Urteilskopf

118 III 27

10. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. April 1992 i.S. M. gegen Appellationshof des Kantons X. (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Art. 4 BV, Art. 169 und Art. 191 SchKG; Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.

Der aus Art. 4 BV abgeleitete Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist grundsätzlich auch für das Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung gewährleistet (Änderung der Rechtsprechung). Unter den allgemeinen Voraussetzungen befreit er den Schuldner von der Pflicht, den gestützt auf Art. 169 SchKG verlangten Kostenvorschuss zu leisten; ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung besteht für das Verfahren der Konkurseröffnung nicht.

Regeste (fr):
Art. 4 Cst., art. 169 et art. 191 LP; droit à l'assistance judiciaire.

Le droit à l'assistance judiciaire découlant de l'art. 4 Cst. est en principe aussi garanti pour la procédure de faillite ensuite d'une déclaration d'insolvabilité (changement de jurisprudence). Aux conditions usuelles d'octroi de l'assistance judiciaire, le débiteur est libéré de l'obligation de fournir l'avance de frais prévue à l'art. 169 LP. En revanche, le droit à un avocat d'office n'existe pas pour la procédure d'ouverture de la faillite.

Regesto (it):
Art. 4 Cost., art. 169 e art. 191 LEF; diritto all'assistenza giudiziaria.

Il diritto all'assistenza giudiziaria sgorgante dall'art. 4 Cost. è, in linea di principio, pure garantito per la procedura di fallimento in seguito a una dichiarazione d'insolvenza (cambiamento della giurisprudenza). Riservati i presupposti generali, esso libera il debitore dall'obbligo di versare l'anticipo delle spese previsto dall'art. 169 LEF; un diritto al gratuito patrocinio non sussiste per la procedura di apertura del fallimento.

Sachverhalt ab Seite 27

BGE 118 III 27 S. 27

A.- M. erklärte sich beim Gerichtspräsidenten zahlungsunfähig und verlangte gestützt auf Art. 191 SchKG die Konkurseröffnung. Gleichzeitig stellte er das Begehren, es sei ihm im Verfahren nach Art. 191 SchKG die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und Fürsprecher S. als amtlicher Anwalt beizuordnen. Mit Entscheid vom 19. September 1991 wies der Gerichtspräsident das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ab. Er auferlegte die diesbezüglichen Gerichtskosten dem Gesuchsteller zur Bezahlung und forderte diesen auf, binnen 5 Tagen für das durchzuführende Konkursverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten; bei nicht fristgerechter Bezahlung werde die Insolvenzerklärung ohne weiteres mangels rechtlichen Interesses vom Protokoll abgeschrieben. Gegen diesen Entscheid rekurrierte M. an den Appellationshof des Kantons X. und verlangte die unentgeltliche Prozessführung und die

Verbeiständung durch Fürsprecher S. als Amtsanwalt sowohl für das Konkursverfahren als auch im Verfahren um die unentgeltliche Prozessführung vor dem Gerichtspräsidenten. Der Appellationshof des Kantons X. wies den Rekurs am 9. Oktober 1991 vollumfänglich ab.

B.- M. führt staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV und beantragt, der Entscheid des Appellationshofes sei aufzuheben. Das Bundesgericht heisst die staatsrechtliche Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Eine Verletzung von Art. 4 BV erblickt der Beschwerdeführer darin, dass der Appellationshof seinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege beeinträchtigt und ihm damit den Zugang zum Privatkonkurs gemäss Art. 191 SchKG in verfassungswidriger Weise verweigert habe. Insgesamt hält er dafür, die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sei für das Einreichen der Insolvenzerklärung notwendig und die unentgeltliche Prozessführung müsse für das Gesuch um Eröffnung des Konkurses sowie für das Verfahren nach der Konkurseröffnung gewährt werden. Vorliegend einzig zu prüfende Frage ist somit, ob unmittelbar aus Art. 4 BV ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) im Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung abgeleitet werden kann. a) Über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht steht dem Bund die Gesetzgebung zu (Art. 64 Abs. 1 BV), und zwar in einem umfassenden, kantonales Recht grundsätzlich ausschliessenden Sinne (vgl. etwa PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dette, faillite et concordat, 2. A. Lausanne 1988, S. 26). Hinsichtlich der Kosten im Konkursverfahren bestimmt Art. 169 SchKG, dass der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, für die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehenden Kosten haftet (Abs. 1) und das Gericht von ihm einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen kann (Abs. 2). Für die gerichtliche Spruchgebühr ist von derjenigen Partei ein Vorschuss zu leisten, die den Richter angerufen oder den Entscheid weitergezogen hat (Art. 54 Abs. 2 GebTSchKG). Sie ist eine Pauschalgebühr (Art. 54 Abs. 1 GebTSchKG) und bemisst sich nicht nach kantonalen Tarifen, sondern ausschliesslich nach

