie bedürftig ist, ihr Rechtsbegehren nicht zum vornherein aussichtslos erscheint und die verlangten Prozesshandlungen nicht unzulässig sind. Die unentgeltliche Prozessführung befreit die Partei ganz oder teilweise von der Bezahlung der Verfahrenskosten und damit auch von der Bezahlung eines Kostenvorschusses (BGE 118 III 32, 112 Ia 18).

Ein *unentgeltlicher Rechtsbeistand* wird einem Gesuchsteller dann beigegeben, wenn das Rechtsbegehren nicht zum vornherein aussichtslos erscheint, der Entscheid für den nicht rechtskundigen Gesuchsteller von erheblicher Tragweite ist und sich die im Verfahren unausweichlich stehenden Fragen nicht leicht beantworten lassen. Die Be-

stellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bedeutet, dass der Rechtsvertreter vom Staat entschädigt wird (BGE 117 Ia 22 f., 115 Ia 105, 112 Ia 18).

2. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts

Über das Schuldbetreibungs-, das Konkurs- und das Nachlassvertragsrecht steht dem Bund die umfassende, kantonale Recht grundsätzlich ausschliessende Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 64 Abs. 1 BV). Weder das SchKG noch die einschlägigen Verordnungen dazu sehen die Möglichkeit vor, einem Verfahrensbeteiligten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Das Bundesgericht ist in seiner bisherigen Rechtsprechung aufgrund dessen stets davon ausgegangen, dass ein solcher Anspruch im Betreibungsverfahren (BGE 55 I 366) und dabei insbesondere im Rechtsöffnungsverfahren (BGE 85 I 139) weder nach *kantonalem Recht* bestehen könne noch sich aus Art. 4 BV ableiten lasse. Sodann hat es die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren der Insolvenzerklärung bisher als nicht willkürlich bezeichnet (in BGE 118 III 29, 35 zit. unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil).

In BGE 114 III 69 hat das Bundesgericht erstmals seit langer Zeit die Frage wieder neu aufgeworfen, ob eine verfassungsmässige Auslegung der Art. 68 SchKG und Art. 54 Abs. 2 GebT dazu führe, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch im Bereich der Schuldbetreibung anzuerkennen. Es konnte diese Frage in casu offen lassen, liess aber durch die gewählte Formulierung erkennen, dass es einer Praxisänderung nicht abgeneigt wäre.

3. Die Praxisänderung des Bundesgerichts

In drei neueren Entscheiden hat nun das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung überprüft und eine Praxisänderung vorgenommen.

In allen Entscheiden ging es nur um die Frage, ob sich ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege aus Art. 4 BV ableiten lasse. Das Bundesgericht verweist zunächst auf zwei neuere Meinungsäusserungen in der Literatur, wonach die unentgeltliche Rechtspflege wenigstens in rein betriebsrechtlichen Streitigkeiten sowie im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 ff. SchKG anzuerkennen sei (vgl. A. STAEHELIN, Die betriebsrechtlichen Streitigkeiten, in Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 81 f.; P. M. ZEN-RUFFINEN, Assistance judiciaire et administrative: Les règles minimales imposées par l'article 4 de la Constitution fédérale, JdT 1989 I 58 f.).

In Berücksichtigung des *historischen Auslegungselementes* hält das Bundesgericht sodann fest, dass der Gesetzgeber das Zwangsvollstreckungsverfahren nach SchKG grundsätzlich nicht kostenfrei gestalten wollte. Der Kostenvorschusspflicht sollte jedoch auch keine weitere Bedeutung beigemessen werden als die, welche ihr allgemein zukommt: die Vorausleistung der Verfahrenskosten für diejenigen Handlungen, die im Interesse einer Partei vorgenommen werden sollen. In Anbetracht der zahlreichen Lücken im SchKG erscheint dem Bundesgericht seine seinerzeitige Annahme, der Gesetzgeber habe durch sein Schweigen die unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbet-

treibungs- und Konkursrecht ausdrücklich ausschliessen wollen (BGE 55 I 366), reichlich gewagt (BGE 118 III 31).

