

Ein Vorschlag zur Revision des SchKG

Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier

Die bundesrätliche Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 liegt zuhanden der eidgenössischen Räte vor [1]. Der Nationalrat wird sich als Erstrat in einer der nächsten Sessions mit diesem Geschäft auseinandersetzen. Die von Franz Steinegger präsierte nationalrätliche Spezialkommission hat die Vorlage in einer ersten Runde durchberaten und wird die Detailberatung anfangs September fortführen. Der Aufsatz regt eine Ergänzung dieses Gesetzesrevision an durch die Abschaffung der Vorschusspflicht bzw. die Einführung des Armenrechtes für Konkurs- und Nachlassmassen als Konsequenz aus der Insolvenzentwicklung in den letzten Jahrzehnten.

1. Insolvenzentwicklung in der Schweiz

Auslöser des hier aufzuzeigenden Ergänzungsvorschlages ist die drastische Zunahme von Konkursöffnungen bzw. Nachlassstundungen (im folgenden wird die Nachlassmasse nicht mehr speziell erwähnt; wo von der Masse oder Konkursmasse die Rede ist, gilt die Nachlassmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung als mitverstanden) über völlig verarmte bzw. mittellose Gemeinschuldner. Diese zeichnen sich i.d.R. dadurch aus, dass sie bei erheblichen ungesicherten Passiven über keine wesentlichen freien Aktiven mehr verfügen. Die freien Aktiven sind dabei oft so minimal, dass nicht einmal die Durchführung des summarischen, geschweige denn des ordentlichen Konkursverfahrens in Frage kommt, so dass das Verfahren mangels Aktiven eingestellt werden muss (Art. 230 SchKG). Ein

Blick auf die Statistik zeigt die entsprechende Entwicklung seit 1960 [2].

Die Zahl der Konkursöffnungen hat sich seit 1960 fast verfünffacht. Allein in den letzten zehn Jahren hat



Franco Lorandi, lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, Rechtsberater bei der Visura Treuhand-Gesellschaft, Zürich

sie sich mehr als verdoppelt. Die ordentlichen Verfahren sind dabei in absoluter Höhe praktisch konstant geblieben, d.h. ihr Anteil ist ständig kleiner geworden. Wurden 1960 noch 18% der Konkurse im ordentlichen Verfahren durchgeführt, so waren es 1990 nur noch 6%. Der Anteil der mangels Aktiven eingestellten Verfahren blieb mit einem hohen Anteil von 25-30% praktisch konstant.

In den Jahren 1977-1987 betrug die registrierten Verluste in den ordentlichen und summarischen Konkursverfahren durchschnittlich pro Jahr 850 Millionen Fr. [3]. Dazugezogen werden müssen weiter auch die Gläubigerverluste bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG) und bei Verzicht der Gläubiger auf Stellung des Konkursbegehrens aufgrund des zu leistenden Kostenvorschusses (Art. 169 SchKG). Hierzu gibt es keine statistischen Angaben. Die jährlichen Gläubigerverluste könnten 4-5 Milliarden Fr. betragen [4].

Diese drastischen Zahlen zeigen, dass ein Gläubiger heute nicht mehr damit rechnen kann, dass es zum ordentlichen Konkursverfahren kommt. Die ungesicherten Gläubiger in der 5. Klasse müssen regelmässig mit einem Totalverlust ihrer Forderung rechnen [5].

2. Gründe für den heutigen Zustand

2.1 Mangelhafte Befolgung des materiellen Rechts

Obwohl sich die Auswirkungen des für die Konkursgläubiger unbefriedigenden Zustandes letztendlich im Rahmen des Konkursverfahrens manifestieren, liegen die eigentlichen Schwachstellen in der mangelnden Be-

Entwicklung der Zahl der Konkursöffnungen

	1960	1970	1980	1982	1984	1987	1990
Einstellungen mangels Aktiven	479	554	905	949	1234	1292	1642
Summarische Verfahren	585	875	1885	2157	2454	3156	4187
Ordentliche Verfahren	241	271	290	382	307	269	378
Total Konkurse	1305	1700	3080	3488	3995	4717	6207
Gerichtlich bestätigte Nachlassverträge	201	152	112	95	101	89	58

1050 1400

folgung des Zivilrechts. Das SchKG hat die undankbare Aufgabe, für die Gläubiger das Wenige zu retten, was noch zu retten ist. Die Frühwarnsysteme des Zivilrechts können die ihnen zugedachte Aufgabe offensichtlich nicht genügend erfüllen [6]. Im Rahmen dieses Aufsatzes sollen jedoch diesbezüglich einige kurze Bemerkungen genügen.

Ausgangspunkt jedes Frühwarnsystems für wirtschaftliche Unternehmen ist die gesetzliche Buchführungspflicht. Massen ohne freie Aktiven bei erheblich ungesicherten Passiven sollten in einer funktionierenden Rechtsordnung gar nicht oder zumindest nur selten – mit Ausnahme von Insolvenzerklärungen Privater – vorkommen. Alle buchführungspflichtigen Gesellschaften und Einzelpersonen unterstehen den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen der Buchführung (Art. 957 ff. OR), z. B. jenen der Vorsicht, der Stehtigkeit und der Wesentlichkeit der Bilanzierung. Ebenso gelten die Grundsätze der Wahrheit, Klarheit und Ordnungsmässigkeit [7]. Für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie für besondere Genossenschaften gelten noch strengere Buchführungsvorschriften (Art. 662 ff., Art. 805, Art. 858 Abs. 2 OR).

Sofern diese Vorschriften korrekt eingehalten werden, garantieren sie einen optimalen Schutz der Gläubiger, erlauben sie doch dem Unternehmer, eine Verschlechterung der finanziellen Lage *frühzeitig* – zumeist noch bevor die Eigenmittel vollständig aufgezehrt sind – zu erkennen. So geht

auch Art. 725 OR bei der Aktiengesellschaft (Art. 817 OR bei der GmbH, Art. 903 OR bei der Genossenschaft) davon aus, dass schon bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine

und 725a revOR) beabsichtigen zwar, die Weiterführung sanierungsbedürftiger Unternehmen zu erleichtern, was durchaus im Interesse der Gläubiger ist. Bei nicht sanierungsfähigen Unternehmen wirkt sich aber dieser erhöhte Handlungsspielraum der Verwaltung und damit die Verzögerung der Konkursöffnung zum Nachteil der Gläubiger aus.

Trotz der Erkenntnis, dass die grössten Mängel im Zivilrecht zu eliminieren wären, gilt es vorerst dort anzusetzen, wo eine teilweise Abhilfe zur Zeit möglich ist. Diese Chance bietet sich in der laufenden Revision des SchKG. Der Entwurf des Bundesrates soll hier keiner Gesamtwürdigung unterzogen werden. Bezüglich des vorrangigen

«Die ungesicherten Gläubiger in der 5. Klasse müssen regelmässig mit einem Totalverlust ihrer Forderung rechnen.»

Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu errichten ist. Zeigt sich dabei, dass effektiv eine Überschuldung eingetreten ist, so muss die Bilanz beim Richter deponiert werden. Auch in diesem Fall sollte der ungesicherte Gläubiger zumindest eine angemessene Dividende erhalten. Die relativierende Auslegung von Art. 725 Abs. 3 und 4 des alten OR durch Lehre und Rechtsprechung [8] sowie die Regelung im neuen Aktienrecht (Art. 725

Problems der Massearmut vieler Konkursmassen wird allerdings praktisch keine Änderung des geltenden Rechts vorgesehen [9].

2.2 Art. 169 SchKG

Die Kosten- und Vorschusspflicht des Gläubigers, der das Konkursbegehren stellt, wird in Art. 169 Abs. 1 des Entwurfes im Vergleich zum geltenden Recht zwar reduziert. Künftig soll er nur noch für die Kosten bis zur Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf und nicht mehr für jene bis zur ersten Gläubigerversammlung haften. Diese Änderung ist zwar zu begrüßen, Art. 169 SchKG sollte aber ersatzlos und vollständig gestrichen werden [10]. Er hindert die Gläubiger nicht selten daran, das Konkursbegehren zu stellen. Er wirkt abschreckend, weil diese Kosten nämlich erheblich werden und nicht immer von Anfang an abgeschätzt werden können.

Diese Bestimmung hat den Zweck, den Staat durch Sicherstellung seiner Kostenforderungen zu schützen. Im Ergebnis begünstigt sie heute aber vor allem den Gemeinschuldner und dessen Schuldner. Dies entspricht nicht



Rico A. Camponovo, lic. iur. et lic. oec. publ., Rechtsanwalt, Vize-Direktor, Leiter Fachstab Recht, Visura Treuhand-Gesellschaft, Zürich

Entwicklung der Zahl der Konkursöffnungen

	1960	1970	1980	1982	1984	1987	1990
Einstellungen mangels Aktiven	479	554	905	949	1234	1292	1642
Summarische Verfahren	585	875	1885	2157	2454	3156	4187
Ordentliche Verfahren	241	271	290	382	307	269	378
Total Konkurse	1305	1700	3080	3488	3995	4717	6207
Gerichtlich bestätigte Nachlassverträge	201	152	112	95	101	89	58

1050 1400

folgung des Zivilrechts. Das SchKG hat die undankbare Aufgabe, für die Gläubiger das Wenige zu retten, was noch zu retten ist. Die Frühwarnsysteme des Zivilrechts können die ihnen zugeordnete Aufgabe offensichtlich nicht genügend erfüllen [6]. Im Rahmen dieses Aufsatzes sollen jedoch diesbezüglich einige kurze Bemerkungen genügen.

Ausgangspunkt jedes Frühwarnsystems für wirtschaftliche Unternehmen ist die gesetzliche Buchführungspflicht. Massen ohne freie Aktiven bei erheblich ungesicherten Passiven sollten in einer funktionierenden Rechtsordnung gar nicht oder zumindest nur selten – mit Ausnahme von Insolvenzerklärungen Privater – vorkommen. Alle buchführungspflichtigen Gesellschaften und Einzelpersonen unterstehen den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen der Buchführung (Art. 957 ff. OR), z. B. jenen der Vorsicht, der Stetigkeit und der Wesentlichkeit der Bilanzierung. Ebenso gelten die Grundsätze der Wahrheit, Klarheit und Ordnungsmässigkeit [7]. Für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie für besondere Genossenschaften gelten noch strengere Buchführungsvorschriften (Art. 662 ff., Art. 805, Art. 858 Abs. 2 OR).

Sofern diese Vorschriften korrekt eingehalten werden, garantieren sie einen optimalen Schutz der Gläubiger, erlauben sie doch dem Unternehmer, eine Verschlechterung der finanziellen Lage frühzeitig – zumeist noch bevor die Eigenmittel vollständig aufgezehrt sind – zu erkennen. So geht

auch Art. 725 OR bei der Aktiengesellschaft (Art. 817 OR bei der GmbH, Art. 903 OR bei der Genossenschaft) davon aus, dass schon bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine

«Die ungesicherten Gläubiger in der 5. Klasse müssen regelmässig mit einem Totalverlust ihrer Forderung rechnen.»

Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu errichten ist. Zeigt sich dabei, dass effektiv eine Überschuldung eingetreten ist, so muss die Bilanz beim Richter deponiert werden. Auch in diesem Fall sollte der ungesicherte Gläubiger zumindest eine angemessene Dividende erhalten. Die relativierende Auslegung von Art. 725 Abs. 3 und 4 des alten OR durch Lehre und Rechtsprechung [8] sowie die Regelung im neuen Aktienrecht (Art. 725



Rico A. Camponovo, lic. iur. et lic. oec. publ., Rechtsanwalt, Vize-Direktor, Leiter Fachstab Recht, Visura Treuhand-Gesellschaft, Zürich

und 725a revOR) beabsichtigen zwar, die Weiterführung sanierungsbedürftiger Unternehmen zu erleichtern, was durchaus im Interesse der Gläubiger ist. Bei nicht sanierungsfähigen Unternehmen wirkt sich aber dieser erhöhte Handlungsspielraum der Verwaltung und damit die Verzögerung der Konkursöffnung zum Nachteil der Gläubiger aus.

Trotz der Erkenntnis, dass die grössten Mängel im Zivilrecht zu eliminieren wären, gilt es vorerst dort anzusetzen, wo eine teilweise Abhilfe zur Zeit möglich ist. Diese Chance bietet sich in der laufenden Revision des SchKG. Der Entwurf des Bundesrates soll hier keiner Gesamtwürdigung unterzogen werden. Bezüglich des vorrangigen

Problems der Massearmut vieler Konkursmassen wird allerdings praktisch keine Änderung des geltenden Rechts vorgesehen [9].

2.2 Art. 169 SchKG

Die Kosten- und Vorschusspflicht des Gläubigers, der das Konkursbegehren stellt, wird in Art. 169 Abs. 1 des Entwurfes im Vergleich zum geltenden Recht zwar reduziert. Künftig soll er nur noch für die Kosten bis zur Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf und nicht mehr für jene bis zur ersten Gläubigerversammlung haften. Diese Änderung ist zwar zu begrüssen, Art. 169 SchKG sollte aber ersatzlos und vollständig gestrichen werden [10]. Er hindert die Gläubiger nicht selten daran, das Konkursbegehren zu stellen. Er wirkt abschreckend, weil diese Kosten nämlich erheblich werden und nicht immer von Anfang an abgeschätzt werden können.

Diese Bestimmung hat den Zweck, den Staat durch Sicherstellung seiner Kostenforderungen zu schützen. Im Ergebnis begünstigt sie heute aber vor allem den Gemeinschuldner und dessen Schuldner. Dies entspricht nicht

den Intentionen des Gesetzgebers. Eine ersatzlose Aufhebung von Art. 169 SchKG bedeutet im übrigen noch nicht, dass der Staat auf seine Kostenforderung verzichten muss. Die entsprechenden Kosten werden ja zu Masseschulden und sind als solche vorab zu decken (Art. 262 Abs. 1 SchKG).