dem bundesrätlich verordneten Gebührentarif zum SchKG (Art. 52 i.V.m. Art. 55 GebTSchKG). aa) Die Bestimmungen über die Kosten im Konkursverfahren machen keinerlei Vorbehalt zugunsten der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Bundesgericht ist in seiner Rechtsprechung denn auch immer davon ausgegangen, dass ein solcher Anspruch im Betreibungsverfahren (BGE 55 I 366) und dabei insbesondere im Rechtsöffnungsverfahren (BGE 85 I 139 mit Hinweisen) nicht bestehe. Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren der Insolvenzerklärung ist bisher nicht als willkürlich beurteilt worden (nicht veröffentlichtes Bundesgerichtsurteil i.S. S. c. Richteramt IV Bern vom 2. Juni 1978, E. 2). Die Frage, ob eine verfassungsmässige Auslegung der Art. 68 SchKG und 54 Abs. 2 GebTSchKG dazu führe, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch im Bereich der Schuldbetreibung anzuerkennen, hat das Bundesgericht in BGE 114 III 69 E. c erstmals wieder neu aufgeworfen, aber nicht beantwortet. bb) Einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat das Bundesgericht in jüngster Zeit nicht nur für den Zivil- und Strafprozess (BGE 112 Ia 15 E. 3a

mit Hinweisen), sondern auch für das Verwaltungsbeschwerde- und das Verwaltungsgerichtsverfahren unmittelbar aus Art. 4 BV abgeleitet (BGE 112 Ia 17 E. 3c); in gewissen zeitlichen und sachlichen Grenzen ist dieser Anspruch in der Folge auf das nichtstreitige IV-Abklärungsverfahren gemäss Art. 65 ff. IVV ausgedehnt (BGE 114 V 234 E. 5) und neuerdings auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren betreffend Rückversetzung in den Massnahmenvollzug bzw. Vollzug der aufgeschobenen Strafe anerkannt worden (BGE 117 Ia 279 E. 5a). cc) Dem grundsätzlichen Ausschluss des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungsverfahren ist in der neueren Literatur Kritik erwachsen. Unter Hinweis auf die Entwicklung in der Rechtsprechung wird angeregt, diese Ansprüche wenigstens in rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten sowie im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 ff. SchKG anzuerkennen (vgl. ADRIAN STAEHELIN, Die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, in: FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 81 f.; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Assistance judiciaire et administrative: Les règles minimales imposées par l'art. 4 de la Constitution fédérale, in: JdT 137/1989 I S. 58 f.). b) Die Kosten, für die der antragstellende Gläubiger gemäss Art. 169 SchKG haftet, umfassen sowohl die Gebühren und Auslagen des Konkursamtes bis zur ersten Gläubigerversammlung als