Das oberste Gericht geht für die Frage, ob im SchKG gestützt auf Art. 4 BV ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe, von der *Rechtsnatur des Zwangsvollstreckungsrechts* aus. Es hält dazu fest, dass sich die Zwangsvollstreckung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs wesentlich von derjenigen des Zivilprozessrechts unterscheidet. Einerseits beschränke sich die Zwangsvollstreckung nach SchKG auf die Vollstreckung von Geldforderungen und Ansprüchen auf Sicherheitsleistungen in Geld. Andererseits erfolge sie auf einfaches Begehren eines Gläubigers hin, ohne vorheriges Gerichtsurteil, regelmässig ohne richterliche Ermächtigung und oftmals auch ohne jegliche Mitwirkung einer Gerichtsbehörde. Die Schuldbetreibung stelle daher keinen Bestandteil des eigentlichen Zivilprozesses dar. Sie sei vielmehr ein besonderer Zweig des schweizerischen Rechtssystems, der dem *Verwaltungsrecht* angehöre und der besonderen Verwaltungsbehörden, nicht Gerichten, anvertraut sei (BGE 118 III 31).

Auf dieser Grundlage hält das Bundesgericht fest, dass die Erwägungen, die im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren sowie in bestimmten Bereichen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens zur Anerkennung eines Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege geführt hätten, dem Grundsatz nach auch in bezug auf das SchKG für die Gewährung eines solchen Anspruches sprechen (BGE 118 III 32, 35). Zu gewissen Ausprägungen dieses Grundsatzes konnte sich das Bundesgericht in drei Entscheiden näher aussprechen.

a. BGE 118 III 27 ff.

Im eigentlichen *Leitentscheid* zur neuen Praxis hält das Bundesgericht fest, dass dem *Schuldner*, der sich beim Konkursgericht nach Art. 191 SchKG zahlungsunfähig erklärt, im Rahmen des *Konkurseröffnungsverfahrens* die *unentgeltliche Prozessführung* zu gewähren sei, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen (BGE 118 III 32 E. 3c).

Die Bestellung eines *unentgeltlichen Rechtsbeistandes* wurde dem Antragsteller dagegen *verweigert*. Das Bundesgericht hält zutreffend fest, dass das Verfahren der Insolvenzerklärung einfach ausgestaltet ist. So hat der Schuldner, der über sein Vermögen die Generalexekution herbeiführen will, beim zuständigen Richter mündlich oder schriftlich zu erklären, er sei nicht mehr zahlungsfähig. Seine Insolvenz hat er weder zu beweisen noch glaubhaft zu machen. Ein Parteiverfahren, in welchem die Gläubiger Einwendungen vorbringen können, finde nicht statt. Da sich somit im Insolvenzverfahren weder Rechtsfragen stellen, die nicht leicht zu beantworten sind, noch besondere Rechtskunde erforderlich sei, mangle es an den Voraussetzungen zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (BGE 118 III 32 f. E 3d).

b. BGE 118 III 33 ff.

In diesem Entscheid gewährte das Bundesgericht einem *Gläubiger*, der sich im *Rechtsmittelverfahren* gegen die

Konkurseröffnung über den Schuldner zur Wehr setzte, die *unentgeltliche Prozessführung*. Es hielt dafür, dass wenn schon keine Einwände bestünden, dem Schuldner im Konkursöffnungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, so könne diese umso weniger *anderen Verfahrensbeteiligten* verweigert werden.

Zudem könnten die Überlegungen, die dazu geführt haben, dem Schuldner einen Anspruch auf einen *unentgeltlichen Rechtsbeistand* zur Abgabe der Insolvenzerklärung zu verweigern, nicht auf weitere Verfahrensbeteiligte im Rechtsmittelverfahren übertragen werden. Während die Konkursöffnung aufgrund einer Insolvenzerklärung von Bundesrechts wegen in einem äusserst einfachen Verfahren erfolgen müsse, das keine näheren Rechtskenntnisse voraussetze, erlaube es das SchKG den Kantonen, das Rechtsmittelverfahren in einer Weise auszugestalten, die einen Rechtsbeistand als notwendig erscheinen lassen könne. In casu handelte es sich bei der Gesuchstellerin um eine rechtsunkundige Ausländerin, so dass sie auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand angewiesen war (BGE 118 III 36 E. 2).

c. BGE 119 III 28 ff.

