

# Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

## Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BV und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Art. 6 EMRK



Andreas Kley-Struller,  
Dr. rer. publ., Rechtsanwalt,  
St. Gallen

### Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Allgemeine Voraussetzungen und Geltungsbereich
  - A. Erfordernis der Bedürftigkeit
  - B. Kein aussichtsloses Verfahren
  - C. Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung
  - D. Persönlicher Geltungsbereich
  - E. Verhältnis zum Opferhilfegesetz
- III. Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege
  - A. Volle, aber vorläufige Unentgeltlichkeit
  - B. Zeitpunkt
  - C. Keine Wirkung für allfällige Parteientschädigung
  - D. Freie Wahl des Rechtsbeistandes?
- IV. Geltung in der Verwaltungsrechtspflege
  - A. Vorbemerkung
  - B. Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren
  - C. Erstinstanzliches Verfahren?
    - 1. Leitfall: Erstinstanzliches IV-Abklärungsverfahren
    - 2. Ausdehnung auf weitere erstinstanzliche Verwaltungsverfahren
    - 3. Bewertung
  - D. Verfahren vor Bundesbehörden und vor den EMRK-Organen
- V. Bewertung
  - A. Notwendige Anpassung der Gesetzgebung
  - B. Verhältnis der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund von Art. 4 Abs. 1 BV zu Ansprüchen aufgrund der neuen Kantonsverfassungen
  - C. Die unentgeltliche Rechtspflege als soziales Grundrecht?

### I. Einleitung

"Mit der unentgeltlichen Rechtspflege will der Staat den Rechtsunterworfenen eine gewisse 'Waffengleichheit' gewährleisten; jeder Betroffene soll grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine finanzielle Situation ... Zugang zum Gericht und Anspruch auf die Vertretung durch einen Rechtskundigen haben". Das Bundesgericht hat den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung im Straf- und Zivilprozess entwickelt<sup>1</sup>. Es hat diesen Anspruch aus Art. 4 Abs. 1 BV "hergeleitet",

weil es mit der Rechtsgleichheit unvereinbar wäre, wenn eine Partei auf die prozessuale Durchsetzung ihrer Rechte nur deshalb verzichten müsste, weil sie nicht über die nötigen finanziellen Mittel verfügt. Eine Prozesspartei kann aus finanziellen Gründen an der Führung eines Prozesses gehindert sein, weil sie die regelmässig erforderlichen *Kostenvorschüsse und Kautionen* an Gerichte und Verwaltungsbehörden nicht zu leisten vermag oder weil sie im Prozess mangels eines *Rechtsbeistandes* ihre Position nicht wirkungsvoll zur Geltung bringen kann. Art. 4 Abs. 1 BV gewährt unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung<sup>2</sup>. Dieser Anspruch beinhaltet zwar lediglich eine Minimalgarantie<sup>3</sup>, welche die Kantone und der Bund nicht unterschreiten dürfen. In den letzten Jahren haben sich hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen dieses Anspruches sowie dessen Geltung im Verwaltungsverfahren erhebliche Änderungen der Rechtsprechung ergeben. Im folgenden soll die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung insbesondere im Verwaltungsverfahren dargestellt werden.

Die praktische Handhabe des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege wird durch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung erheblich erleichtert, indem der Anspruch unabhängig vom fraglichen Prozessgebiet immer dann zu gewähren ist, wenn die *drei Voraussetzungen der Bedürftigkeit, der Nichtaussichtslosigkeit und der sachlichen Notwendigkeit* einer Rechtsvertretung gegeben sind<sup>4</sup>. Nach diesem "zeitgemässen Verfassungsverständnis" hängt das prozessuale Armenrecht gestützt auf Art. 4

1 BGE 119 Ia 135.

2 Vgl. namentlich BGE 13, 255 (Strafverfahren).

3 Vgl. A. HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, 159; A. HAEFLIGER, Der bundesrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, in Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, 375 ff., insb. 375; P. WAMISTER, Die unentgeltliche Rechtspflege, die unentgeltliche Verteidigung und der unentgeltliche Dolmetscher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und Art. 6 EMRK, Diss. Basel 1983, 18 ff.; G. MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 BV, in Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern/Zürich/Basel 1987 ff. (Loseblatt), N. 123 zu Art. 4 BV; Y. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, 214; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. A., Zürich 1993, 498.

4 Vgl. BGE 112 Ia 10, 116 Ia 104, 120 Ia 15.

5 Dies zeigt sich deutlich z.B. in BGE 117 Ia 279 ff., 119 III 114 und im Urteil des Bundesgerichts vom 25.2.1994, ZVW 1994 163, E. 1., vgl. ferner M. FORSTER, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBl 1992 457 ff.

Abs. 1 BV "weder von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen noch von derjenigen des in Frage stehenden Verfahrens ab"<sup>6</sup>. Der unentgeltlichen Rechtspflege ist vielmehr jedes staatliche Verfahren zugänglich, in welches der Gesuchsteller einbezogen wird oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedarf. Die Anspruchsvoraussetzungen werden damit unabhängig von der Verfahrensart *einheitlichen Kriterien* unterworfen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Konventionsorgane zum teilweisen analogen Art. 6 EMRK<sup>7</sup> über die Verfahrensgarantien ist ebenfalls zu beachten. Freilich enthält Art. 6 Ziff. 1 EMRK nach ständiger Rechtsprechung der Konventionsorgane kein allgemeines Recht Bedürftiger auf ein unentgeltliches Verfahren und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Gerichtshof hat vielmehr festgehalten, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Staaten eine freie Wahl derjenigen Mittel gestatte, welche einen wirksamen Zugang zu den Gerichten erlaubten. Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes stelle nur eines von mehreren möglichen Mitteln zur Sicherung des Gerichtszuganges dar. Sei in einem Verfahren allerdings ein Anwaltszwang vorgesehen oder das Verfahren bzw. der konkrete Fall kompliziert, so *müsse* der Staat für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand sorgen<sup>8</sup>. Die Kommission hat in zahlreichen Fällen festgehalten, dass der von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ermöglichte Gerichtszugang nicht vereitelt werde, wenn in einer aussichtslosen Sache keine unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde, es sei denn, diese Weigerung erfolge willkürlich<sup>9</sup>. Hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege gibt die Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 EMRK kaum Impulse. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Konventionsorgane die Frage der Aussichtslosigkeit nur äusserst zurückhaltend beurteilen, da es um die Begründetheit einer Klage oder Beschwerde gemäss *nationalem Recht* geht.

In Strafverfahren gewährt indessen Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK<sup>10</sup> einen unentgeltlichen Verteidiger, falls der Angeklagte bedürftig ist und dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Zur Beurteilung der letzteren Voraussetzung ist wie bei Art. 4 Abs. 1 BV auf die Bedeutung der Sache für den Beschuldigten abzustellen, insbesondere auf das Strafmass<sup>11</sup>. Auch die Komplexität des Falles kann angesichts des Ausbildungsgrades des Angeschuldigten einen Pflichtverteidiger erfordern<sup>12</sup>. Nach dem Urteil *Imbrioscia c. die Schweiz*<sup>13</sup> hängt die Einhaltung von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK von der Verfahrensordnung, deren Handhabe durch die Gerichte sowie von den Umständen des Einzelfalles ab. Danach verletzen die ersten sechs untersuchungsrichterlichen Befragungen des Angeschuldigten ohne unentgeltlichen Verteidiger Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK nicht. Denn es kam infolge einer Mandatsniederlegung zu dieser an sich mangelhaften Verteidigung des Angeklagten; die Konventionsorgane wollten aber den Staat nicht dafür verantwortlich machen<sup>14</sup>.