2.3 Das Problem der Kautions- und Vorschusspflicht der Masse

2.3.1 Problemstellung

Wie eingangs aufgezeigt, verfügen heute viele Konkursmassen über keine oder nur sehr geringe Aktiven. Das SchKG kann zwar die Aktiven nicht vermehren, es kann aber dazu beitragen, die rechtlichen Hemmschwellen zur Durchsetzung und Realisierung bestehender Aktiven herabzusetzen. Die Massearmut ist häufig nicht allein auf schlechten Geschäftsgang zurückzuführen. Meist steht diese Ursache zwar am Anfang, gleichzeitig werden aber auch andere Mechanismen in Gang gesetzt. Um das angeschlagene Geschäft zu retten, glauben die Verantwortlichen häufig durch *ungewöhnliche Rechtsgeschäfte*, z. B. mit Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, Pfandbestellung für alte Schulden, Tilgung einer Schuld durch unübliche Zahlungsmittel oder

Die Praxis zeigt, dass die Realisierung dieser zunächst der Masse zustehenden Ansprüche nur in den wenigsten Fällen gütlich, ohne Inanspruchnahme des Rechtsweges zu erreichen ist [12]. Will die Masse ihre Ansprüche aber klageweise durchsetzen, so sieht sie sich mit dem Umstand konfrontiert, dass sie in vielen Kantonen einer Kautions- und Vorschusspflicht untersteht [13]. Für die Durchsetzung ihrer Aktiva muss sie daher hinreichend Sicherheit leisten. Diese ist na-

geht man von einem Aktivprozess mit hohem Streitwert aus – wie es in Konkursen namentlich bei Verantwortlichkeitsansprüchen häufig ist –, so kommt eine Abtretung i. d. R. nur für Gläubiger mit hohen Konkursforderungen in Frage. Alle anderen sind auf die Verfolgung streitiger Ansprüche durch die Masse angewiesen. Für *kleine und mittlere Gläubiger* lohnt sich die Prozessführung aufgrund des hohen Prozessrisikos im Vergleich zur Höhe ihrer Konkursforderungen

«Eine Abwägung der verschiedenen Interessen der Beteiligten zeigt, dass die Abschaffung der Vorschusspflicht bzw. die Einführung des Armenrechtes für Konkurs- und Nachlassmassen mehr als gerechtfertigt wäre.»

mentlich bei Verantwortlichkeitsansprüchen aufgrund des erfahrungsgemäss hohen Streitwerts meist erheblich. So sieht sich die Masse nicht selten gefangen im *Teufelskreis*, dass ihr aufgrund derjenigen Umstände, auf welche sie ihre Ansprüche stützt, gerade die Mittel zu Leistung der Kautions- und Vorschüsse fehlen, um diese Ansprüche durchzusetzen! Die Folge ist, dass die Realisierung dieser Aktiven durch unübliche Zahlungsmittel oder

nicht. Sie würden zum grössten Teil für einen Überschuss über ihre Konkursforderung hinaus und damit im Interesse der Masse (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG), aber auf eigenes Risiko streiten. Es liegt somit nicht in ihrem Interesse, «für die übrigen Gläubiger die Kastanien aus dem Feuer zu holen» [15]. Die kleineren Gläubiger werden daher in solchen Konstellationen *faktisch benachteiligt* [16], was sicher nicht im Sinne des Konkursgesetzgebers lag, der in der Konkursverwaltung eine Institution schaffen wollte, die im Rahmen des Konkursgesetzes die Interessen *aller* Gläubiger wahren sollte [17].

Beachtet werden muss, dass in besonders krassen Fällen, wenn schwere Verstösse gegen die Rechtsordnung vorliegen, sogar die grossen Gläubiger benachteiligt sein können. Bestehen z. B. Ansprüche gegen einen Schuldner in zweistelliger Millionenhöhe, so können die einverlangten Vorschüsse oder Kautionen leicht die Millionengrenze überschreiten. Hat nun kein Konkursgläubiger eine Forderung, die wenigstens annähernd so gross wie diejenige der Masse ist, so wird kein vernünftiger Gläubiger sich auf ein solches Prozessrisiko einlassen [18]. Der Schuldner hat gute Chancen, sich unbehelligt aus der Affäre ziehen zu können.

«Die Insolvenzentwicklung und die massiven jährlichen Gläubigerverluste widersprechen in krasser Weise den Intentionen des SchKG, den Interessen des Staates und der Gläubiger.»

Drittpfandbestellungen, den Konkurs zumindest zur Zeit abwenden zu können. Scheint auch dieses Ziel nicht mehr realisierbar, kommt es nicht selten zu *eigentlichen Plünderungen der letzten Aktiven* [11]. So ist es dann nicht weiter verwunderlich, dass in fast allen Gesellschaftskonkursen die beiden Aktiva paulianische Anfechtungsansprüche (Art. 285 ff. SchKG) und gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 752 ff., 827, 916 ff. OR) im Inventar vorzufinden sind.

Ist es der Masse somit häufig verunmöglich, ihre grössten und damit für den Ausgang des Konkurses meist entscheidenden Aktiven geltend zu machen, bleibt nur mehr die Abtretung der Ansprüche gemäss Art. 260 SchKG an einzelne Konkursgläubiger. Damit scheint das Problem eine befriedigende Lösung gefunden zu haben, steht doch die Abtretung nach Art. 260 SchKG allen Gläubigern offen. Dies ist theoretisch zwar richtig, verkannt werden damit aber faktische Gegebenheiten.

Dazu kommt, dass in der Praxis selbst Schuldner von ausgewiesenen Forderungen jede Leistung an die Masse verweigern, sobald sie auch nur ahnen, dass diese mittellos ist und der Konkurs eventuell bald eingestellt wird. Die Kostenvorschuss- und Kautionspflicht begünstigt diese Haltung noch. Meist bezahlt der Schuldner freiwillig oder bietet Hand zu einem Vergleich, sobald er nur überzeugt ist, dass er ernsthaft mit der Verfolgung des Anspruchs gegen ihn rechnen muss.

Festzuhalten ist, dass die Kautions- und Vorschusspflicht die Verwirklichung sowohl des materiellen Zivilrechts als auch des SchKG verhindern kann und in der Praxis auch oft verhindert oder zumindest stark erschwert. Das logische Postulat ist die Beseitigung der Kautions- und Vorschusspflicht für Konkursmassen. Hierzu bieten sich zwei Wege an, nämlich der Erlass der Kautions- und Vorschusspflicht oder die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, die nachfolgend zu erörtern sind.

2.3.2 Die Haltung des Bundesgerichts

• Kautionspflicht

In *BGE 105 Ia 250ff.* entschied das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde, dass eine kantonale Bestimmung, wonach einer Konkursmasse eine Prozesskostenkaution auferlegt werden kann, mit der bundesrechtlichen Ordnung des Konkursverfahrens vereinbar sei und daher der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht verletzt sei. Nachdem das Bundesgericht die bestehenden Probleme [19] erörtert hat, hält es nur lakonisch fest, diese Regelung sei vom SchKG sanktioniert und damit gelten des Recht [20].

