

Buchbesprechungen Recensions

DANIEL WUFFLI, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 21, Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2015, XLIX, 449 Seiten, CHF 94.– (ISBN 978-3-03751-724-6)

Die staatliche Prozesskostenhilfe bildet einen wichtigen Pfeiler des Rechtsstaats und ist wegen ihrer Bedeutung als Grundrecht in der Bundesverfassung verankert (Art. 29 Abs. 3 BV). Rechtshistorisch wurde der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege aus dem Rechtsgleichheitsartikel – «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich» – abgeleitet (Art. 4 aBV). Das Bundesgericht erkannte schon im vorletzten Jahrhundert, dass dem «Armen» das Recht verweigert wird, wenn ihm die Gerichtskosten nicht erlassen und der notwendige Anwalt nicht bezahlt wird. In der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 normierte der Bundesgesetzgeber die umfangreiche Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege in sieben Artikeln (Art. 117–123 ZPO). Diesen Bestimmungen widmet sich WUFFLI in seiner umfassenden Dissertation nebst der Einleitung und den Schlussfolgerungen in sieben Kapiteln.

In den Ausführungen zu *Wesen und Rechtsgrundlagen* (Kapitel 2) spricht der Autor der unentgeltlichen Rechtspflege eine sozialstaatliche Funktion ab und unterstreicht die Bedeutung des Instituts für den rechtsgleichen Justizzugang und die Verfahrensfairness (Rzn. 8 ff.). Der Autor beschreibt die Deckungsgleichheit des verfassungsrechtlichen und des zivilprozessualen Anspruchs (Rz. 15; vgl. auch Rzn. 334 und 908). Das Bundesgericht hält dazu fest, dass die Voraussetzungen von Art. 117 ff. ZPO und der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV übereinstimmen; eine Verletzung von Art. 117 ff. ZPO stellt gleichzeitig auch eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV dar, deren Voraussetzungen das oberste Gericht in rechtlicher Hinsicht mit freier Kognition prüft. Ob die unentgeltliche Rechtspflege aus prozessualen Gründen nach Art. 29 Abs. 3 BV oder Art. 117 ff. ZPO zu prüfen ist, ist somit letztlich sekundär, sofern der Gesuchsteller dem strengen Rügeprinzip für subsidiäre Verfassungsbeschwerden bzw. bei der Anfechtung

vorsorglicher Massnahmen Rechnung trägt. Die bundesgerichtliche Beurteilung des Sachverhalts erfolgt stets unter dem Gesichtspunkt der Willkür und die rechtliche Würdigung unterliegt so oder anders der freien Kognition (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_76/2015 vom 5. Oktober 2015, Erw. 1.2.2.).

Den *Geltungsbereich* (Kapitel 3) beschreibt der Autor in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht. Er widmet sich insbesondere der umstrittenen Frage, ob für Verfahren um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden kann (Rzn. 36 ff.). Zu Recht kritisiert er das Bundesgericht, welches einen solchen Anspruch ablehnt, namentlich weil dem Betroffenen bei verweigerter vorsorglicher Beweisabnahme kein Rechtsverlust drohe (vgl. BGE 140 III 12 ff.). Die vorsorgliche Beweisabnahme stellt einen Spezialfall vorsorglicher Massnahmen dar, und für diese wird unstrittig Prozesskostenhilfe gewährt. Vom Bedürftigen direkt die Einleitung eines risikoreichen und teuren Klageverfahrens zu verlangen, ist nicht zu rechtfertigen. Weil die Anspruchsvoraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit bei Art. 158 ZPO nicht passt, darf die unentgeltliche Rechtspflege gemäss WUFFLI nicht vom Geltungsbereich ausgeschlossen werden. Nach der Auffassung des Rezensenten widerspricht der höchstrichterliche Ausschluss auch der Intention des Gesetzgebers, welcher die unentgeltliche Rechtspflege in Art. 118 Abs. 1 Bst. c Satz 2 ZPO sogar auf vorprozessuale Bemühungen – «zur Vorbereitung des Prozesses» – ausdehnte. Was die umstrittene Frage betrifft, ob juristische Personen in den persönlichen Geltungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege fallen, liegt der Autor auf der Linie des Bundesgerichts; er will einen Anspruch nur dann gewähren, wenn das einzige Aktivum im Streit liegt (Rzn. 87 ff.).

Mit den *Voraussetzungen* (Kapitel 4) für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beschäftigt sich WUFFLI auf umfassende Weise. Detailliert zeigt er auf, wie die prozessuale Bedürftigkeit zu prüfen ist, welche Aktiven und welche Passiven ins Budget aufzunehmen sind. Sehr hilfreich sind die Erläuterungen zur vorgehenden Leistungspflicht anderer Personen, z.B. des Ehegatten, und zum Verhältnis der unentgeltlichen Rechtspflege zum Prozesskostenvorschuss.

Dass ein Sozialhilfeempfänger im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als bedürftig gilt, ist für WUFFLI zu absolut (Rzn. 239 f.). Die weitere Voraussetzung der hinreichenden Erfolgsaussichten sind, wie der Autor hervorhebt, aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung aus einer objektiven Beurteilungsperspektive *ex ante* zu prüfen (Rzn. 363 ff.). Deshalb können, was die Gerichtspraxis häufig zu vergessen scheint, später abgewiesene Rechtsbegehren zu Beginn durchaus genügende Erfolgsaussichten aufweisen.