In aller Regel geht die Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BV weiter als jene der Konventionsorgane zu Art. 6 EMRK. Das Bundesgericht bleibt mit seiner Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege gewissermassen

"autonom" über dem EMRK-Standard<sup>15</sup>. Im folgenden wird daher nur insofern auf Art. 6 EMRK hingewiesen, als diese Garantie weitergeht oder unterschiedliche Auffassungen bestehen. Das Niveau der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BV übersteigt den "Minimalstandard" bei weitem. Diese Tatsache hat einen prozessrechtlichen Hintergrund. *In sämtlichen Verfahren vor Bundesgericht* bestimmt sich die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 152 OG. Die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 152 OG hat eine *Vorbildfunktion* für die unentgeltliche Rechtspflege aus dem "Minimalanspruch" des Art. 4 Abs. 1 BV. So kommt es durchaus vor, dass das Bundesgericht den Gehalt des Art. 4 Abs. 1 BV gemäss seiner Rechtsprechung zu Art. 152 OG bestimmt<sup>16</sup>. Dieser Zusammenhang erklärt die Schaffung einheitlicher Kriterien der unentgeltlichen Rechtspflege für alle Rechtsgebiete, so wie eben Art. 152 OG in allen bundesgerichtlichen Verfahren zur Anwendung gelangt. Ferner bewirkt die Anhebung des Minimalstandards auf das "mittlere" Niveau des Art. 152 OG eine gesamtschweizerische Harmonisierung der unentgeltlichen Rechtspflege.

6 Urteil des Bundesgerichts vom 25.2.1994, ZVW 1994 163, E. 1.

7 Vgl. ferner den analogen Art. 14 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (CCPR), SR 0.103.2, welcher nicht eigens behandelt wird.

8 Vgl. Urteil *Airey c. Irland*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 32, § 26 (deutsche Übersetzung: EuGRZ 1979 626 ff.).

9 Vgl. z.B. Zulassungsentscheid 16588/90, X. c. *Österreich*, Österreichische Juristen-Zeitung 1993 141 f.; A. KLEY-STRULLER, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, 76 Anm. 7 m.w.H.

10 Und Art. 14 Ziff. 3 lit. d CCPR.

11 Vgl. Urteil *Granger c. Vereinigtes Königreich*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 174, § 47; Urteile *Boner und Maxwell c. Vereinigtes Königreich*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 300-B, §§ 35-44 bzw. vol. 300-C, §§ 32-41.

12 Vgl. Urteil *Pham Hoang c. Frankreich*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 203, § 40 m.w.H. (deutsche Übersetzung: EuGRZ 1992 472 ff.); vgl. ferner M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, 299.

13 Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 275, §§ 32 ff.

14 Vgl. auch VILLIGER (FN 12), 298.

15 Gl.A. VILLIGER (FN 12), 254.

16 Vgl. BGE 120 Ia 17, 115 Ia 327.

## II. Allgemeine Voraussetzungen und Geltungsbereich

### A. Erfordernis der Bedürftigkeit

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gilt voraussetzungsgemäss nur für *bedürftige* Personen. Eine anspruchsbegründende Bedürftigkeit ist dann gegeben, wenn eine Partei die Prozess- und Anwaltskosten nicht aus ihren aktuellen, eigenen Mitteln aufbringen kann; dabei müssen die Kosten für den Lebensunterhalt der Betroffenen und ihrer Familie vorab gedeckt werden können<sup>17</sup>. Aus diesem Grunde müssen Alimente für den Unterhalt der Kinder grundsätzlich nicht für Prozesskosten eingesetzt werden<sup>18</sup>. Die Bedürfnisse des Lebensunterhalts ergeben sich nicht aus der schematischen Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums<sup>19</sup>. Es besteht vielmehr ein eigener, verfassungsrechtlicher Begriff der relevanten "Bedürftigkeit", der selbst Bestandteil des prozessualen Armenrechts ist. Als eigene Mittel kommen laufende, *tatsächliche* Erwerbs- und Vermögenseinkünfte, die Beistandspflichten der Ehegatten gegeneinander<sup>20</sup>, die Unterstützungspflichten der Eltern gegenüber ihren unmündigen<sup>21</sup> und – unter Umständen – auch gegenüber ihren mündigen<sup>22</sup> Kindern sowie Werte des eigenen Vermögens<sup>23</sup> in Betracht. Schliesslich gehen auch die Ansprüche aus *Rechtsschutzversicherungen*, soweit eine vertragliche Deckung für die entsprechenden Verfahren vorgesehen ist<sup>24</sup>, vor. Eine rechtsschutzversicherte Person ist deshalb im Sinne der unentgeltlichen Rechtspflege nicht bedürftig. Nach ständiger Rechtsprechung fallen die Prozesskosten allerdings *nicht* unter die Ansprüche aus Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB<sup>25</sup>; in diesem Falle ginge die unentgeltliche Rechtspflege vor. Der Anspruch auf staatliche Mittel ist subsidiär zu andern Rechtsansprüchen<sup>26</sup>, ausgenommen die absolut subsidiären Ansprüche aufgrund des Opferhilfegesetzes<sup>27</sup>. Die differenzierte Rechtsprechung hat zahlreiche Merkmale zur Handhabung der verschiedenen Einkünfte und Vermögenswerte ausgebildet.

Anders als etwa im Recht der Ergänzungsleistungen<sup>28</sup> sind alle Formen der hypothetischen Einkommens- und Vermögenszurechnung unzulässig. Denn die bedürftige Person muss die Prozess- und Anwaltskosten aus ihrem *realisierbaren* Einkommen und Vermögen, nach Abzug der Lebensunterhaltskosten, innert angemessener Frist *effektiv bezahlen können*. So ist es im Rahmen eines Scheidungsprozesses nicht zulässig, die erst als Prozessergebnis allenfalls vorliegenden Ansprüche der Geschwisterin aus ehelichem Güterrecht bereits bei der Klageeinleitung zu berücksichtigen und aus diesem Grunde das prozessuale Armenrecht zu verweigern<sup>29</sup>. Ferner spielt es überhaupt keine Rolle, ob die Bedürftigkeit vom Geschwistersteller zu verantworten ist oder nicht<sup>30</sup>; selbstverständlich bleiben die – überaus seltenen – Rechtsmissbrauchstatbestände vorbehalten. Nicht nur das Einkommen, sondern auch die realisierbaren und vorhandenen Vermögenswerte sind zu berücksichtigen. Es ist beispielsweise mit dem Armen-

rechtsanspruch aus Art. 4 Abs. 1 BV zu vereinbaren, wenn von einem Grundeigentümer verlangt wird, dass er auf sein noch belastbares Grundstück einen Kredit aufnimmt, um die Prozesskosten zu bezahlen<sup>31</sup>.

### B. Kein aussichtsloses Verfahren

Die unentgeltliche Rechtspflege soll nicht in ein zum vorneherein *aussichtsloses Verfahren* münden und die verlangten Handlungen dürfen nicht klar unzulässig sein. Das Bundesgericht sieht diejenigen Prozessbegehren als aussichtslos an, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich

17 Vgl. BGE 119 Ia 12, 103 Ia 100; vgl. FORSTER (FN 5), 460; P. ZEN-RUFFINEN, Assistance judiciaire et administrative: Les règles minima imposées par l'article 4 de la constitution fédérale, JdT 1989 I 34 ff., insb. 38 ff.