Das Bundesgericht hatte in diesem Fall die Frage zu klären, ob ein Konkurs gestützt auf Art. 230 Abs. 1 SchKG mangels Vermögen eingestellt werden darf, wenn der Richter dem *Schuldner* bei der Konkursöffnung aufgrund einer Insolvenzerklärung die unentgeltliche Prozessführung für das nachfolgende Konkursverfahren gewährt hat.

Das oberste Gericht hält fest, dass die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung den Gesuchsteller nur von der Haftung für die Kosten der Konkursöffnung und des Konkursverfahrens sowie von der Leistung eines entsprechenden Kostenvorschusses befreie. Ein voraussetzungsloser Anspruch auf Abwicklung des eingeleiteten Konkursverfahrens – unabhängig vom vorhandenen frei verfügbaren Vermögen – stehe dem Schuldner nicht zu. Dass der Konkursrichter bei der Bewilligung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung die Bedürftigkeit des Schuldners bejaht und sein Begehren nicht als aussichtslos beurteilt habe, entbinde diesen nicht davon, verwertbares Vermögen im Sinne von Art. 230 SchKG vorzuweisen, um die Einstellung des Konkurses zu verhindern (BGE 119 III 30 f. E. 2b).

4. Bemerkungen

1.) Die *Praxisänderung* des Bundesgerichts ist grundsätzlich *zu begrüssen*. Den Erwägungen des Bundesgerichts ist weitgehend zuzustimmen. Weder Art. 68 SchKG, wonach der Schuldner zwar die Betreuungskosten trägt, diese jedoch vom Gläubiger vorzuschüssen sind, noch Art. 169 SchKG, wonach derjenige, welcher das Konkursbegehren stellt, für die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung haftet und entsprechend vorschusspflichtig ist, stehen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestützt auf Art. 4 BV entgegen. Dem Gebührentarif zum SchKG kann ebenfalls kein entsprechender Ausschluss entnommen werden. So hält denn auch dessen Art. 1 – in Übereinstimmung mit Art. 16 SchKG, auf den er sich stützt – unter der

Marginale "Grundsatz der Ausschliesslichkeit" lediglich fest, dass die SchKG-Behörden für ihre Verrichtungen nur die in diesem Tarif vorgesehenen Gebühren und Entschädigungen beziehen dürfen. Daraus kann jedoch in keiner Weise geschlossen werden, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne eines qualifizierten Schweigens ausgeschlossen ist.

Auch *wertungsmässig* ist es angebracht, die unentgeltliche Rechtspflege nicht nur im verwaltungs- und zivilprozessrechtlichen Erkenntnisverfahren, sondern grundsätzlich in gleicher Weise auch im SchKG-Verfahren zu gewähren. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb ausgerechnet hier andere Regeln gelten sollen. Die Bedürftigkeit einer Partei soll auch im Vollstreckungsverfahren die Rechtsverwirklichung nicht beeinträchtigen.

2.) *Kritik und Unsicherheit in der Praxis* hat indessen die Frage heraufbeschworen, welche Auswirkungen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Kosten des Konkursverfahrens auf dessen Durchführung hat, wenn im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG nicht genügend Vermögen vorhanden ist (vgl. BISchK 1992, 148 f., 209 f.). Diese Frage bedarf in der Tat einer näheren Erörterung.

a. Gemäss Art. 169 SchKG haftet der Gläubiger bzw. der Schuldner (vgl. Art. 194 SchKG), der das Konkursbegehren stellt, für die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten. Hierfür kann der Konkursrichter oder das Konkursamt (Art. 35 Abs. 1 KOV) einen Kostenvorschuss verlangen. Wenn keinerlei zur Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird (bzw. das vorhandene Vermögen nicht zur Deckung der Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens ausreicht), wird der Konkurs eingestellt (bzw. das summarische Verfahren durchgeführt), wenn nicht ein Gläubiger die Durchführung des (ordentlichen) Konkursverfahrens verlangt und für diese Kosten einen Vorschuss leistet (Art. 230 Abs. 2, Art. 231 Abs. 2 SchKG).