Ein *Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistands* (Kapitel 5) ist nur bei komplexen Fällen und bei grosser Tragweite des Entscheids für den Gesuchsteller geboten. Der Autor liefert eine prägnante Umschreibung der von der Gerichtspraxis entwickelten Kriterien. Er schliesst sich dem Bundesgericht an, welches eine im Vergleich zur üblichen Parteientschädigung reduzierte Entschädigung an den unentgeltlichen Rechtsbeistand zulässt (Rzn. 457 ff.). Aus anwaltlicher Sicht ist WUFFLIS Forderung zu begrüssen, dass bei eingereichten Honorarnoten jede Kürzung der beantragten Entschädigung zu begründen ist (Rz. 481). Der Autor spricht sich schliesslich für einen weiten Anwendungsbereich der unentgeltlichen vorprozessualen Verbeiständung aus (Rzn. 484 ff.).

Die *Wirkungen* (Kapitel 6) der unentgeltlichen Rechtspflege beinhalten die Befreiung von Kostenvorschüssen und Sicherheitsleistungen, den vorläufigen Verzicht auf die Einforderung von Gerichtskosten und die Übernahme der eigenen Anwaltskosten. WUFFLI beschreibt präzise die Liquidation der Kosten in den einzelnen Konstellationen bei gewährter unentgeltlicher Rechtspflege. Er befürwortet die Regelung von Art. 118 Abs. 3 ZPO, welcher die bisherige Praxis des Bundesgerichts normiert, wonach die unentgeltlich prozessierende Partei bei Unterliegen die gegnerischen Parteikosten selbst zu bezahlen habe (Rzn. 531 ff.). Diese in der Lehre kritisierte Praxis ist im Hinblick auf die Zielsetzung der unentgeltlichen Rechtspflege – Justizzugang und Waffengleichheit – nicht unproblematisch. Das Risiko, bei Unterliegen zur Übernahme beträchtlicher gegnerischer Parteikosten verpflichtet zu werden, kann nach der Auffassung des Rezensenten auf die «arme» Partei durchaus pro-

hibitiv wirken. Aus der Möglichkeit der bloss partiellen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege leitet der Autor ab, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch an Auflagen und Bedingungen geknüpft werden darf (Rzn. 600 ff.). WUFFLI weist sodann darauf hin, dass ein Richter, der ein Rechtsbegehren zu Beginn des Rechtsstreits als aussichtslos bezeichnet und die unentgeltliche Rechtspflege ablehnt, bezüglich des Hauptverfahrens objektiv und erst recht vom Betroffenen als befangen wahrgenommen wird. Das Gesetz schliesst in Art. 47 Abs. 2 Bst. a ZPO eine Befangenheit des mit einem URP-Gesuch befassten Richters jedoch grundsätzlich aus. WUFFLI regt an, die Regelung wenigstens bei Aussichtslosigkeit *de lege lata* zu überdenken (Rzn. 563 ff.). Diese Forderung verdient volle Zustimmung. Der Rezensent untermauert sie mit einem Hinweis auf den Strafprozess, wo der Bundesgesetzgeber in einer vergleichbaren Situation unwiderlegbar eine Befangenheit vermutet: Der Zwangsmassnahmenrichter, der zu Beginn des Strafverfahrens den Sachverhalt ebenfalls summarisch würdigen muss, darf sich später gerade nicht mehr als Sachrichter mit dem Fall befassen (Art. 18 Abs. 2 StPO).

Das *Verfahren* (Kapitel 7) bildet einen Schwerpunkt von WUFFLIS Darstellung. Er erläutert nebst der richterlichen Aufklärungspflicht gemäss Art. 97 ZPO insbesondere die Gesuchsmodalitäten, die Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers, die Rolle der Gegenpartei, beschreibt detailliert Art und Gang des Gesuchverfahrens und das Rechtsmittelverfahren und befasst sich mit dem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege. Hervorzuheben sind WUFFLIS Erläuterungen zur Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO. Überzeugend legt er anhand einer systematischen und teleologischen Auslegung dar, dass die Kostenlosigkeit von Art. 119 Abs. 6 ZPO für das gesamte Verfahren, mithin auch für das Beschwerdeverfahren, gelten müsse (Rzn. 783 ff.). Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht seine in BGE 137 III 470 eingeleitete gegenteilige Praxis überdenkt.

Schliesslich befasst sich WUFFLI mit der *Nachzahlungspflicht* (Kapitel 8). Ob auch der unentgeltliche Rechtsbeistand gestützt auf Art. 123 ZPO von seinem Klienten nachträglich, d.h. bei wirtschaftlicher Erholung innerhalb von zehn

Jahren, die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem normalen Honorar fordern kann, wie es WUFFLI postuliert (Rzn. 935 f.), erscheint dem Rezensenten indessen angesichts des klaren Wortlauts und wegen des Zusatzhonorarverbots fraglich (so auch BK ZPO-BÜHLER, Art. 123 Rz. 27).

Die Dissertation WUFFLIS ist ein umfassendes Werk über die unentgeltliche Rechtspflege in der Zivilprozessordnung. Es folgt einem klaren systematischen Aufbau und stellt ein verlässliches Werk dar, das dem Praktiker auf alle relevanten Fragen Antworten bietet. Die klare, prägnante Sprache macht die Lektüre zu einer Freude. WUFFLI greift die dogmatischen Diskussionen auf und bereichert die Wissenschaft durch seine fundierten Stellungnahmen. Seine Lösungsansätze werden die Rechtsprechung beeinflussen. Das Buch dürfte sich neben BÜHLERS Berner Kommentierung der Art. 117 ff. ZPO als zweites, unabhängiges Standardwerk zur unentgeltlichen Rechtspflege in der Zivilprozessordnung etablieren.

STEFAN MEICHSNER

Dr. iur., Rechtsanwalt in Frick und
Ersatzrichter am Handelsgericht des
Kantons Aargau