Praxisfremd ist die Begründung, die Gläubigerschaft, welche die Prozessführung namens der Masse wünsche, habe die Möglichkeit, für die Masse den erforderlichen Kostenvorschuss zu leisten, wenn dieser die liquiden Mittel fehlten [21]. Es ist wohl ohne weiteres ersichtlich, dass ein Gläubiger kaum geneigt ist, das Prozessrisiko

alleine zu tragen, wenn er von einem allfälligen Gewinn nicht mehr hat als jeder andere Gläubiger auch. Auch bei dieser Vorgehensweise würde letztlich er für die anderen «die Kastanien aus dem Feuer holen» [22]. Diese Erkenntnis hatte denn das Bundesgericht in *BGE 85 I 147* selbst erlangt, ohne im späteren Entscheid dazu jedoch Stellung zu nehmen.

Weiter gibt das oberste Gericht zu bedenken, dass die Prozessführungsmöglichkeiten der Konkursmasse nicht in erster Linie durch die Kautionspflicht, sondern durch die zur Verfügung stehenden Mittel beschränkt werde [23]. Dies ist zwar grundsätzlich zutreffend, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass *bei Massearmut* eben die Kautionspflicht die Realisierung von Aktiven im Namen und im Interesse der Masse verhindert.

Ebenfalls zuzustimmen ist dem Bundesgericht in dem Punkt, dass der Entscheid über die Prozessführung in der Regel so lange hinausgeschoben werden kann, bis aus der Liquidation der Aktiven die Mittel für die Kautionsleistung bereitstehen [24]. Es wurde jedoch aufgezeigt, dass es eben auch viele Fälle gibt, die nicht der Regel entsprechen, so dass alle wesentlichen Aktiven prozessual geltend gemacht werden müssen. Festzuhalten ist, dass selbst wenn man der bundesgerichtlichen Argumentation folgen wollte, dies keinesfalls bedeutet, dass eine Regelung wie vorgeschlagen unnötig ist.

• Unentgeltliche Prozessführung

Das Bundesgericht verneint nach geltendem Recht den Anspruch der Konkursmasse auf unentgeltliche Prozessführung [25]. Es begründet dies damit, dass ein Gläubiger die Fortführung (bzw. Aufnahme) eines Prozesses durch die Masse ermöglichen könne, wenn er der Konkursmasse die erforderlichen Mittel zur Verfügung stelle [26]. Dass dieses Argument praxisfremd ist, wurde [27] bereits aufgezeigt. Unklar ist, weshalb dieses Recht der Gläubiger die Gewährung des Armenrechts für die Masse ausschliessen soll. Das Bundesgericht unterstellt

hier dem Gesetzgeber eine entsprechende Absicht.

Als weiteres Argument gegen die Gewährung des Armenrechts führt das Bundesgericht die Möglichkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG an. Daraus kann aber keineswegs geschlossen werden, dass die Gewährung des Armenrechtes «... unter allen Umständen ...» [28] ausgeschlossen sei. Das Armenrecht und die Abtretung nach Art. 260 SchKG schliessen sich nicht aus, im Gegenteil. Diese Ansicht benachteiligt die kleineren Gläubiger, die auch das Risiko eines aussichtsreichen Prozesses eher scheuen als ein Grossgläubiger. Die Gewährung des Armenrechtes würde die *Rechtsdurchsetzung für die Masse* erleichtern, wobei die Möglichkeit zur Abtretung nach Art. 260 SchKG nach wie vor zum Zuge kommen könnte. Auch hier unterstellt das Bundesgericht dem Gesetzgeber eine entsprechende Absicht.

2.3.3 Stellungnahme der Lehre

Schon 1932 erkannte Haab die sich stellenden Probleme und forderte daher, dass ein neues SchKG von Bundesrechts wegen die *Gewährung des Armenrechts* für die Masse vorsehen müsste [29]. Nebst Stimmen, die den bestehenden Zustand kritisieren [30], schlossen sich verschiedene Autoren der Forderung von Haab nach Gewährung des Armenrechts für die Konkursmasse an [31].

3. Revisionsvorschlag

3.1 Kostenvorschuss, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung

3.1.1 Kostenvorschuss und Prozesskaution

Die Prozesskosten werden in Gerichts- und Parteikosten unterteilt [32]. Nach den meisten Prozessordnungen müssen der Kläger oder Rechtsmittelkläger oder auch beide Parteien einen *Kostenvorschuss* für die Gerichtskosten

Dazu kommt, dass in der Praxis selbst Schuldner von ausgewiesenen Forderungen jede Leistung an die Masse verweigern, sobald sie auch nur ahnen, dass diese mittellos ist und der Konkurs eventuell bald eingestellt wird. Die Kostenvorschuss- und Kautionspflicht begünstigt diese Haltung noch. Meist bezahlt der Schuldner freiwillig oder bietet Hand zu einem Vergleich, sobald er nur überzeugt ist, dass er ernsthaft mit der Verfolgung des Anspruchs gegen ihn rechnen muss.

Festzuhalten ist, dass die Kautions- und Vorschusspflicht die Verwirklichung sowohl des materiellen Zivilrechts als auch des SchKG verhindern kann und in der Praxis auch oft verhindert oder zumindest stark erschwert. Das logische Postulat ist die Beseitigung der Kautions- und Vorschusspflicht für Konkursmassen. Hierzu bieten sich zwei Wege an, nämlich der Erlass der Kautions- und Vorschusspflicht oder die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, die nachfolgend zu erörtern sind.

2.3.2 Die Haltung des Bundesgerichts

• Kautionspflicht

In *BGE 105 Ia 250ff.* entschied das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde, dass eine kantonale Bestimmung, wonach einer Konkursmasse eine Prozesskostenkaution auferlegt werden kann, mit der bundesrechtlichen Ordnung des Konkursverfahrens vereinbar sei und daher der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht verletzt sei. Nachdem das Bundesgericht die bestehenden Probleme [19] erörtert hat, hält es nur lakonisch fest, diese Regelung sei vom SchKG sanktioniert und damit gelten das Recht [20].

Praxisfremd ist die Begründung, die Gläubigerschaft, welche die Prozessführung namens der Masse wünsche, habe die Möglichkeit, für die Masse den erforderlichen Kostenvorschuss zu leisten, wenn dieser die liquiden Mittel fehlten [21]. Es ist wohl ohne weiteres ersichtlich, dass ein Gläubiger kaum geneigt ist, das Prozessrisiko

alleine zu tragen, wenn er von einem allfälligen Gewinn nicht mehr hat als jeder andere Gläubiger auch. Auch bei dieser Vorgehensweise würde letztlich er für die anderen «die Kastanien aus dem Feuer holen» [22]. Diese Erkenntnis hatte denn das Bundesgericht in *BGE 85 I 147* selbst erlangt, ohne im späteren Entscheid dazu jedoch Stellung zu nehmen.

