

5). Art. 230 Abs. 2 SchKG, Art. 4 BV. – Sicherheitsleistung durch einen Gläubiger bei mangels Aktiven eingestelltem Konkursverfahren. Es besteht kein Anspruch des mittellosen Gläubigers auf unentgeltliche Rechtspflege und damit auf Erlass der vom Konkursamt geforderten Sicherheitsleistung.

Art. 230 al. 2 LP, 4 Cst. – *Avance de frais de la part d'un créancier dans le cas d'une faillite suspendue faute d'actif. Un créancier dépourvu de moyens financiers n'a pas droit à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite pour payer l'avance de frais requise par l'office des faillites.*

### I.

1. Das Konkursamt Wetzikon machte durch Publikation im kantonalen Amtsblatt vom 19. Mai 1995 bekannt, dass mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Hinwil vom 8. März 1995 über die K. der Konkurs eröffnet, das Verfahren aber mit Verfügung dieses Richters am 10. Mai 1995 mangels Aktiven wieder eingestellt worden sei; sofern nicht ein Gläubiger bis zum 29. Mai 1995 die Durchführung des Verfahrens begehre, sich gleichzeitig zur Übernahme des ungedeckten Teils der Verfahrenskosten verpflichte und daran vorläufig einen Barvorschuss von Fr. 20 000.– leiste, gelte das Verfahren als geschlossen.

2. Mit Eingabe an das Konkursamt Wetzikon vom 29. Mai 1995 liess C. S. beantragen, es sei über die Gemeinschuldnerin das summarische Konkursverfahren im Sinne von Art. 231 SchKG durchzuführen, sie sei von der Pflicht zur Leistung eines Barvorschusses zu befreien und bei der Durchführung des Konkursverfahrens seien als Aktiven der Konkursmasse namentlich die Verantwortlichkeitsansprüche im Sinne von Art. 754 ff. OR gegen den Verwaltungsrat, die Revisionsstelle und sonstige, allenfalls faktische Organe der Gemeinschuldnerin zu inventarisieren und der Gläubigergesamtheit zur Abtretung anzubieten.

Zur Begründung ihres Begehrens machte die Gesuchstellerin geltend, sie habe gegen die Gemeinschuldnerin eine Forderung von rund Fr. 12 500.–, worüber beim Bezirksgericht Hinwil ein Prozess hängig sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestehe auch im Konkursverfahren ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern die Voraussetzungen der Bedürftigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit erfüllt seien (BGE 118 III 27, 33, 119 Ia 264 Erw. 3a). Erstere Voraussetzung sei erfüllt. Letztere sei dann gegeben, wenn sich, wie sie vermute, aus den Konkursakten Anhaltspunkte dafür ergäben, dass gegen die Organe der Gemeinschuldnerin Verantwortlichkeitsansprüche beständen. Es sei davon auszugehen, dass diese vollstreckbar wären, denn einziger Verwaltungsrat der Gemeinschuldnerin sei ein in Zürich praktizierender Rechtsanwalt, und Revisionsstelle sei eine nach ihren Informationen zahlungsfähige Aktiengesellschaft. Die Durchführung des summarischen Konkursverfahrens sei unumgänglich, damit sie ihrer Ansprüche gegen die Gemeinschuldnerin nicht verlustig gehe. Wenn nämlich das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werde, werde die Gemein-

schuldnerin im Handelsregister gelöscht und sei ihre Forderung nicht mehr vollstreckbar. Die einzige ihr noch offenstehende Möglichkeit, um zu ihrem Geld zu kommen, bestehe darin, sich im summarischen Konkursverfahren die Verantwortlichkeitsansprüche abtreten zu lassen.