18 BGE 115 Ia 325, E. 3. Allerdings müssen in der Bedürftigkeitsberechnung auch Kinderzuschläge weggelassen werden.

19 Vgl. BGE 106 Ia 82; ZEN-RUFFINEN (FN 17), 38 f.

20 Vgl. BGE 103 Ia 101 und J.-F. POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume V: Articles 136–171, Berne 1992, Art. 152, n. 4, 121 m.w.H.; HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 381.

21 Vgl. die Fürsorgepflichten der Eltern gemäss Art. 272, 274, 276 und 285 ZGB, welche selbst bei einem Entzug der elterlichen Gewalt fortbestehen, vgl. BGE 119 Ia 135; siehe ferner BGE 119 Ia 12, 115 Ia 195, 108 Ia 10 und POUURET (FN 20), Art. 152, n. 4, 121; CH. FAVRE, L'assistance judiciaire gratuite en droit Suisse, Diss. Lausanne 1988, 48 f.; ZEN-RUFFINEN (FN 17), 41 ff.

22 Gemäss Art. 276 Abs. 3 i.V.m. Art. 277 Abs. 2 ZGB, vgl. Urteil des EVG vom 18.4.1994, SVR-Rechtsprechung 5/1994, IV Nr. 9, E. 6 b.

23 Vgl. FAVRE (FN 21), 47; BGE 108 Ia 9.

24 Gewisse Verfahrensarten, wie familienrechtliche Streitsachen oder weitere Bereiche öffentlichrechtlicher Verfahren, sind freilich von der Deckung regelmässig ausgenommen; vgl. A. BAUMBACH/W. LAUTERBACH/J. ALBERS/P. HARTMANN, Zivilprozessordnung, 52. A., München 1994, N. 67 zu § 114 der deutschen Zivilprozessordnung, 414.

25 Urteil des EVG vom 18.4.1994, SVR-Rechtsprechung 5/1994, IV Nr. 9, E. 5; BGE 115 Ia 195, 67 I 70, 64 I 5; POUURET (FN 20), Art. 152 n. 4, 121; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 166; HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 381; ZEN-RUFFINEN (FN 17), 41.

26 Vgl. HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 375 Anm. 3 m.w.H.

27 Vgl. Abschnitt II.E.

28 So sind nach Art. 3 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes vom 19.3.1965 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG), SR 831.30 Einkünfte und Vermögenswerte, auf die verzichtet worden ist, auf die massgeblichen Einkommensgrenzen gemäss Art. 2 anzurechnen.

29 Vgl. BGE 118 Ia 370 f. zu dieser aus der Sicht des Bundesgerichts "völlig unbegreiflichen" Argumentation des Berner Obergerichts.

30 Vgl. BGE 104 Ia 34, 99 Ia 442, 58 I 292; POUURET (FN 20), Art. 152 n. 4, 121 m.w.H.

31 Vgl. BGE 119 Ia 11.

geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können<sup>32</sup>. Halten sich die Gewinn- und Verlustchancen die Waage oder differieren diese nur gering, so gilt ein derartiger Prozess immer noch als aussichtsreich. Die Rechtsprechung zieht dabei zu Recht das *hypothetische Verhalten einer vermöglichen Partei* heran, die sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen bzw. davon absehen würde<sup>33</sup>. Gerade bei heiklen oder umstrittenen Rechtsfragen ist ein erfolgreicher Verfahrensausgang durchaus anzunehmen; die gesuchtscheidende Instanz darf hier gerade nicht eine Aussichtslosigkeit zu Ungunsten des Gesuchstellers annehmen<sup>34</sup>. Die Aussichtslosigkeit ist in aller Regel *vorab*, anlässlich des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege, zu beurteilen<sup>35</sup>. Es wäre selbstverständlich unzulässig und würde die Waffengleichheit verletzen, wenn erst nach positivem Verfahrensausgang die unentgeltliche Rechtspflege gewährt würde: Welcher Anwalt würde dann überhaupt noch unentgeltlicher Rechtsvertreter sein wollen? Die unentgeltliche Rechtspflege deckt deshalb auch ein gewisses, vernünftiges Verlustrisiko.

### C. Notwendigkeit einer Rechtsverbeiständung

Die Rechtsverbeiständung muss nach ständiger Rechtsprechung *sachlich notwendig* sein<sup>36</sup>. Diese Notwendigkeit beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und den Eigenheiten des fraglichen Verfahrens. Die Tatsache, dass ein Verfahren unter der *Offizialmaxime* steht, vermag dabei den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung nicht zum vornherein auszuschliessen<sup>37</sup>. Greift das fragliche Verfahren besonders stark in die Freiheitssphäre des Gesuchstellers ein, so kann dies allein schon die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes rechtfertigen. Etwa im Strafverfahren muss es sich um die Ausfüllung einer freiheitsentziehenden Massnahme oder Strafe handeln, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesst<sup>38</sup>; im Vormundschaftsrecht greifen etwa Verfahren betreffend den Entzug der elterlichen Obhut oder der elterlichen Gewalt gemäss Art. 310 und 311 ZGB besonders stark in die persönlichen Verhältnisse ein<sup>39</sup>. In der Rechtsprechung bestehen erhebliche Unsicherheiten, welche Verfahren von genügend grosser Tragweite sind, dass ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wird<sup>40</sup>. Die bundesgerichtliche Praxis verlangt deshalb bei einer bloss relativen Schwere des Einzelfalles *zusätzlich besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten*, denen der Gesuchsteller allein nicht begegnen könnte<sup>41</sup>. Die Notwendigkeit kann sich aber auch subjektiv aus der persönlichen Situation des Gesuchstellers ergeben, wenn infolge einer psychischen Notlage die Fähigkeit einer eigenen und hinreichenden Interessenwahrung stark beeinträchtigt ist<sup>42</sup>.

In Hinblick auf Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, der im Strafverfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand garantiert, besteht möglicherweise eine Differenz zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem

Bundesgericht. Der Gerichtshof hatte im Urteil *Quaranta c. die Schweiz*<sup>43</sup> erwogen, dass allein schon die aufgrund des gesetzlichen Strafrahmens rechtlich mögliche Höchststrafe von drei Jahren Gefängnis die unentgeltliche Rechtsverbeiständung des Angeklagten notwendig mache. Dies gelte auch dann, wenn im konkreten Fall die zu erwartende Strafe geringer ausfalle, denn die Verhängung einer strengeren Freiheitsstrafe sei rechtlich möglich. Im vorliegenden Fall hätte die unentgeltliche Bestellung eines Verteidigers schon in der ersten Instanz erfolgen müssen, weil drei Jahre Freiheitsstrafe auf dem Spiel standen. Das Urteil *Quaranta* ist wegen seiner scheinbar *abstrakten Betrachtungsweise* vereinzelt kritisiert worden<sup>44</sup>. Das Bundesgericht hat diese Argumentation nun in mehreren neuen Entscheiden verdeutlicht. Es komme nicht auf die theoretisch mögliche Höchststrafe an, da ansonsten schon geringfügige Vergehen zu einer amtlichen Verteidigung berechtigten. Der Gerichtshof habe auch im Urteil *Quaranta* die vorhandenen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten berücksichtigt. Daher sei für die relativ schweren Fälle, bei denen mit einer Freiheitsstrafe von einigen Wochen bis Monaten zu rechnen sei, zusätzlich das Erfordernis der rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten notwendig<sup>45</sup>. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK wird da-

32 Vgl. FAVRE (FN 21), 60 f.; HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 381; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 167.