Weiter gibt das oberste Gericht zu bedenken, dass die Prozessführungsmöglichkeiten der Konkursmasse nicht in erster Linie durch die Kautionspflicht, sondern durch die zur Verfügung stehenden Mittel beschränkt werde [23]. Dies ist zwar grundsätzlich zutreffend, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass bei *Massearmut* eben die Kautionspflicht die Realisierung von Aktiven im Namen und im Interesse der Masse verhindert.

Ebenfalls zuzustimmen ist dem Bundesgericht in dem Punkt, dass der Entscheid über die Prozessführung in der Regel so lange hinausgeschoben werden kann, bis aus der Liquidation der Aktiven die Mittel für die Kautionsleistung bereitstehen [24]. Es wurde jedoch aufgezeigt, dass es eben auch viele Fälle gibt, die nicht der Regel entsprechen, so dass alle wesentlichen Aktiven prozessual geltend gemacht werden müssen. Festzuhalten ist, dass selbst wenn man der bundesgerichtlichen Argumentation folgen wollte, dies keinesfalls bedeutet, dass eine Regelung wie vorgeschlagen unnötig ist.

• Unentgeltliche Prozessführung

Das Bundesgericht verneint nach geltendem Recht den Anspruch der Konkursmasse auf unentgeltliche Prozessführung [25]. Es begründet dies damit, dass ein Gläubiger die Fortführung (bzw. Aufnahme) eines Prozesses durch die Masse ermöglichen könne, wenn er der Konkursmasse die erforderlichen Mittel zur Verfügung stelle [26]. Dass dieses Argument praxisfremd ist, wurde [27] bereits aufgezeigt. Unklar ist, weshalb dieses Recht der Gläubiger die Gewährung des Armenrechts für die Masse ausschliessen soll. Das Bundesgericht unterstellt

hier dem Gesetzgeber eine entsprechende Absicht.

Als weiteres Argument gegen die Gewährung des Armenrechts führt das Bundesgericht die Möglichkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG an. Daraus kann aber keineswegs geschlossen werden, dass die Gewährung des Armenrechtes «... unter allen Umständen ...» [28] ausgeschlossen sei. Das Armenrecht und die Abtretung nach Art. 260 SchKG schliessen sich nicht aus, im Gegenteil. Diese Ansicht benachteiligt die kleineren Gläubiger, die auch das Risiko eines aussichtsreichen Prozesses eher scheuen als ein Grossgläubiger. Die Gewährung des Armenrechtes würde die *Rechtsdurchsetzung für die Masse* erleichtern, wobei die Möglichkeit zur Abtretung nach Art. 260 SchKG nur wie vor zum Zuge kommen könnte. Auch hier unterstellt das Bundesgericht dem Gesetzgeber eine entsprechende Absicht.

2.3.3 Stellungnahme der Lehre

Schon 1932 erkannte Haab die sich stellenden Probleme und forderte daher, dass ein neues SchKG von Bundesrechts wegen die *Gewährung des Armenrechtes* für die Masse vorsehen müsste [29]. Nebst Stimmen, die den bestehenden Zustand kritisieren [30], schlossen sich verschiedene Autoren der Forderung von Haab nach Gewährung des Armenrechtes für die Konkursmasse an [31].

3. Revisionsvorschlag

3.1 Kostenvorschuss, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung

3.1.1 Kostenvorschuss und Prozesskaution

Die Prozesskosten werden in Gerichts- und Parteikosten unterteilt [32]. Nach den meisten Prozessordnungen müssen der Kläger oder Rechtsmittelkläger oder auch beide Parteien einen *Kostenvorschuss* für die Gerichtskosten

leisten (nicht aber z. B. im Kanton Zürich). Die Sicherstellung der Parteikosten hingegen, *Prozesskaution* genannt, wird i. d. R. erst verlangt, wenn bestimmte objektive Voraussetzungen (Kautionsgründe) vorliegen. Diesen ist gemeinsam, dass die spätere Vollstreckung der Forderung auf Ersatz der Parteikosten als gefährdet erscheint. In Kantonen, in denen keine allgemeine Vorschusspflicht für die Gerichtskosten besteht, ist auch für diese Kautionsleistung, wenn ein Kautionsgrund besteht (z. B. § 73 ZPO Kanton Zürich). Sinn und Zweck der Kostenvorschüsse und der Prozesskaution ist somit die Sicherstellung der Entschädigung für den Staat und für den obsiegenden Prozessgegner.

Die Kantone Zürich (§ 73 Ziffer 7 ZPO) und Schwyz (§ 68 Ziffer 6 ZPO) unterstellen die klagende *Konkurs- oder Nachlassmasse* ausdrücklich der Kautionspflicht. In den andern Kantonen können diese ebenfalls der Kautionspflicht unterstellt werden, insbesondere wenn sie praktisch mittellos sind.

3.1.2 Unentgeltliche Prozessführung

Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung im Zivilprozessrecht hat grundsätzlich zwei Rechtsgrundlagen. Aus *Art. 4 BV* leitet das Bundesgericht einen bundesrechtlichen Minimalanspruch ab, der in jedem kantonalen Zivilprozess zu gewähren ist. Voraussetzung dieses Anspruchs ist es einerseits, dass einer Partei die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten zu zahlen, und andererseits, dass der Prozess nicht aussichtslos ist. Inhalt des Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung ist die Befreiung von Vorschuss- und Kautionspflichten [33].

Das *kantonale Prozessrecht* kann darüber hinausgehen und kann namentlich die betreffende Partei von der Pflicht der Bezahlung von Gerichtskosten befreien. Vorbehalten bleibt meist die Nachforderung des Staates, wenn die Partei wieder zu finanziellen Mitteln gelangt (vgl. z. B. §§ 85 und 92 ZPO Kanton Zürich).

3.2 Formulierungsvorschläge und Bemerkungen

Wir möchten hiermit zwei Formulierungsvorschläge für eine neue Norm unterbreiten, welche systematisch, z. B. als neuer Absatz 2 von Art. 25 SchKG, aufgenommen werden könnte.

Variante 1

«Konkurs- oder Nachlassmassen, welche als Klägerinnen, Widerklägerinnen, Beklagte oder Nebenparteien auftreten oder die Rechtsmittel ergreifen, haben für Gerichtskosten oder Parteientschädigungen keine Kautionen, Sicherheiten, Vorschüsse oder dergleichen zu leisten.»

Variante 2

«Konkurs- oder Nachlassmassen, denen ausreichende Mittel fehlen, um neben den Vorkehrungen zur gesetzlich vorgeschriebenen Abwicklung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens für Gerichtskosten oder Parteientschädigungen Kautionen, Sicherheiten, Vorschüsse oder dergleichen zu leisten, wird auf Gesuch die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht aussichtslos erscheint.»

Variante 1 ist weit gefasst und bedeutet ein genereller und voraussetzungslos zu gewährender Erlass der Kautions- und Vorschusspflicht. An der Kostenhaftung selbst würde nichts geändert.