Die Kosten für die Durchführung des Konkursverfahrens werden somit aus dem vorhandenen Massevermögen oder aus Vorschüssen gemäss Art. 169 oder Art. 230 (bzw. Art. 231) SchKG bestritten (Art. 262 SchKG; C. JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Zürich 1911, N 3 zu Art. 262 SchKG). Die Kostentragungs- bzw. die Vorschusspflicht gemäss Art. 169 und Art. 230 (bzw. Art. 231) SchKG haben somit *denselben Zweck: Die Deckung der Kosten des Konkursverfahrens*. Sie müssen deshalb auch in bezug auf die unentgeltliche Rechtspflege, welche von der Kostenpflicht befreit, gleich behandelt werden.

Nicht zugestimmt werden kann daher den Ausführungen der Redaktion von BISchK, wonach von einem Gläubiger gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG gar kein Kostenvorschuss im prozessualen Sinn, sondern die Herstellung eines Minimums an Konkursmasse verlangt werde (BISchK 1992, 149). Zutreffend ist, dass die Gläubiger gemäss Art. 230 Abs. 2 (bzw. Art. 231 Abs. 2) SchKG für eine minimale Konkursmasse sorgen müssen, damit der Konkurs

überhaupt (bzw. im ordentlichen Verfahren) durchgeführt wird. Ihre hierfür zu leistenden Vorschüsse dienen jedoch einzig der Sicherung der Verfahrenskosten (Art. 230 Abs. 2, Art. 231 Abs. 2 SchKG). Der Umstand, dass das Gesetz die Durchführung des Konkurses vom Vorliegen von genügend Verwertungssubstrat abhängig macht, ändert jedoch nichts daran, dass es sich bei Art. 230 Abs. 2 (bzw. Art. 231 Abs. 2) SchKG um normale *Vorschüsse im prozessrechtlichen Sinn* handelt.

Die vom Bundesgericht praktizierte Unterscheidung – Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen von Art. 169 SchKG und deren Verweigerung in bezug auf Art. 230 (bzw. Art. 231) SchKG (BGE 119 III 30 f. E. 2b bb) – *überzeugt* aufgrund des Gesagten *nicht*. Es macht keinen Sinn, zunächst einem Gesuchsteller (Gläubiger oder Schuldner) im Rahmen von Art. 169 SchKG die unentgeltliche Rechtspflege in bezug auf die Kosten des Konkursverfahrens zu gewähren, womit er von der Haftung der Kosten für das Konkursverfahren und von der Leistung eines entsprechenden Vorschusses befreit ist (BGE 118 III 28 E. 2a und 3c, 119 III 30 E. 2b bb), nachfolgend aber aufgrund von Art. 230 Abs. 2 (bzw. Art. 231 Abs. 2) SchKG zu verlangen, dass genügend Vermögen vorhanden sein müsse, um gerade diese Kosten zu decken. Diese *Argumentation*, wie sie in BGE 119 III 30 f. E. 2b bb vorgebracht wurde, ist *widersprüchlich*. Insofern ist der von der Praxis vorgebrachten Kritik zuzustimmen (vgl. BISchK 1992, 209 f.).

b. Es stellt sich somit die Frage, ob die *unentgeltliche Rechtspflege für die Durchführung des Konkursverfahrens* (Art. 169 und Art. 230 Abs. 2 bzw. Art. 231 Abs. 2 SchKG) auch dann gewährt werden muss, wenn diese *Kosten nicht* durch vorhandenes Massevermögen *gedeckt* sind.