3. Das Konkursamt wies das Gesuch der Gesuchstellerin um Befreiung von der Pflicht zur Leistung eines Barvorschusses mit Verfügung vom 1. Juni 1995 ab und stellte gleichzeitig fest, dass das Konkursverfahren als geschlossen gelte, da kein anderer Gläubiger die Durchführung des Verfahrens begehrt und den geforderten Kostenvorschuss geleistet habe. Die von der Gesuchstellerin gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Bezirksgericht Hinwil als unterer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Konkursämter mit Beschluss vom 20. Juni 1995 abgewiesen. Die II. Zivilkammer des Obergerichtes als obere kantonale Aufsichtsbehörde über die Konkursämter hob den Entscheid des Konkursamtes im Rekursverfahren mit Beschluss vom 19. September 1995 auf und überwies das Gesuch um Befreiung von der Vorschusspflicht und Durchführung des Konkursverfahrens zuständigkeitshalber zum Entscheid an den Konkursrichter des Bezirkes Hinwil. Sie erwog, dass sowohl die Einstellung als auch die Schliessung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven in die Zuständigkeit des Konkursrichters fielen (BGE 97 III 34 Erw. 2) und deshalb wie der Entscheid über die Gewährung einer Nachfrist für die Vorschussleistung im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG (BGE 102 III 78 Erw. 2b) auch der Entscheid über den Erlass der Vorschussleistung dem Konkursrichter obliege.

4. Der Konkursrichter des Bezirkes Hinwil wies das Gesuch mit Verfügung vom 25. September 1995 ohne weitere Verfahrensschritte ab und erklärte das Konkursverfahren über die K. als geschlossen.

5. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin beim Obergericht rechtzeitig Rekurs, womit sie ihren Antrag, das summarische Konkursverfahren durchzuführen und sie von der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG zu befreien, erneuert.

1. Die Grundlage für die vom Konkursamt geforderte Sicherheitsleistung findet sich in Art. 230 Abs. 2 SchKG, wonach ein gestützt auf Art. 230 Abs. 1 SchKG mangels Aktiven eingestelltes Konkursverfahren geschlossen wird, sofern nicht ein Gläubiger innert zehn Tagen ab Publikation der Einstellung die Durchführung des Verfahrens begehrt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts hat eine bedürftige Person in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess unmittelbar aufgrund von Art. 4 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Diesen Rechtsschutz hat das Bundesgericht im Laufe der Zeit in verschiedenen Rechtsgebieten kontinuierlich ausgebaut. Es vertritt heute die Auffassung, dass nach einem zeitgemässen Verfassungsverständnis der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unabhängig von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen beziehungsweise des in Frage stehenden Verfah-

rens für jedes staatliche Verfahren bestehe, in welches der Gesuchsteller einbezogen werde oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedürfe (BGE 121 I 60 Erw. 2a/bb, 119 Ia 264). Das Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren ist nicht ausgenommen (BGE 121 I 60 Erw. 2a/cc und 2b).

3. In zwei publizierten Entscheiden befasste sich das Bundesgericht konkret mit der Frage, ob die unentgeltliche Rechtspflege einen sich insolvent erklärenden *Schuldner* davon entbinde, verwertbares Vermögen im Sinne von Art. 230 SchKG vorzuweisen, um die Einstellung des Konkurses zu verhindern (BGE 119 III 28, 113). Es verneinte diese Frage klar. Es stellte fest, dass Art. 230 Abs. 1 SchKG der Durchführung eines Konkurses ohne Aktiven als unüberwindliches Hindernis entgegenstehe; die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege könne nicht dazu dienen, dem Schuldner Konkurssubstrat zu verschaffen. Damit knüpfte es an eine von Prof. H. U. Walder verfasste, in den Blättern für Schuldbetreibung und Konkurs veröffentlichte Anmerkung zu dem von der Gesuchstellerin zitierten BGE 118 III 27 an (BlSchK 1992 S. 148/149). Walder vertritt darin den Standpunkt, dass vom Gläubiger bei Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven gestützt auf Art. 230 Abs. 2 SchKG nicht ein «Kostenvorschuss» im prozessualen Sinn, sondern die Herstellung eines Minimums an Konkursmasse verlangt werde, woraus nach Art. 262 Abs. 1 SchKG die Kosten des Konkursverfahrens vorab zu decken seien. Da im «Privatkonkurs» des Schuldners kaum ein Gläubiger für die Herstellung der zur Durchführung des Konkurses notwendigen Konkursmasse besorgt sei, habe der Gemeinschuldner die Gelegenheit, dies zu tun. Dafür gebe es aber weder nach Art. 4 Abs. 1 BV noch nach der EMRK eine «Unentgeltlichkeit».