auch jene des Gerichtes für das Konkurserkenntnis (vgl. GILLIÉRON, a.a.O., S. 266; HANS-ULRICH WALDER, SchKG, 12. A. Zürich 1990, Verweise/Anmerkungen zu Art. 169 SchKG; WERNER BAUMANN, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1979, S. 94). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bewirkt die Missachtung der gestützt auf Art. 169 Abs. 2 SchKG angesetzten Zahlungsfrist, dass der Konkurs nicht eröffnet werden darf (BGE 113 III 118 E. 3b), d.h. auch im Konkursrecht ist die rechtzeitige Hinterlegung eines vom Richter einverlangten Kostenvorschusses Voraussetzung dafür, dass die geforderte Amtshandlung vorgenommen werden kann (BGE 97 I 612 f. mit Literaturhinweisen).
c) Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes gilt die Kostenvorschusspflicht gemäss Art. 169 SchKG auch für "die ohne vorgängige Betreibung erfolgten Konkurseröffnungen" (Art. 194 SchKG), so dass dem Schuldner, der sich beim Konkursgerichte nach Art. 191 SchKG zahlungsunfähig erklärt, die Konkurseröffnung verweigert werden darf, wenn er den festgesetzten Kostenvorschuss nicht leistet. Die Zulässigkeit, auch bei Insolvenzerklärung einen Kostenvorschuss zu verlangen, wird in Art. 35 der bundesgerichtlichen Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV) ausdrücklich bestätigt und ist im übrigen nach der herrschenden Lehre unbestritten (vgl. die Literaturhinweise bei BEAT LANTER, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Diss. Zürich 1976, S. 45 Fn. 2; ebenso: KURT AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A. Bern 1988, N 33 zu § 38; GILLIÉRON, a.a.O., S. 266 und 269; a.M. ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 604 Anm. 26). d) Die Bestimmungen über die Tragung der Kosten und deren Bevorschussung, wie sie in den Art. 68 und 169 SchKG festgeschrieben sind, waren bereits im ersten Gesetzesentwurf des Bundesrats enthalten. In seinen Erläuterungen führte er diesbezüglich aus: "Es ist die Absicht des Entwurfes, dem Gläubiger die Durchführung einer Betreibung auch ausserhalb seines Wohnortes, Betreibungskreises oder Kantons ohne Zuhilfenahme eines Vertreters zu ermöglichen. Darum enthält der Entwurf (Art. 53) die Vorschrift, dass der Gläubiger von Bestellung einer Kaution enthoben sei, dagegen für die vom Beamten ohne Begehren des Gläubigers vorzunehmenden Betreibungshandlungen die Kosten vorzuschiessen habe, ..." (BBl 1886 II 59). In seinem umgearbeiteten Entwurf für die zweite Beratung in den Kammern strich der Bundesrat das Verbot, dem

Gläubiger eine Sicherheitsbestellung aufzuerlegen, da das Bundesgesetz alle vom Gläubiger zu erfüllenden Bedingungen in erschöpfender Weise aufzähle (BBl 1888 I 359). Die nachmaligen Art. 68 und 169 SchKG wurden in der Folge nicht mehr geändert. e) Aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes sowie den Materialien ergibt sich somit lediglich, dass der Gesetzgeber das Zwangsvollstreckungsverfahren nach SchKG grundsätzlich nicht kostenfrei gestalten und der Kostenvorschusspflicht keine andere Bedeutung beimessen wollte als die, die 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, die durch die Rechtsprechung geschlossen werden mussten (AMONN, a.a.O., N 17 zu § 3), erscheint die seinerzeitige Annahme des Bundesgerichts, der Gesetzgeber habe durch sein Schweigen die unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren ausdrücklich ausschliessen wollen (vgl. BGE 55 I 366), "reichlich gewagt" (MAX GULDENER, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, in: ZSR 74/1955 I S. 32).

3. Bei Entscheidung der Frage, ob im Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung gestützt auf Art. 4 BV ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) bestehe, ist demnach allein von der Rechtsnatur der Zwangsvollstreckung im allgemeinen und des Konkurses gemäss Art. 191 SchKG im besonderen auszugehen. a) Die Zwangsvollstreckung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unterscheidet sich wesentlich von derjenigen des Zivilprozessrechts, zumal sie einerseits auf die Vollstreckung von Geldforderungen und Ansprüchen auf Sicherheitsleistung in Geld beschränkt ist, und andererseits auf einfaches Begehren des Gläubigers hin, ohne vorheriges Gerichtsurteil, regelmässig ohne richterliche Ermächtigung und oftmals auch ohne jegliche Mitwirkung einer Gerichtsbehörde stattfinden kann. Die Schuldbetreibung ist daher kein Bestandteil des eigentlichen Zivilprozesses; sie ist ein besonderer Zweig des schweizerischen Rechtssystems, der dem Verwaltungsrecht angehört und der besonderen Verwaltungsbehörden, nicht Gerichten, anvertraut ist (vgl. BGE 96 III 98; ANTOINE FAVRE, Droit de poursuite, 3. A. Fribourg 1974, S. 10 f.; GILLIÉRON, a.a.O., S. 28; BLUMENSTEIN, a.a.O., S. 2 ff.; AMONN, a.a.O., N 11 und N 14 ff. zu § 1).
b) Ist der verwaltungsrechtliche Charakter des Konkursverfahrens bis zur ersten Gläubigerversammlung (Inventaraufnahme,