Wie gesehen, entbindet die unentgeltliche Prozessführung für das Konkursverfahren von der Haftung für dessen Kosten und von der Leistung eines entsprechenden Vorschusses (BGE 118 III 28 E. 2a und 3c, 119 III 30 E. 2b bb). Art. 230 Abs. 2 (bzw. Art. 231 Abs. 2) SchKG macht die Durchführung des (ordentlichen) Konkursverfahrens gerade von der Deckung dieser Kosten abhängig und verlangt von den Gläubigern entsprechende Vorschüsse. Aus *logischer Sicht* kann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege somit nicht mit der Begründung verweigert werden, das vorhandene Massevermögen reiche zur Deckung der Kosten für das Konkursverfahren nicht aus. Das Armenrecht entbindet ja gerade von der Zahlung und der Vorschussleistung dieser Kosten. Es ist deshalb nur folgerichtig, das Armenrecht – bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen – auch dann zu erteilen, wenn die Kosten des Verfahrens nicht gedeckt sind.

Ohne Bedeutung ist, ob der *Schuldner oder ein Gläubiger* das Begehren um Eröffnung des Konkurses stellt. Wer armengenössig ist, ob Schuldner oder Gläubiger, hat grundsätzlich Anspruch auf Durchführung des Konkursverfahrens. Dies gilt wohl selbst dann, wenn ein Gläubiger, der nicht selbst das Konkursbegehren gestellt hat, im

Rahmen von Art. 230 Abs. 2 (bzw. Art. 231 Abs. 2) SchKG das Armenrecht in Anspruch nimmt.

Die Abwicklung des ordentlichen Verfahrens kann m. E. jedoch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend weder der Schuldner noch ein Gläubiger verlangen. Die Durchführung des *summarischen Verfahrens* stellt für den Schuldner denn auch keinen Nachteil dar. Den Gläubigern sodann ist die im summarischen Verfahren eingeschränkte Mitwirkungsmöglichkeit (Art. 96 lit. a KOV) durchaus zuzumuten.

c. Die *Konsequenz* dieser Praxisänderung wäre, dass grundsätzlich alle Konkurse, die bis anhin mangels Aktiven eingestellt wurden (Art. 230 Abs. 1 SchKG), aufgrund der Bedürftigkeit des Schuldners oder auch nur eines Gläubigers infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durchgeführt werden müssten. Es muss daher die Frage gestellt werden, ob das bisherige durch Auslegung ermittelte Ergebnis auch *wertungsmässig* zu begrüssen ist.

aa. Diese weitreichenden Konsequenzen sind m. E. nicht erwünscht. Es kann nicht Aufgabe des Staates sein, in jedem Fall für die Kosten von Konkursverfahren aufzukommen, wenn keinerlei Aktiven vorhanden sind. Die Durchführung solcher Verfahren ist nur beschränkt sinnvoll, auch wenn sie den Beteiligten, v. a. dem Schuldner, gewisse Vorteile bringt (vgl. Art. 265 SchKG).

Vom *Ergebnis* her betrachtet, sollte m. E. das *Armenrecht* für die Kosten des Konkursverfahrens dann *nicht gewährt* werden, wenn *der Schuldner die Insolvenzerklärung abgibt*. Der Schuldner, der sich lästigen Lohnpfändungen entziehen (Art. 206 SchKG) und die Einrede des mangelnden neuen Vermögens in Anspruch nehmen will (Art. 265 Abs. 2 und 3 SchKG), soll dafür besorgt sein, dass die Kosten des Konkursverfahrens gedeckt sind.

In bezug auf die *Gläubiger* dagegen rechtfertigt es sich, ihnen bei Vorliegen der Voraussetzungen das *Armenrecht* auch für die Durchführung des Konkursverfahrens *zu gewähren*. Die Bedürftigkeit eines Gläubigers soll die Rechtsverwirklichung nicht verhindern.

bb. Der Ausschluss des Armenrechts für die Kosten des Konkursverfahrens bei Insolvenzerklärung des Schuldners verlangt nach einer *Begründung*.