33 Vgl. BGE 119 Ia 253, 109 Ia 9, 105 Ia 114, 100 Ia 113, 91 I 162.

34 Vgl. Entscheid vom 24.6.1988 des Verwaltungsgerichts Graubünden, PVG 1988 Nr. 10, 35 f.

35 Vgl. HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 382; a.A. FORSTER (FN 5), 462.

36 Vgl. BGE 117 Ia 281.

37 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25.2.1994, ZVW 1994 164, E. 2 b), BGE 117 Ia 282, 115 Ia 105, 112 Ia 13, 112 Ia 15; FORSTER (FN 5), 461.

38 Vgl. BGE 115 Ia 105 m.w.H.

39 Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 25.2.1994, ZVW 1994 162 ff.

40 So wurde in BGE 117 Ia 282 offengelassen, ob ein Verfahren betreffend Rückversetzung in den Massnahmenvollzug nach Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB (in dem 354 Tage Restfreiheitsstrafe auf dem Spiele standen) schon hinreichend schwer wiege.

41 BGE 117 Ia 282, 115 Ia 105, 112 Ia 15 je m.w.H.

42 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25.2.1994, ZVW 1994 165, E. 2 c) bb).

43 Vgl. Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 205, §§ 32–38 = AJP/PJA 1992 661 ff. (deutsche Übersetzung: Österreichische Juristen-Zeitung 1991 745 f. oder Praxis 1992 Nr. 70).

44 Vgl. die Kommentierung des Urteils *Quaranta* durch F. SCHÜRMAN, AJP/PJA 1992 664 ff.; FORSTER (FN 5), 461.

45 BGE 120 Ia 43. Diese Rechtsprechung ist hinsichtlich der Unschuldsvermutung des Art. 6 Ziff. 2 EMRK unproblematisch, wenn im Entscheid über die Gewährung eines amtlichen Verteidigers das zu erwartende Strafmass *vorläufig* abgeschätzt wird, vgl. den negativen Zulassungsentscheid Nr. 7966/77, *Petra Krause c. die Schweiz*, DR 12, 73 oder VPB

mit im Lichte der Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 4 Abs. 1 BV interpretiert. Dieses Vorgehen ist zu begrüssen; es finden sich schon im Urteil *Quaranta* Anhaltspunkte dafür, dass der Gerichtshof diese Auffassung teilen könnte.

#### D. Persönlicher Geltungsbereich

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege steht sowohl dem Schweizerbürger als auch dem Ausländer – und zwar *unabhängig von seinem Wohnsitz* – zu<sup>46</sup>. Die in den Prozessgesetzen immer mehr verschwindende Voraussetzung des Gegenrechts bei Ausländern verträgt sich nicht mit Art. 4 Abs. 1 BV<sup>47</sup> und dem Völkervertragsrecht<sup>48</sup>. Es handelt sich um eine sachfremde und unzulässige Erschwerung des Zugangs zur Rechtspflege<sup>49</sup>.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat den Anspruch *bis vor kurzem ausschliesslich den natürlichen Personen zuerkannt*, die juristischen Personen aber davon ausgeschlossen<sup>50</sup>. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht erstmals eine Änderung dieser Rechtsprechung angedeutet<sup>51</sup>. Denn sehr wohl könne eine juristische Person zu einem Prozess gezwungen sein, um die Bezahlung einer Schuld zu erreichen, die praktisch einziges Aktivum sei. Freilich könne eine juristische Person, die im Bereiche der Wirtschaft tätig sei und bloss eine begrenzte Verantwortlichkeit habe, *keine völlige Gleichbehandlung mit natürlichen Personen verlangen*, denen die unentgeltliche Rechtspflege im Falle einer persönlichen Notlage zugesprochen werde. Allerdings ist es nach der Auffassung des Bundesgerichts denkbar, juristischen Personen einen grundsätzlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zuzusprechen, falls die erforderlichen Mittel weder von ihnen noch von den am Rechtsstreit wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden könnten<sup>52</sup>. Im zu beurteilenden Fall hatte die Beschwerdeführerin unzureichende Angaben über die juristische Person, die Zusammensetzung des Aktienkapitals und die an ihr wirtschaftlich interessierten Personen gemacht; dem Armenrechtsgesuch war deshalb kein Erfolg beschieden. Die künftige Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege für juristische Personen muss freilich sicherstellen, dass die Gewährung des Armenrechts auch im öffentlichen Interesse liegt. Dieses Interesse ist sicher gegeben, wenn der fragliche Prozess Auswirkungen auf Arbeitnehmer, Kapitalgeber und Lieferanten hat. Es ist nämlich zu verhindern, dass eine juristische Person mit einem bloss begrenzten Haftungssubstrat "auf Staatskosten prozessiert, nur um private, wirtschaftliche Interessen wahrzunehmen"<sup>53</sup>.

Die neueste Rechtsprechung zum persönlichen Geltungsbereich macht deutlich, dass eine juristische Person unter besonderen Umständen eine unentgeltliche Rechtspflege erhalten kann. Hierzu bietet gerade die Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege von Personengesellschaften interessante Hinweise. Grundsätzlich hat die *Kollektiv- und Kommanditgesellschaft* – nicht aber die Konkursmasse<sup>54</sup> – einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung<sup>55</sup>. Voraussetzung ist allerdings eine Pro-

1983 Nr. 161. Keinesfalls darf im Entscheid über die Bestellung eines amtlichen Verteidigers festgestellt werden, der Angeschuldigte sei schuldig und verdiene eine Strafe in einem bestimmten Umfang.