4. Nach den zitierten Entscheiden des Bundesgerichts hat die Gesuchstellerin keinen Anspruch auf Erlass der Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG, unterscheidet sich doch das auf Begehren eines Gläubigers durchgeführte Konkursverfahren von dem auf Begehren des Schuldners eröffneten grundsätzlich nicht. Die Gesuchstellerin ist zwar der Meinung, die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei nicht übertragbar auf Fälle, in welchen ein mittelloser *Gläubiger* die Durchführung des Konkursverfahrens begehre, da die Interessen eines Gläubigers an der Durchführung eines Konkursverfahrens – insbesondere ihre eigenen Interessen im vorliegenden Fall – von jenen eines Schuldners, der die Insolvenzerklärung abgegeben habe, grundverschieden seien. Das Interesse der um Erlass der Sicherstellungspflicht ersuchenden Partei spielt indessen bei der bundesgerichtlichen Argumentation keine Rolle. Das Bundesgericht befasste sich in BGE 119 III 113 Erw. 3b nur insofern mit dem Rechtsschutzinteresse des vermögenslosen Schuldners, als es ihm ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung eines Konkursverfahrens, welches mangels Aktiven gleich wieder eingestellt werden müsste, absprach.

5. Das vorliegende Gesuch um Erlass der Sicherstellungspflicht nach Art. 230 Abs. 2 SchKG ist somit abzuweisen. Daran ändert auch die von Franco Lorandi an der Argumentation Walders und des Bundesgerichtes

geübte Kritik, auf die sich die Gesuchstellerin beruft, nichts (Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1994 S. 104 ff.). Lorandi, welcher den Gläubigern das Armenrecht für die Durchführung des Konkursverfahrens bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen gewähren möchte, vertritt die Auffassung, es sei zutreffend, dass die Gläubiger gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG für eine minimale Konkursmasse sorgen müssten, damit der Konkurs überhaupt durchgeführt werde; ihre hierfür zu leistenden Vorschüsse dienten jedoch einzig der Sicherung der Verfahrenskosten, weshalb es sich um normale Vorschüsse im prozessrechtlichen Sinn handle, wovon die unentgeltliche Rechtspflege den Gesuchsteller grundsätzlich entbinde. Mit dieser Betrachtungsweise musste sich das die Gegenthese vertretende Bundesgericht zwangsläufig auseinandersetzen, weshalb sie nicht Anlass gibt, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen.

6. Abzuweisen ist das vorliegende Gesuch auch aus einer weiteren Erwägung. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird an das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit angeknüpft, womit verhindert werden soll, dass das Armenrecht für Verfahren gewährt wird, von denen eine über die nötigen Mittel verfügende Person bei vernünftiger Überlegung absähe. Unter diesem Gesichtspunkt könnte – in diesem Sinn äussert sich in ihrem ursprünglichen Gesuch auch die Gesuchstellerin – dem Gesuch um Verzicht auf Sicherheitsleistung zum vornherein nur stattgegeben werden, wenn die durch gewisse objektive Anhaltspunkte begründete Erwartung bestände, dass realisierbares, einen die Konkurskosten übersteigenden Erlös abwerfendes (freies) Massevermögen vorhanden sei, denn ohne diese Erwartung würde eine vermögende Person die gestützt auf Art. 230 Abs. 2 SchKG geforderte Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens vernünftigerweise nicht leisten; sicher dann nicht, wenn die erwarteten Konkurskosten ihre Forderung überstiegen. Diese Voraussetzung aber tut die Gesuchstellerin nicht dar. Sie äussert lediglich die Vermutung, dass, wenn eine «angeblich so erfolgreiche Gesellschaft [wie die Gemeinschuldnerin] im Zeitpunkt der Konkursöffnung über kein Vermögen mehr verfügt», nach der allgemeinen Lebenserfahrung gegen deren Organe Verantwortlichkeitsansprüche beständen und sich aus den Konkursakten Anhaltspunkte dafür ergeben sollten. Konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen solcher Ansprüche nennt sie nicht, obwohl sie sich in ihren Eingaben an die betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden und in der Rekursbegründung nicht darauf berufen kann, zu wenig Zeit gehabt zu haben, um in die Konkursakten Einsicht zu nehmen.

ZH, Obergericht, Entscheid vom 21. Dezember 1995.