Einen Ansatz hat die *Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts* in unverbindlicher Beantwortung einer Anfrage des Aargauer Obergerichts aufgezeigt. Wenn feststehe, dass der Konkurs mangels Aktiven nach seiner Eröffnung wieder eingestellt werden müsse, sei von der *Aussichtslosigkeit der Insolvenzerklärung* auszugehen. Damit fehle es an einer Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. BLSchK 1992, 210).

Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Auch wenn feststeht, dass kein Massevermögen vorhanden ist, so muss der Konkurs dennoch durchgeführt werden, wenn ein Gläubiger dies verlangt und für die erforderlichen Kosten Vorschuss leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Es kann deshalb im Konkursöffnungsverfahren aufgrund einer Insolvenzerklärung des Schuldners schon

aus verfahrensrechtlichen bzw. zeitlichen Gründen nicht behauptet werden, sein Begehren sei von vornherein aussichtslos. Zu bedenken ist sodann auch, dass der Masse gerade durch die Konkursöffnung gewisse Aktiven zugeführt werden können (vgl. Art. 285 ff. SchKG).

Die oben umschriebene Einschränkung des Anwendungsbereiches des Armenrechts lässt sich nicht durch Verneinung einer der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege begründen. Anknüpfungspunkt kann m. E. nur sein, dass dieses Rechtsinstitut von ihrem *Zweck* her hinsichtlich der Kosten für das Konkursverfahren nicht zum Tragen kommen kann, wenn der Schuldner die Insolvenzerklärung abgibt. Es kann nicht Aufgabe des Armenrechts sein, dem Schuldner, aus dessen Vermögen weder seine Gläubiger befriedigt noch die Verfahrenskosten gedeckt werden können, Vorteile zulasten seiner Gläubiger zukommen zu lassen (Art. 206, Art. 265 Abs. 2 und 3 SchKG). Hier geht es in keiner Weise um den Gedanken der *Rechtsverwirklichung*, der dem Armenrecht zugrunde liegt. Im Sinne einer teleologischen Reduktion findet die unentgeltliche Rechtspflege für den Schuldner in bezug auf die Verfahrenskosten keine Anwendung.

3.) Offen bleibt auch nach der Praxisänderung die Frage, ob die *Kantone* befugt sind, über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in SchKG-Sachen zu legiferieren. Diese Frage verliert allerdings mit der Anerkennung einer bundesrechtlichen Minimalgarantie gemäss Art. 4 BV wesentlich an Bedeutung. Solche Regelungen wären deshalb nur dann von praktischem Nutzen, wenn sie über dem bundesrechtlichen Minimalanspruch hinausgehen, d. h. wenn sie an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geringere Anforderungen stellen würden. Ohne auf diese Frage im Rahmen dieser Entscheidbesprechung näher eingehen zu wollen, ist m. E. die kantonale Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich zu bejahen. Die Lückenhaftigkeit des SchKG spricht gegen eine abschliessende, kantonales Recht ausschliessende bundesrechtliche Regelung (gl. M. JAEGER, N 7 zu Art. 2 und N 2 zu Art. 16 SchKG; H. FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 1. Halbband, 2. A., Zürich 1967, 100; H. FRITZSCHE/H. U. WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 15 Nr. 13; STAEHELIN, 82; ZEN-RUFFINEN, 59; ablehnend: ZR 1941 Nr. 12 26; eher ablehnend: BGE 55 I 366, 85 I 140).

5. Auswirkungen der Praxisänderung

1.) Der sich aus Art. 4 BV ergebende Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege findet grundsätzlich *im gesamten Gebiet des SchKG* Anwendung, ohne Bedeutung, ob es sich um eine Spezialexécution (Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung) oder um ein Konkurs- oder ein Nachlassverfahren handelt.

2.) Dies gilt zunächst einmal für alle *richterlichen Verfahren*. Das Armenrecht (unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlicher Rechtsbeistand) kommt für rein materielle und betreibungsrechtliche Streitigkeiten und

für betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht zur Anwendung. Dieser Anspruch gilt sodann auch dort, wo der Richter auf einseitigen Antrag Verfügungen erlässt (für das Konkursöffnungsverfahren vgl. BGE 118 III 27 ff., 33 ff.).