- 46 Vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil vom 31.5.1994, vgl. AJP/PJA 1994 1475 f. oder ZBJV 1994 647, ferner BGE 108 Ia 108; POUDET (FN 20), Art. 152 n. 3, 119; WAMISTER (FN 3), 74 f.; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 164.
- 47 Vgl. z.B. Art. 77 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern v. 7.7.1918; 1989 wurde allerdings ein zweiter Satz angefügt, der das Gegenrecht weitgehend zurücknimmt: "Staatsverträge bleiben vorbehalten" (vgl. die folgende Fussnote). Das Bundesgericht hat in einem den Kanton Bern betreffenden Fall nunmehr die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung festgestellt, vgl. das in der vorstehenden Fussnote angeführte Urteil vom 31.5.1994 und dessen Besprechung durch A. KLEY-STRULLER, Ziff. 2, AJP/PJA 1994 1475.
- 48 Gemäss Art. 20 des internationalen Übereinkommens vom 1.3.1954 betreffend Zivilprozessrecht, SR 0.274.12 sind Schweizer und Ausländer mit ausländischem Wohnsitz bei der unentgeltlichen Rechtspflege in Zivil- und Handelssachen (Abs. 1) sowie in gerichtlichen Verwaltungssachen (Abs. 2) gleich zu behandeln, vgl. POUDET (FN 20), Art. 152 n. 3, 119 f. m.w.H.; WAMISTER (FN 3), 74 f.; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 164; HAEFLIGER, Anspruch (FN 3), 378. Schliesslich verbietet Art. 6 i.V.m. Art. 14 EMRK eine derartige Differenzierung, vgl. H. GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin/Frankfurt a.M. 1968, 98.
- 49 Bundesgerichtsurteil vom 31.5.1994 (zur Publikation vorgesehen), vgl. AJP/PJA 1994 1475 f. oder ZBJV 1994 647.
- 50 Vgl. BGE 88 II 387, 116 II 652. Dem ist zum Teil auch die kantonale Praxis gefolgt: vgl. z.B. G. BOINAY, La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura, Porrentruy 1993, N. 4 zu Art. 18, 32.
- 51 Vgl. BGE 119 Ia 337; besprochen von TH. BRUN, AJP/PJA 1994 386 ff.
- 52 Das Bundesgericht verweist ausdrücklich auf § 116 Abs. 1 Ziff. 2 der deutschen Zivilprozessordnung: Prozesskostenhilfe erhält auf Antrag, "eine inländische juristische Person oder parteifähige Vereinigung, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde", vgl. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (FN 24), 436 ff. Siehe die schon früher vertretenen Auffassungen etwa von F. VON STEIGER, Kann einer juristischen Person das Armenrecht erteilt werden? Die schweizerische Aktiengesellschaft 1950/51, 161 ff.; M. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 440, Anm. 30 lit. c.; eingeschränkter FAVRE (FN 21), 98 ff., der die unentgeltliche Rechtspflege lediglich juristischen Personen ohne lukrativen Zweck und den Stiftungen zusprechen will; vgl. POUDET (FN 20), Art. 152 n. 3, 118 f. m.w.H.
- 53 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (FN 24), N 19 zu § 116 der deutschen Zivilprozessordnung, 438.
- 54 Vgl. BGE 61 III 170, 62 I 213, 85 I 144, 116 II 656; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 163; POUDET (FN 20), Art. 152 n. 3, 119 kritisiert zu Recht diese Rechtsprechung.
- 55 BGE 116 II 655 f.; WAMISTER (FN 3), 73 f.

zessarmut sowohl der Gesellschaft als auch *aller* unbeschränkt haftenden Gesellschafter. Bei juristischen Personen ist nun trotz der bestehenden Haftungsbeschränkung der Eigentümer eine Parallelität zu den beiden Personengesellschaften vorstellbar. So ist beim Verein eine unbeschränkte Haftung der Mitglieder möglich<sup>56</sup> oder bei einer Kleinaktiengesellschaft ist es denkbar, dass die Aktionäre ihr in einem Umfang Kredite eingeräumt haben, dass sie zusammen mit der Gesellschaft "bedürftig" sind. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung hängt nun vor allem davon ab, ob dem Bundesgericht ein "idealer" Fall vorgelegt wird. Es lässt sich mit grosser Wahrscheinlichkeit annehmen, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung im angedeuteten Sinn ändern wird. Damit lässt sich der vorgesehene, grundsätzliche Ausschluss juristischer Personen von der unentgeltlichen Rechtspflege nicht mehr aufrechterhalten.

### E. Verhältnis zum Opferhilfegesetz

Die Opfer von Straftaten haben gemäss Art. 3 Abs. 4 OHG<sup>57</sup> Anspruch auf Übernahme der Kosten für anwaltliche Beratung und Vertretung, "soweit dies aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist". Diese Opferhilfe hat nun allerdings keineswegs den Sinn, das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege für Opfer abzulösen. Vielmehr soll die Rechtsstellung der Opfer verbessert werden, indem die unentgeltliche Rechtspflege *ergänzt* wird. Beispielsweise besteht hinsichtlich der allgemeinen Rechtsberatung des Opfers durch den Anwalt kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Die Opferhilfe tritt nun in diese Lücke, da sie anders als die unentgeltliche Rechtspflege nicht im Hinblick auf ein *bestimmtes Verfahren gewährt werden muss*. Das Opferhilfegesetz ist also zur unentgeltlichen Rechtspflege absolut subsidiär<sup>58</sup>. Besteht in einem Verfahrensstadium ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, so ist die bereits gewährte Kostengutsprache nach Opferhilfegesetz durch die unentgeltliche Rechtspflege abzulösen<sup>59</sup>.

## III. Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege

### A. Volle, aber vorläufige Unentgeltlichkeit

Die bedürftige Partei erhält bei gegebenen Voraussetzungen einen *vollen Kostenerlass* und nötigenfalls eine gänzliche Übernahme der Kosten der Rechtsverteidigung. Der Armenanwalt ist nicht befugt, von der ihm vertretenen Partei eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen, selbst wenn die vom Staat ausgerichtete Entschädigung nicht einem vollen Honorar entspricht<sup>60</sup>, denn ansonsten würde die unentgeltliche Rechtspflege ihres Zweckes beraubt. Eine *teilweise Unentgeltlichkeit* der Rechtspflege wird dem Anspruch des Art. 4 Abs. 1 BV nicht gerecht. Es gibt keine Bedürftigkeit verschiedener Grade, welche eine

entsprechende Teilunentgeltlichkeit nach sich zieht<sup>61</sup>. Die in einzelnen Prozessgesetzen vorgesehene Partialunentgeltlichkeit<sup>62</sup> zeugt von einer Sparsamkeit, die angesichts der grossen rechtsstaatlichen Bedeutung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht gerechtfertigt ist. Das fiskalische Interesse des Staates wird indessen dadurch gewahrt, indem der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 4 Abs. 1 BV nur *vorläufig* von der Bezahlung der Kosten befreit<sup>63</sup>. Kommt die notleidende Partei später wieder zu hinreichendem Einkommen oder Vermögen, so ist es mit Art. 4 Abs. 1 BV vereinbar, wenn der Staat die geleistete Prozesskostenhilfe zurückfordert. In der Praxis bestehen freilich praktische Schwierigkeiten, die geleistete Hilfe zurückzufordern. Erhält die bedürftige Partei nicht im Verfahren, für das die Hilfe zugesprochen wurde, durch den Prozessausgang finanzielle Mittel, so dürfte der zuständigen Instanz die Kenntnis über einen möglichen, späteren Vermögenszugang fehlen.

Die bloss vorläufige Kostenbefreiung ist mit Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. c EMRK vereinbar<sup>64</sup>. Dagegen garantiert Art. 6 Ziff. 3 lit. e<sup>65</sup> in Strafverfahren einen unentgeltlichen Dolmetscher und zwar *unabhängig* von der Bedürftigkeit des Angeklagten. Diese Bestimmung gibt jedem, der die Verhandlungssprache des Gerichts nicht spricht oder versteht, den Anspruch auf den unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers, *ohne* dass nachher die Zahlung der dadurch verursachten Kosten von ihm verlangt werden darf<sup>66</sup>. Denn die bloss vorläufige Kostenbefreiung trägt die Ge-

56 Vgl. P. TUOR/B. SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. A., Zürich 1986, 130.

57 Vgl. Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4.10.1991, SR 312.5.

58 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten und zu einem Bundesbeschluss über das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten vom 25.4.1990, BBl 1990 II 961 ff., insb. 976; ANNA KLEY-STRULLER, Wiedergutmachung im Strafrecht, Diss. Basel, Bern usw. 1993, 79 f.