Letzteres gilt auch für *Variante 2*, die an die gängige Formulierung des Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung anknüpft und Bedürftigkeit und keine Aussichtslosigkeit des Prozesses verlangt. Während die zweite Voraussetzung keine Besonderheit aufweist, bedarf die erste einiger Bemerkungen. Es stellt sich die Frage, wann die «ausreichenden Mittel fehlen, um neben den Vorkehrungen zur gesetzlich vorgeschriebenen Abwicklung des Verfahrens...» weitere Kosten zu übernehmen. Die heutige Regelung ist nach der Rechtsprechung auf natürliche Personen zugeschnitten [34]. Ohne die Frage der Bedürftigkeit einer Konkursmasse hier abschliessend be-

handeln zu wollen – die Rechtsprechung wird die entsprechenden Kriterien erarbeiten müssen –, gehört zur gesetzlich vorgeschriebenen Abwicklung des Verfahrens u. E. zumindest die Erstellung des Inventars (inkl. Aktenaufbereitung der streitigen und zweifelhaften Ansprüche) und des Kollokationsplanes mit allfälligen Kollokationsprozessen, die Gläubigerversammlungen, die Tätigkeit eines eventuellen Gläubigerausschusses und die daraus resultierenden Aufgaben der Konkursverwaltung wie z. B. vorzeitige Verwertungen, Vergleichsverhandlungen, sodann Sicherungsmassnahmen, die Eintreibung von Forderungen, die Erstattung von Strafanzeigen u. a. m. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, ob die Gläubiger eine ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzen, übersteigen doch gerade grosse Konkursverfahren i. d. R. die Kapazität der staatlichen Konkursämter. Festzuhalten ist, dass bei beiden Varianten sowohl Gerichts- als auch Parteikosten *Masseschulden* darstellen und als solche vorab zu decken sind (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Die Konkursverwaltung wird zudem wenn immer möglich im erforderlichen Umfang Rückstellungen tätigen. Auf die Frage, ob der Konkursmasse auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren sei, wird in diesem Aufsatz nicht eingegangen.

3.3 Bundesrecht und kantonales Prozessrecht

Nach Art. 64 Abs. 3 BV gehört das gerichtliche Verfahren – wozu die Verpflichtung zur Leistung von Prozesskautionen und Kostenvorschüssen bzw. die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (ausserhalb von Art. 4 BV) gehören – zum *Kompetenzbereich der Kantone*. Die entsprechenden Vorschriften finden sich daher in 26 verschiedenen kantonalen Gerichtsverfassungs- und Zivilprozessgesetzen. Das SchKG enthält selbst für Prozesse vollstreckungsrechtlichen Charakters keine entsprechenden Vorschriften, namentlich auch keine, welche sich auf die prozessuale Kautionspflicht von Konkursmassen beziehen [35]. Die Kantone können also über die Frage der Sicherstellung von

Gerichtskosten und Parteientschädigungen frei legiferieren.

Die Realisierung des Vorschlags gemäss Variante 1 oder 2 bedeutet somit ohne Zweifel einen *Eingriff des Bundesrechtes ins kantonale Prozessrecht*. Solche Eingriffe sind heute recht zahlreich und nehmen stetig zu [36]. Im geltenden Recht bestehen vergleichbare bundesrechtliche Regelungen bereits im Arbeitsrecht (Art. 343 Abs. 3 OR) und im Mietrecht (Art. 274d Abs. 2 OR). Vorgesehen sind weitere Eingriffe in anderen Bundesgesetzen. Solche Eingriffe können u. a. auf der Pflicht des Bundes beruhen, die Anwendung und Durchsetzung des Bundesprivatrechtes sicherzustellen [37]. Dennoch bleibt festzuhalten, dass Übergriffe des Bundesgesetzgebers in die Rechtsetzungskompetenz der Kantone nicht leichthin vorzunehmen sind. Dieser Aufsatz zeigt jedoch, dass die Durchsetzung des Bundesprivatrechtes im Konkurs in einer Vielzahl von Fällen nicht mehr gewährleistet ist und dass daher dieser vergleichsweise geringe Eingriff ins kantonale Prozessrecht gerechtfertigt ist. Auch unter dem Titel des sozialen Zivilprozesses [38] liesse sich dieser Eingriff zugunsten der kleinen Gläubiger rechtfertigen.

4. Abwägung der betroffenen Interessen

Um die beiden vorgeschlagenen Varianten abschliessend beurteilen zu können, sind die Interessen der Konkursgläubiger, des Staates und Dritter, namentlich der Prozessgegner, abzuwägen.

4.1 Interessen der Konkursgläubiger

Die Interessen der Konkursgläubiger wurden bereits eingehend dargestellt [39]. Hier sei nur kurz wiederholt, dass die Konkursgläubiger daran interessiert sind, dass wichtige Aktiven von der Masse im Interesse aller Gläubiger durchgesetzt werden. Wo Kautions- und Vorschusspflichten der Masse dies verhindern, namentlich bei Massearmut und hohem Streitwert,

müssen diese prozessualen Pflichten der Rechtsverwirklichung weichen. Diese Aufgabe vermögen Variante 1 und 2 zu erfüllen.

4.2 Interessen des Staates

4.2.1 Sicherung der Gerichtskosten

Sicher ist es richtig und war auch von alters her so, dass diejenigen, welche die Gerichte in Anspruch nehmen, auch etwas, und zwar einen rechten Betrag, dafür bezahlen [40]. Weiter ist es verständlich, wenn der Staat seine allfällige Forderung auf Erstattung der Gerichtskosten bei Gefährdung gesichert haben will. Die Kosten der Rechtsverfolgung und deren Sicherstellung dürfen eine Partei aber nicht über Gebühr davon abhalten, ihr Recht durchzusetzen. Aus Gründen der *Chancengleichheit* und *Rechtsgleichheit* ist dies in einem Rechtsstaat ebenso selbstverständlich. Dieser elementare Grundsatz hat sich im Institut der unentgeltlichen Prozessführung längst konkretisiert. Es gibt keinen Grund, Konkursmassen davon auszunehmen [41].

Zu bedenken ist, dass die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Variante 2 nicht nur von der Bedürftigkeit der Masse, sondern insbesondere auch von der Verneinung der Aussichtslosigkeit des Prozesses abhängt, die vom Richter zu beurteilen ist, so dass die Rechtswohltat des Armenrechts nicht zu einer Prozessflut führen wird. Zudem bleibt es dabei, dass i. d. R. auch die Konkursgläubiger die Prozesschancen beurteilen und aufgrund dessen entscheiden müssen, ob sie den Prozess im Namen und damit auf Kosten der Masse führen wollen. Da mit beiden vorgeschlagenen Varianten an der Haftung der Masse für die Gerichts- und Parteikosten nichts geändert wird, werden auch in Zukunft zweifelhafte Prozesse, wenn überhaupt, von Abtretungsgläubigern gemäss Art. 260 SchKG im eigenen Namen geführt werden. Das Risiko, dass der Staat bei Realisierung der einen oder anderen Variante seiner Gerichtskosten verlustig geht, ist gering.