3.) Das Armenrecht kommt grundsätzlich auch für *sämtliche Betreibungshandlungen der Ämter* zur Anwendung. Dies hat vor allem Bedeutung für die Gläubiger. Sofern die Voraussetzungen der *unentgeltlichen Prozessführung* vorliegen, sind sie für die einzelnen Betreibungshandlungen der Ämter von der Vorschusspflicht (Art. 68 Abs. 1 SchKG) befreit. Da sich dabei in aller Regel keine nicht leicht zu beantwortenden Rechtsfragen stellen, besteht *kein* Anspruch auf einen *unentgeltlichen Rechtsbeistand*.

Für den Anwendungsbereich des Armenrechts in bezug auf die Kosten des *Konkursverfahrens* kann auf das oben unter 4. und 2. Gesagte verwiesen werden. Die Frage der Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes stellt sich für das Konkursverfahren selbst nicht. Ein solcher kann allenfalls für ein in das Konkursverfahren eingebettetes Gerichts- oder Beschwerdeverfahren bestellt werden.

4.) Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege muss auch im *Beschwerdeverfahren* Geltung haben. Diese Ansicht teilt nun – allerdings ohne weitere Begründung – auch das Bundesgericht. Allzu sicher scheint es sich dabei jedoch offensichtlich nicht zu sein, wurde doch gerade diese Erwägung des unter 3.a hiervoor genannten Entscheids nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen (vgl. aber die Wiedergabe in BISchK 1992, 147 f.).

Der bisherigen Meinung des Bundesgerichts, die Gewährung des Armenrechts komme von vornherein nicht in Frage, da das Beschwerdeverfahren grundsätzlich in allen Instanzen gebührenfrei sei (Art. 67 Abs. 2 GebT; BGE 83 III 30, 102 III 13), kann nicht zugestimmt werden. Barauslagen der Aufsichtsbehörden, z. B. für Zeugeneinvernahmen und Sachverständigenhonorare, sind von der Unentgeltlichkeit gemäss Gebührentarif nicht erfasst, weshalb auch in diesem Bereich Kostenvorschüsse in Betracht kommen, die für eine Partei belastend sein können (vgl. FRITZSCHE/WALDER, § 15 Nr. 14 m.w.H.).

Im Beschwerdeverfahren besteht grundsätzlich auch ein Anspruch auf *unentgeltlichen Rechtsbeistand* (so nun auch das Bundesgericht in einer nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Erwägung; vgl. die Wiedergabe in BISchK 1992, 147 f.; anders bisher in bezug auf Art. 152 OG: BGE 83 III 30 f., 102 III 13). Im Beschwerdeverfahren stellen sich immer wieder – nicht zuletzt aufgrund der vielen Lücken im SchKG – sehr heikle Rechtsfragen. Gerade solche Überlegungen haben denn auch das Bundesgericht dazu geführt, einer rechtsunkundigen Ausländerin im Rechtsmittelverfahren der Konkursöffnung einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (BGE 118 III 36 E. 2a). Für das Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden kann diesbezüglich nichts anderes gelten.

5.) Diese Praxisänderung wird nach dem heutigen Stand des laufenden *Revisionsverfahrens des SchKG* auch nach dessen Abschluss seine Bedeutung behalten. Weder war im

Revisionsentwurf des Bundesrates eine Bestimmung über das Armenrecht enthalten, noch haben die Eidgenössischen Räte eine solche allgemeine Norm eingefügt.

Der *Ständerat* beschloss jedoch als Zweitrat, neu eine Bestimmung ins SchKG aufzunehmen, wonach der *Konkursmasse* (an die Nachlassmasse wurde offenbar nicht gedacht) die unentgeltliche Prozessführung gewährt bzw. sie von der Kautionspflicht befreit werden kann, wenn es Armut und die gesamten Umstände erfordern (vgl. NZZ Nr. 221 vom 23. September 1993, 26). Ob und allenfalls in welcher Form dieser Vorschlag letztlich Gesetz wird, muss sich im Differenzbereinigungsverfahren entscheiden.

RA lic. iur. Franco Lorandi, Zürich