59 Vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18.4.1994, pläd. 1994/3, 63 ff.

60 Vgl. BGE 108 Ia 11.

61 Entscheid des Bundesrates vom 25.4.1990, VPB 1991 Nr. 16.

62 Vgl. z.B. Art. 143 Abs. 1 des neuen Freiburger Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1991.

63 BGE 98 Ia 341, 67 I 65; MÜLLER (FN 3), N. 128 zu Art. 4 BV.

64 Vgl. VILLIGER (FN 12), 299; WAMISTER (FN 3), 66 f.

65 Dieselbe Garantie enthält auch Art. 14 Ziff. 3 lit. f. CCPR.

66 Vgl. Urteil *Luedicke u.a. c. Deutschland*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 29, § 40 ff., insb. § 42 und 46 (deutsche Übersetzung: EuGRZ 1979 34 ff.); Urteil *Öztürk c. Deutschland*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 73, § 40 ff., insb. § 58 (deutsche Übersetzung: EuGRZ 1985 62 ff.); Urteil *Croissant c. Deutschland*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 237-B, § 33 (deutsche Übersetzung: EuGRZ 1992 542 ff.).

fahrt in sich, dass der Angeklagte aus Furcht vor Verfahrenskosten auf einen Dolmetscher verzichtet. Die auslegende Erklärung der Schweiz, wonach die Unentgeltlichkeit des Dolmetschers "die begünstigte Person nicht endgültig von der Zahlung der entsprechenden Kosten befreit" ist wohl ungültig<sup>67</sup>. In der Praxis muss daher ein Augenmerk auf die Einhaltung dieser Bestimmung gelegt werden und die ihr widersprechenden Gesetzesbestimmungen sollten aufgehoben werden.

## B. Zeitpunkt

Sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt, so hat der Kanton *sogleich* die Kosten der Verbeiständung zu übernehmen. Es ist mit dem Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess unvereinbar, die Wirkungen eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege erst später eintreten zu lassen<sup>68</sup>, zum Beispiel erst auf jenen Zeitpunkt, in dem das Gesuch definitiv bewilligt wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre treten die Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Gesuchseinreichung ein; dieser Anspruch ergibt sich direkt gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV<sup>69</sup>. Unter bestimmten Umständen ist sogar eine Rückwirkung über diesen Zeitpunkt hinaus erforderlich<sup>70</sup>.

Die kantonalen Prozessordnungen verlangen vereinzelt, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bis zu einem bestimmten Prozessstadium eingereicht werden muss, andernfalls es nicht bewilligt werden kann. Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich auf einen nicht publizierten Entscheid<sup>71</sup> berufen, wonach ein Gesuch gemäss Art. 4 Abs. 1 BV *jederzeit während des Verfahrens* gestellt werden kann. Bei gegebenen Voraussetzungen muss in dieser Situation der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung auch bezüglich bereits geleisteter Arbeit anerkannt werden. Ist das Gesuch begründet, so tut die nachträgliche Bewilligung den Interessen des Staates keinen Abbruch.

## C. Keine Wirkung für allfällige Parteientschädigung

Verliert diejenige Partei den Prozess, der die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist, so bedeutet dies indessen nicht, dass der Staat der obsiegenden Partei die zugesprochene Parteientschädigung für ihre Umtriebe und Aufwendungen bezahlen muss<sup>72</sup>. Die unentgeltliche Prozessführung will nach ihrem Grundgedanken lediglich der bedürftigen Partei den Zugang zum Recht eröffnen. Der Staat tritt nur insofern in die finanzielle Lücke. Im übrigen können die vermögliche Gegenpartei oder andere Prozessbeteiligte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie müssen das Risiko, dass die zugesprochenen Parteientschädigungen nicht einbringlich sind, selber tragen.

## D. Freie Wahl des Rechtsbeistandes?

Nach der bundesgerichtlichen Praxis *besteht kein bedingungsloses Recht auf eine freie Wahl des Rechtsbeistan-*

*des*. Die Kantone schränken in Praxis und Gesetzgebung die freie Wahl mit unterschiedlichen Motiven ein. Die zuständige Behörde kann an der Bestimmung der Rechtsvertreter deshalb interessiert sein, weil damit eine gleichmässige Verteilung der Mandate auf die Rechtsanwälte erreicht werden soll. Fragwürdig sind hingegen die in vielen Prozessordnungen vorgesehenen Bestimmungen, wonach lediglich die im Kanton wohnhaften oder dort berufstätigen Rechtsvertreter bestellt werden. Dies wird mit dem Argument gerechtfertigt, dass der im Kanton tätige Anwalt sich in der Regel besser im kantonalen Prozessrecht auskenne als sein ausserkantonaler Kollege<sup>73</sup>. Dieser Grund ist indessen nur vorgeschoben, es geht faktisch vielmehr um das fiskalische Interesse an der Besteuerung dieser Einnahmen aus der unentgeltlichen Rechtspflege. Selbstverständlich ist ein freipraktizierender Anwalt nicht nur in den kleinräumigen Verhältnissen seines Wohnsitzkantons allein tätig; vielmehr kennt er sich regelmässig mindestens in der Prozessordnung aller benachbarten Kantone ebenso gut aus und ist gleichermassen befähigt, einen Prozess ordnungsgemäss zu führen. Die genannte Einschränkung der freien Anwaltswahl auf im Kanton berufstätige Anwälte muss in dem Sinne interpretiert werden, dass nicht ein Sitz im Kanton erforderlich ist, sondern dass eine gelegentliche Tätigkeit vor kantonalen Gerichten bereits genügt. Das Bundesgericht hat die Praxis der Beschränkung auf bloss einheimische Anwälte geschützt<sup>74</sup>, aber Ausnahmen zugelassen, wenn sich ein ausserkantonaler Anwalt bereits in einen Fall eingearbeitet hat<sup>75</sup>. Vor Bundesbehörden stellt sich dieses Problem selbstverständlich nicht<sup>76</sup>.

Ein *Wechsel des unentgeltlichen Rechtsbeistandes* ist "nur und immer dann zu bewilligen, wenn aus *objektiven Gründen* eine sachgemässe Vertretung der Interessen des Angeschuldigten durch den amtlichen Verteidiger nicht mehr gewährleistet ist"<sup>77</sup>. Die bloss Behauptung eines Gesuchstellers, er habe kein Vertrauen mehr in seinen Anwalt, genügt nicht. Es müsste vielmehr substantiiert vorgebracht werden, weshalb der Anwalt seine Aufgabe nicht korrekt erfüllt hat oder warum das Vertrauensverhältnis gestört ist. Dieses ist insbesondere nicht schon dann gestört, wenn

67 Vgl. VILLIGER (FN 12), 25 f., 305 m.w.H. auf die Problematik.

68 Vgl. BGE 120 Ia 16 f.

69 Vgl. BGE 120 Ia 17.

70 Vgl. BGE 120 Ia 16 m.w.H.; FAVRE (FN 21), 118; ZEN-RUFFINEN (FN 17), 56; WAMISTER (FN 3), 76 f.

71 Vom 11.2.1993 i.S. N., angeführt in BGE 120 Ia 17. In BGE 61 I 234 wurde noch gegenteilig entschieden.

72 Vgl. BGE 112 Ia 18, 113 II 343, 117 Ia 513, 117 V 410; ZEN-RUFFINEN (FN 17), 45.

73 So BGE 95 I 411; HAÉFLIGER, Schweizer (FN 3), 162.

74 Vgl. BGE 95 I 411.

75 Vgl. BGE 95 I 409, 67 I 4, 60 I 17; HAÉFLIGER, Schweizer (FN 3), 162.

76 Zwischenverfügung der Generaldirektion der PTT vom 3.4.1978, E. 4 am Ende, VPB 1978 Nr. 39.

77 BGE 116 Ia 105, vgl. auch 114 Ia 104, 105 Ia 304 f.

sich der Anwalt nicht als "unkritisches Sprachrohr seines Mandanten"<sup>78</sup> gebärdet. Der Rechtsbeistand hat vielmehr die Aufgabe eines Assistenten des Bedürftigen, der seinen Mandanten auf die Schranken des Rechts aufmerksam zu machen hat.