4.2.2 Verwirklichung des Rechts

Der Gesetzgeber erlässt Vorschriften, die jedermann binden. Der Staat kann sich aber nicht damit begnügen, Vorschriften des materiellen Rechtes aufzustellen. Er muss dafür sorgen, dass auch danach gehandelt wird [42]. Der Staat hat heute zwar eine Vielzahl verschiedenster Funktionen übernommen. Darob sollte aber nicht eine seiner wichtigsten und hervorragendsten Funktionen, die Gewährleistung der Rechtsverwirklichung, vernachlässigt werden.

Diese Rechtsverwirklichung wird aber behindert, wenn der Staat Kauttionen und Vorschüsse verlangt bzw. das Armenrecht ungerechtfertigt verweigert. Besonders krass ist es dann, wenn die Masse mittellos ist bzw. geplündert wurde. Gerade dann müssen grobe Verstösse gegen die Rechtsordnung vermutet werden. Dass mit dem heutigen Zustand gerade jene Personen, die die Massearmut zu verantworten haben, ungerechtfertigt Schutz geniessen, ist bedenklich [43].

4.3 Interessen Dritter

Der *unredliche Masseschuldner* hofft, dass seine Verbindlichkeiten durch die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, durch die prohibitiv wirkende Kautions- und Vorschusspflicht der Masse und infolge des meist unverhältnismässigen Prozessrisikos des einzelnen Abtretungsgläubigers nie geltend gemacht werden. Diese Interessen sind klarerweise nicht schützenswert.

Der *Nichtschuldner* der Masse möchte nicht unnötig von Konkursmassen in Prozesse verwickelt werden. Wenn er im Prozess obsiegt, möchte er zudem die ihm zugesprochene Parteientschädigung eintreiben können. Hierzu kann mutatis mutandis auf das zu den Gerichtskosten Gesagte verwiesen werden [44]. Der Fall, dass die Parteientschädigung, obschon Masse-schuld, wegen völliger Massearmut nicht erhältlich ist, wird wohl selten sein, weil die Konkursverwaltung kei-

Gerichtskosten und Parteientschädigungen frei legiferieren.

Die Realisierung des Vorschlags gemäss Variante 1 oder 2 bedeutet somit ohne Zweifel einen *Eingriff des Bundesrechtes ins kantonale Prozessrecht*. Solche Eingriffe sind heute recht zahlreich und nehmen stetig zu [36]. Im geltenden Recht bestehen vergleichbare bundesrechtliche Regelungen bereits im Arbeitsrecht (Art. 343 Abs. 3 OR) und im Mietrecht (Art. 274d Abs. 2 OR). Vorgesehen sind weitere Eingriffe in anderen Bundesgesetzen. Solche Eingriffe können u. a. auf der Pflicht des Bundes beruhen, die Anwendung und Durchsetzung des Bundesprivatrechtes sicherzustellen [37]. Dennoch bleibt festzuhalten, dass Übergriffe des Bundesgesetzgebers in die Rechtsetzungskompetenz der Kantone nicht leichthin vorzunehmen sind. Dieser Aufsatz zeigt jedoch, dass die Durchsetzung des Bundesprivatrechtes im Konkurs in einer Vielzahl von Fällen nicht mehr gewährleistet ist und dass daher dieser vergleichsweise geringe Eingriff ins kantonale Prozessrecht gerechtfertigt ist. Auch unter dem Titel des sozialen Zivilprozesses [38] liesse sich dieser Eingriff zugunsten der kleinen Gläubiger rechtfertigen.

4. Abwägung der betroffenen Interessen

Um die beiden vorgeschlagenen Varianten abschliessend beurteilen zu können, sind die Interessen der Konkursgläubiger, des Staates und Dritter, namentlich der Prozessgegner, abzuwägen.

4.1 Interessen der Konkursgläubiger

Die Interessen der Konkursgläubiger wurden bereits eingehend dargestellt [39]. Hier sei nur kurz wiederholt, dass die Konkursgläubiger daran interessiert sind, dass wichtige Aktiven von der Masse im Interesse aller Gläubiger durchgesetzt werden. Wo Kautions- und Vorschusspflichten der Masse dies verhindern, namentlich bei Massearmut und hohem Streitwert,

müssen diese prozessualen Pflichten der Rechtsverwirklichung weichen. Diese Aufgabe vermögen Variante 1 und 2 zu erfüllen.

4.2 Interessen des Staates

4.2.1 Sicherung der Gerichtskosten

Sicher ist es richtig und war auch von alters her so, dass diejenigen, welche die Gerichte in Anspruch nehmen, auch etwas, und zwar einen rechten Betrag, dafür bezahlen [40]. Weiter ist es verständlich, wenn der Staat seine allfällige Forderung auf Erstattung der Gerichtskosten bei Gefährdung gesichert haben will. Die Kosten der Rechtsverfolgung und deren Sicherstellung dürfen eine Partei aber nicht über Gebühr davon abhalten, ihr Recht durchzusetzen. Aus Gründen der *Chancengleichheit* und *Rechtsgleichheit* ist dies in einem Rechtsstaat ebenso selbstverständlich. Dieser elementare Grundsatz hat sich im Institut der unentgeltlichen Prozessführung längst konkretisiert. Es gibt keinen Grund, Konkursmassen davon auszunehmen [41].

Zu bedenken ist, dass die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Variante 2 nicht nur von der Bedürftigkeit der Masse, sondern insbesondere auch von der Verneinung der Aussichtslosigkeit des Prozesses abhängt, die vom Richter zu beurteilen ist, so dass die Rechtswohltat des Armenrechts nicht zu einer Prozessflut führen wird. Zudem bleibt es dabei, dass i. d. R. auch die Konkursgläubiger die Prozesschancen beurteilen und aufgrund dessen entscheiden müssen, ob sie den Prozess im Namen und damit auf Kosten der Masse führen wollen. Da mit beiden vorgeschlagenen Varianten an der Haftung der Masse für die Gerichts- und Parteikosten nichts geändert wird, werden auch in Zukunft zweifelhafte Prozesse, wenn überhaupt, von Abtretungsgläubigern gemäss Art. 260 SchKG im eigenen Namen geführt werden. Das Risiko, dass der Staat bei Realisierung der einen oder anderen Variante seiner Gerichtskosten verlustig geht, ist gering.

4.2.2 Verwirklichung des Rechts

Der Gesetzgeber erlässt Vorschriften, die jedermann binden. Der Staat kann sich aber nicht damit begnügen, Vorschriften des materiellen Rechtes aufzustellen. Er muss dafür sorgen, dass auch danach gehandelt wird [42]. Der Staat hat heute zwar eine Vielzahl verschiedenster Funktionen übernommen. Darob sollte aber nicht eine seiner wichtigsten und hervorragendsten Funktionen, die Gewährleistung der Rechtsverwirklichung, vernachlässigt werden.

Diese Rechtsverwirklichung wird aber behindert, wenn der Staat Kauttionen und Vorschüsse verlangt bzw. das Armenrecht ungerechtfertigt verweigert. Besonders krass ist es dann, wenn die Masse mittellos ist bzw. geplündert wurde. Gerade dann müssen grobe Verstösse gegen die Rechtsordnung vermutet werden. Dass mit dem heutigen Zustand gerade jene Personen, die die Massearmut zu verantworten haben, ungerechtfertigt Schutz geniessen, ist bedenklich [43].