Sicherungsmassnahmen usw.) offenkundig, mag dies für das Konkurseröffnungsverfahren vor dem Richter zweifelhaft scheinen. Nach der herrschenden Lehre bildet die Konkurseröffnung indes keine richterliche Tätigkeit im Sinne eines Erkenntnisverfahrens; das Konkursgericht wird vielmehr als Organ des Vollstreckungsrechts tätig, und sein Entscheid ist Teil des Konkursverfahrens (GILLIÉRON, a.a.O., S. 66; FAVRE, a.a.O., S. 81; HANS FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 2, 2. A. Zürich 1968, S. 14; BLUMENSTEIN, a.a.O., S. 110). Diese rein betreibungsrechtlichen Charakter aufweisende Verfügung wurde nur wegen der besonderen Tragweite der Entscheidung sowie im Interesse der Rechtssicherheit dem Richter als Betreibungsorgan übertragen (AMONN, a.a.O., N 46 zu § 4). Auch das Konkurseröffnungsverfahren, für dessen Kosten die gesuchstellende Partei vorschusspflichtig ist, erweist sich somit seinem Wesen nach als verwaltungsrechtlicher Natur. c) Die Erwägungen, die im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren sowie in bestimmten Bereichen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens zur Anerkennung eines Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege geführt haben (E. 2a/bb hiervor), sprechen dem Grundsatze nach für die Gewährung eines ebensolchen Anspruchs im Verfahren der Konkurseröffnung zufolge Insolvenzerklärung und des Konkurses bis zur ersten Gläubigerversammlung. Die unentgeltliche Prozessführung befreit dabei ganz oder teilweise von der Bezahlung der Verfahrenskosten und damit auch von der Bezahlung eines Kostenvorschusses, sofern die ersuchende Partei bedürftig ist, ihr Rechtsbegehren nicht zum vornherein aussichtslos erscheint und die verlangten Prozesshandlungen nicht unzulässig sind (BGE 112 Ia 18 mit Hinweisen). d) Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wie sie der Beschwerdeführer für das Einreichen der Insolvenzerklärung verlangt, drängt sich indes nicht auf. Fragen, die sich nicht leicht beantworten liessen,

stellen sich dabei keine, und auch eine besondere Rechtskunde zur Abgabe der Insolvenzerklärung, die einen Anspruch auf Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes rechtfertigte, ist nicht erforderlich (vgl. BGE 115 Ia 105; BGE 112 Ia 18, je mit Hinweisen). Das diesbezügliche Verfahren ist denn auch einfach ausgestaltet: Der Schuldner, der über sein Vermögen die Generalexekution herbeiführen will, hat beim zuständigen Richter mündlich oder schriftlich zu erklären, er sei nicht mehr zahlungsfähig. Seine Insolvenz braucht er weder zu beweisen noch glaubhaft zu machen,

und der Konkursrichter darf solches auch nicht fordern (CARL JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bde., 3. A. Zürich 1911, N 3 zu Art. 191 SchKG; GILLIÉRON, a.a.O., S. 266). Der blosse Antrag an den Richter genügt; ein Parteiverfahren, in welchem die Gläubiger des Antragstellers ihre Einwendungen vorbringen könnten, ähnlich wie dies im Rechtsöffnungs- und im Konkursverfahren auf Begehren eines Gläubigers für den Schuldner zulässig ist, findet nicht statt (AMONN, a.a.O., N 28 f. zu § 36, N 27 und N 32 zu § 38). e) Seinen Rekursentscheid vom 9. Oktober 1991 hat der Appellationshof des Kantons X. nicht nur mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet, sondern auch mit der Überlegung gestützt, dass durch die Kostenvorschusspflicht, angesichts der beschränkten Prüfungsmöglichkeit des Konkursrichters im Verfahren nach Art. 191 SchKG, nicht zuletzt rechtsmissbräuchlichen Insolvenzerklärungen entgegengewirkt werden könne (AMONN, a.a.O., N 27 f. und N 33 zu § 38). Die unbedingte Aufrechterhaltung der Kostenvorschusspflicht und damit gegebenenfalls die Verweigerung des verfassungsmässigen Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege lässt sich indes auch mit dieser Begründung nicht rechtfertigen. Ob eine Verletzung der sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Grundsätze, die auch im Zwangsvollstreckungsrecht zu beachten sind (BGE 113 III 3 E. a mit Hinweis), vorliege, hat der Richter nämlich in jedem Einzelfall von Amtes wegen unter Würdigung sämtlicher Umstände zu prüfen und zu entscheiden (BGE 115 II 339; BGE 104 II 101 E. 2 und 3 mit Hinweisen).