#### IV. Geltung in der Verwaltungsrechtspflege

##### A. Vorbemerkung

In manchen Sachgebieten des Verwaltungsverfahrens liegen keine Entscheide zur unentgeltlichen Rechtspflege vor. Daraus darf man freilich nicht voreilig den Schluss ziehen, dass der Anspruch gar nicht besteht. Vielmehr ergibt sich dies aus den regelmässig gegebenen Sachkonstellationen. So ist es in einem Baubewilligungsverfahren nachgerade undenkbar, dass der Bauherr – meist Grundeigentümer – ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt. In vielen Sachgebieten muss der Bewilligungsbewerber zur Realisierung seines Gesuchs erhebliche finanzielle Mittel zur Verfügung haben. Aus diesem Grunde geht etwa im Bereich des Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrechts kaum je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein.

##### B. Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren

Die Rechtsprechung war noch bis vor wenigen Jahren gegenüber der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung in staats- und verwaltungsrechtlichen Verfahren zurückhaltend<sup>79</sup>. Sie liess sich von der Überlegung leiten, wonach die Offizialmaxime und der Untersuchungsgrundsatz eine genügende Gewähr für den Zugang zum Recht darstellten. Das Bundesgericht hat diese Auffassung in einem grundlegenden Urteil aus dem Jahr 1986 revidiert<sup>80</sup>. Es anerkannte *grundsätzlich im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege*. Die Rechtsverbeiständung ist aber nur zu gewähren, wenn das Rechtsbegehren des Bedürftigen nicht zum vornherein aussichtslos erscheint und die verlangten Prozesshandlungen nicht offensichtlich prozessual unzulässig sind. Das Verfahren muss ferner für den Betroffenen von erheblicher Tragweite sein. Schliesslich dürfen sich die im Verfahren stehenden Fragen nicht leicht beantworten lassen und die Partei darf nicht selber rechtskundig sein.

Die in Bund<sup>81</sup> und Kantonen verbreiteten Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage betreffen öffentlichrechtliche Materien, in denen *nicht verfügt* werden kann (z.B. Ansprüche aus Staatshaftung). Selbstverständlich ist in diesen, dem Zivilprozess stark nachgebildeten Verfahren der bedürftigen, privaten Klagepartei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben<sup>82</sup>, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. An diese dürfen keine besonders

hohen Anforderungen gestellt werden, denn Gegenpartei ist stets der *Staat* (Körperschaft oder Anstalt, Kanton, Bund). Es handelt sich nicht um irgendeinen, sondern um einen mächtigen Gegner.

#### C. Erstinstanzliches Verfahren?

##### 1. Leitfall: Erstinstanzliches IV-Abklärungsverfahren

Das Bundesgericht hatte im angeführten Leitfall<sup>83</sup> aus dem Jahr 1986 die Frage nicht behandelt, ob der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung auch im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verwaltungsverfahren besteht. Dem Eidgenössischen Versicherungsgericht wurde 1988 die Frage vorgelegt<sup>84</sup>, ob in einem erstinstanzlichen IV-Abklärungsverfahren vor der kantonalen Invalidenversicherungs-Kommission betreffend Eingliederungsmassnahmen, Renten oder andere Massnahmen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei. Nach einem gemäss Art. 16 OG durchgeführten Meinungsaustausch hatte das Versicherungsgericht den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung auch in diesem Verfahrensstadium anerkannt. Über den Anspruch betreffend eine unentgeltliche Rechtspflege war nicht zu befinden, da das IV-Verfahren unentgeltlich ist. Der Anspruch wurde indessen in engen sachlichen und zeitlichen Grenzen gehalten. Bei den *sachlichen Voraussetzungen* ist auf die Ausführungen betreffend das Beschwerde- und das ge-

78 BGE 105 Ia 105.

79 Vgl. HANGARTNER (FN 3), 215.

80 Vgl. BGE 112 Ia 14, vgl. die Besprechung durch J. P. MÜLLER, Ausbau sozialer Gerechtigkeit im Prozess, Urteilsanmerkung Prozessrecht BGE 111 Ia 7 und BGE 112 Ia 14, in recht 1986 97 ff.; seither vielfach bestätigt 114 V 231, 117 Ia 279, BGr. v. 7.10.1992, ZBl 1993 504 ff., insb. 517, E. 9. Das Bundesgericht hatte bereits vorher den Anspruch im *verwaltungsgerichtlichen* Verfahren anerkannt, vgl. Urteil vom 8.3.1985, ZBl 1985 412 ff. = EuGRZ 1985 485 ff., bestätigt in BGE 111 Ia 276; vgl. die bereits 1983 erhobene Forderung von WAMISTER (FN 3), 116 ff. nach unentgeltlicher Rechtspflege im Verwaltungsverfahren.

81 Im Bund wurde deren Anwendungsbereich vor Bundesgericht stark eingeschränkt, vgl. den neuen Art. 116 OG (in Kraft seit dem 1.1.1994), Bundesgesetz vom 4.10.1991 über die Änderung der Organisation der Bundesrechtspflege, AS 1992 288 ff., vgl. AS 1992 297 und AS 1993 877. Das Klageverfahren wird im Bund indessen vor den Schiedskommissionen durchgeführt, vgl. Art. 19 der Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3.2.1993, SR 173.31.

82 So HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 180 f.; vgl. für den Bund: Art. 19 Abs. 4 der Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3.2.1993, SR 173.31 und vor Bundesgericht betreffend Verfahren gemäss Art. 116 OG: Art. 152 OG.

83 Vgl. BGE 112 Ia 14.

84 Vgl. BGE 114 V 228.

richtliche Verfahren zu verweisen<sup>85</sup>. Die Rechtsverteidigung ist nach Ansicht des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in *zeitlicher Hinsicht* nicht im ganzen erstinstanzlichen Verfahren notwendig. Erst wenn sich nach den pflichtgemässen Abklärungen der Behörde ein Verfahrensergebnis abzeichnet, kommt überhaupt eine Tätigkeit des Rechtsvertreters als Vermittler zwischen Gesuchsteller und Behörde ernsthaft in Frage. Zeigen sich in diesem Stadium unterschiedliche Auffassungen von Betroffenen und Behörde, so erhält das erstinstanzliche Verfahren Elemente des streitigen Verfahrens<sup>86</sup>. Im IV-rechtlichen Abklärungsverfahren lässt sich ein vorläufiges Ergebnis nach dem Eidgenössischen Versicherungsgericht mit dem Vorbescheid gemäss Art. 73<sup>bis</sup> IVV ausmachen. Es fragt sich allerdings, ob der Anspruch wirklich von diesem Entscheid des Gesetz- und Verordnungsgebers über die Ausgestaltung des Verfahrens abhängig gemacht werden darf. Die unentgeltliche Rechtspflege sollte anhand ihrer Kriterien, aber nicht anhand von solchen verfahrensrechtlichen Zufälligkeiten entschieden werden<sup>87</sup>. Die neue Verordnung zum Militärversicherungsgesetz hat diese Rechtsprechung allerdings übernommen, womit auch hier die unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich erst mit dem Erlass des Vorbescheides gewährt wird<sup>88</sup>.