4.3 Interessen Dritter

Der *unredliche Masseschuldner* hofft, dass seine Verbindlichkeiten durch die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, durch die prohibitiv wirkende Kautions- und Vorschusspflicht der Masse und infolge des meist unverhältnismässigen Prozessrisikos des einzelnen Abtretungsgläubigers nie geltend gemacht werden. Diese Interessen sind klarerweise nicht schützenswert.

Der *Nichtschuldner* der Masse möchte nicht unnötig von Konkursmassen in Prozesse verwickelt werden. Wenn er im Prozess obsiegt, möchte er zudem die ihm zugesprochene Parteientschädigung eintreiben können. Hierzu kann mutatis mutandis auf das zu den Gerichtskosten Gesagte verwiesen werden [44]. Der Fall, dass die Parteientschädigung, obschon Masse-schuld, wegen völliger Massearmut nicht erhältlich ist, wird wohl selten sein, weil die Konkursverwaltung kei-

ne eigennützigen Ziele verfolgt. Die amtlichen und ausseramtlichen Konkursverwaltungen bieten i. d. R. Gewähr für die seriöse Abklärung eines Anspruchs. Sie werden daher Prozesshandlungen nur dann veranlassen, wenn sie die Prozesschancen für gut einschätzen und wenn das Verhältnis zwischen Aufwand und Streitwert angemessen ist. Die wenigen Fälle, in denen ein Nichtschuldner zu Unrecht eingeklagt wird und danach seine Parteientschädigung nicht erhält, müssen als kleineres Übel in Kauf genommen werden. Die vorerwähnten Interessen der Konkursgläubiger und des Staates überwiegen bei weitem.

4.4 Ergebnis

Aufgrund der vorstehenden Interessenabwägung ist *Variante 2* mit der Gewährung des Armenrechts für Konkursmassen zu bevorzugen. Sie geht weniger weit als Variante 1 mit der generellen und voraussetzungslosen Befreiung der Masse von der Kautions- und Vorschusspflicht. Viele Massen werden nämlich durchaus in der Lage sein, zumindest bei Prozessen mit geringem Streitwert ihren prozessualen Pflichten nachzukommen. Variante 2 ist daher mehr auf das Bedürfnis der Masse ausgerichtet. Sie ermöglicht zudem durch die *Beurteilung der Prozesschancen durch den Richter*, die z. T. gegenläufigen Interessen des Staates und der Dritten weitmöglichst zu berücksichtigen.

5. Schlussfolgerungen

Die Insolvenzentwicklung und die massiven jährlichen Gläubigerverluste widersprechen in krasser Weise den Intentionen des SchKG, den Interessen des Staates und der Gläubiger. Die

bevorstehende Revision des SchKG sucht in einigen Punkten diese Problematik zu entschärfen. Diese Massnahmen sind aber nur punktuell. Schon heute ist abzusehen, dass das revidierte SchKG an dieser Entwicklung nicht viel ändern wird.

Eine Erleichterung der Prozessführung durch die Masse im Sinne dieses Aufsatzes ist ein weiteres dringend zu berücksichtigendes Revisionsanliegen. Eine Abwägung der verschiedenen Interessen der Beteiligten zeigt, dass die Abschaffung der Vorschusspflicht bzw. die Einführung des Armenrechtes für Konkurs- oder Nachlassmassen mehr als gerechtfertigt wäre. Seit dem Jahre 1932 wird das Problem erkannt und von verschiedenster Seite Abhilfe verlangt. Auch die ersatzlose Streichung von Art. 169 SchKG scheint uns angezeigt. Jetzt ist es Zeit zu handeln.

Anmerkungen

- 1 Bundesblatt Nr. 27, Band III, 16. Juli 1991, S. 1 ff.
- 2 Bundesamt für Statistik, Sektion Unternehmen und Beschäftigung; Schröder Dirk, Der Konkurs des Konkurses, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 305 vom 30. Dezember 1983, S. 15 f.; Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BISchK) 1985 S. 198 ff., 1988 S. 199 ff., 1991 S. 118 ff.
- 3 Gilliéron Pierre-Robert, *Insolvabilité et insuffisance d'actif des entreprises - prévention et remèdes*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1990, S. 90.
- 4 Krauskopf Lutz, Das neue Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 258 vom 5. November 1991, S. 21.
- 5 gl. M. Staehelin Adrian, Die Revision des SchKG, BISchK 1990, S. 164.
- 6 Gilliéron, *Insolvabilité*, S. 89 ff.
- 7 Käfer Karl, Berner Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, N. 418 zu Art. 959.
- 8 vgl. BGE 116 II 540 f. E. 5a m.w. H.

- 9 vgl. M. Hardmeier, Ist unser Insolvenzrecht noch zeitgemäss?, Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 29.
- 10 gl. M. Staehelin, S. 171.
- 11 Haab Robert, Vereinfachung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, ZSR 51 N. F. (1932), S. 314a f.; Hardmeier, S. 20.
- 12 BGE 116 III 98/99; ZR 78 (1979), S. 189.
- 13 vgl. 3.1.1
- 14 Haab, S. 315a und FN 122; Hanisch Hans, Krise des Insolvenzrechtes?, BJM 1977, S. 172 f.; Schläpfer Ralf C., Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Diss. Zürich 1990, S. 73.
- 15 BGE 105 Ia 253.
- 16 Gilliéron Pierre-Robert, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne 1988, S. 341; Schläpfer, S. 71 f.; BGE 85 I 147, 105 Ia 253
- 17 Schläpfer, S. 71/72.
- 18 vgl. das Beispiel in BGE 105 Ia 251.
- 19 vgl. 2.3.1
- 20 S. 253/54.
- 21 S. 254.
- 22 S. 253.
- 23 S. 254.
- 24 S. 254.
- 25 BGE 109 Ia 8, 61 III 172.
- 26 BGE 61 III 172, 24 I 496.
- 27 vgl. 2.3.2
- 28 BGE 61 III 173.
- 29 Haab, S. 314a f.
- 30 Gilliéron, *Poursuite*, S. 341; Vogel Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechtes, 2. A., Bern 1988, 11. Kapitel, N. 48; Stutzer Hansjörg, Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1980, S. 108.
- 31 Hanisch, S. 173; Hardmeier, S. 29; Schläpfer, S. 67 ff.
- 32 anstatt vieler: Vogel, § 46-50.
- 33 vgl. BGE 105 Ia 113.
- 34 BGE 116 II 652.
- 35 BGE 105 Ia 249 ff.
- 36 Vogel, 2. Kapitel, N. 47.
- 37 Vogel, 2. Kapitel, N. 11, 19 ff., 27 und 34 ff.
- 38 Vogel, 2. Kapitel, N. 51 ff.
- 39 vgl. 2.3.1
- 40 Walder-Bohner Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1983, § 34 N. 1.
- 41 vgl. Schläpfer, S. 72.
- 42 Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, § 1 N. 1 ff.
- 43 gl. M. Stutzer, S. 109; Haab, S. 314a f.
- 44 vgl. 4.2.1