Das Versicherungsgericht äussert sich in *dreierlei Hinsicht* vorsichtig zu diesem effektiv *neuartigen Anspruch*<sup>89</sup>. Es hält *erstens* dafür, dass an das Kriterium der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung ein "strenger Massstab"<sup>90</sup> anzulegen sei. Nun zeigt sich freilich in der späteren Rechtsprechung, dass der "strenge Massstab" keine praktisch feststellbaren Ergebnisse gezeitigt hat<sup>91</sup>. Nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses wäre dies auch nicht zweckmässig. Die unentgeltliche Rechtspflege soll im erstinstanzlichen wie auch im Beschwerdeverfahren nach denselben Kriterien gewährt werden, damit der Zugang zum Recht von Anfang an gewährleistet ist<sup>92</sup>. Allerdings sorgt die in den letzten Jahren stark entwickelte Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege aus Art. 4 Abs. 1 BV für mehr als nur "minimale" Anforderungen an das kantonale Verfahren, so dass die "Einheit des Prozesses" hier nur ausnahmsweise eine eigenständige Bedeutung erlangen kann.

Nach dem Versicherungsgericht besteht *zweitens* der Anspruch dann nicht, "wenn die geltend gemachten Leistungsansprüche durch das normale Abklärungsverfahren ausgewiesen werden bzw. die Verwaltung dem Leistungsgesuch" entspreche<sup>93</sup>. Nun ist dem entgegenzuhalten, dass es gerade im erstinstanzlichen Verfahren unbedingt erforderlich ist, dass die unentgeltliche Rechtspflege oder Verbeiständung zu jenem Zeitpunkt zugesprochen wird, ab welchem sie für den Zugang zum Recht notwendig wird. Dies ist aber immer *vor* Erlass der Verfügung der Fall, wenn sich ein vorläufiges Verfahrensergebnis abzuzeichnen beginnt. Dieser Ausschluss der unentgeltlichen Rechtspflege bei Entsprechen des Gesuchs ist also sicher nicht praktikabel; denn es kann ja gerade das Ergebnis der notwendigen anwaltlichen Bemühung sein, dass dem Gesuch entsprochen wird. Der Bedürftigenanwalt wird frei-

lich nur dann tätig, wenn er seine Kosten vom Staat gedeckt erhält.

*Drittens* ist die Ausnahme für Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt, im angeführten Leiturteil nicht verständlich. Da der Untersuchungsgrundsatz generell gilt<sup>94</sup>, würde der Anspruch im Verwaltungsverfahren wieder ganz zurückgenommen. Der Untersuchungsgrundsatz hängt mit der Voraussetzung der Schwierigkeiten der aufgeworfenen Fragen und den fehlenden Rechtskenntnissen des Gesuchstellers zusammen. Seine Geltung bewirkt, dass diese beiden Anforderungen qualifiziert zu erfüllen sind. Die Zurückhaltung des Versicherungsgerichtes ist freilich insofern verständlich, als diese Rechtsprechung Neuland betritt. Es soll vermieden werden, dass bereits die erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren kompliziert und zu eigentlich antizipierten Beschwerdeverfahren umfunktioniert werden. Zudem ist die Tragweite dieses neuen (sozialen?) Grundrechtes potentiell derart weitreichend, dass die tastenden Gehversuche des Versicherungsgerichtes mehr als verständlich sind. Freilich ist bereits aus heutiger Sicht festzuhalten, dass der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter in einer Reihe von erstinstanzlichen (Massen-) Verwaltungsverfahren infolge ihrer Benutzerfreundlichkeit nicht gewährt werden kann. Beispielsweise wurde dies vom Bundesgericht für die Abgabe einer Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG verneint<sup>95</sup>. Auch bei der Steuerveranlagung, wo umfangreiche Wegleitungen zum Ausfüllen der Formulare bestehen, ist ein unentgeltlicher Rechtsbeistand offensichtlich unnötig.

85 Vgl. oben Abschnitt IV.B.

86 Vgl. BGE 114 V 236, E. 5 b.

87 Vgl. Urteil der AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich vom 28.12.1993, SVR-Rechtsprechung 1/2/1994, IV Nr. 4, E. 2 d.

88 Vgl. Art. 91 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung vom 19.6.1992, SR 833.1 und Art. 33 Abs. 1 der Verordnung über die Militärversicherung vom 10.11.1993, SR 833.11.

89 Das fundierte Werk von HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), hatte dies 1985 noch als "nicht erforderlich" abgelehnt.

90 BGE 114 V 235, 117 V 410.

91 Vgl. Urteil der AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich, SVR-Rechtsprechung 1/2 1994, IV Nr. 4 E. 2 c und dazu etwa BGE 107 V 408 und dessen nur in Kranken- und Unfallversicherung: Rechtsprechung und Verwaltungspraxis (RKUV) 1991 335 wiedergegebene E. 5 c.

92 BGE 114 V 229 f., 103 V 47, Urteil der AHV-Rekurskommission des Kantons Zürich, SVR-Rechtsprechung 1/2 1994, IV Nr. 4, E. 2 c.

93 Vgl. BGE 114 V 235, E. 5 b.

94 Vgl. z.B. Art. 12 VwVG und speziell für das Eidg. Versicherungsgericht Art. 132 lit. b OG, vgl. im einzelnen F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, 208 ff.

95 Vgl. FN 107.

## 2. Ausdehnung auf weitere erstinstanzliche Verwaltungsverfahren

In einem 1991 gefällten Urteil<sup>96</sup> hatte das Bundesgericht den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung auch für ein *erstinstanzliches Verfahren betreffend Rückversetzung in den Massnahmenvollzug bzw. Vollzug der aufgeschobenen Strafe* nach Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB anerkannt. Dabei prüfte es der Reihe nach die bekannten Voraussetzungen der Bedürftigkeit, der Nichtaussichtslosigkeit sowie der notwendigen Beantwortung schwieriger Tat- und Rechtsfragen<sup>97</sup>. Von besonderem Interesse ist beim vorliegenden Problem die Frage der *Notwendigkeit* und der *schwierigen Tat- und Rechtsfragen*. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die grundsätzliche Geltung der *Offizialmaxime* keinen hinreichenden Grund darstellt, die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu verweigern. Auf dem Spiel stand im Falle eines Vollzuges der aufgeschobenen Strafen eine Restfreiheitsstrafe von 354 Tagen. Allein schon wegen dieser erheblichen Tragweite des Verfahrens hätte wohl ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestanden<sup>98</sup>. Dazu haben sich im Verfahren schwierige Tat- und Rechtsfragen gestellt, die nicht ohne einen rechtskundigen Beistand beantwortet werden könnten. Dabei ist beachtlich, dass die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die zuständige Behörde einen rechtsunkundigen Laien an die Grenzen seines Verständnisses bringt<sup>99</sup>.

Aus andern Rechtsbereichen ist an wichtige Berufsausübungsbewilligungen zu denken, ohne die z.B. eine Berufsausbildung wertlos ist<sup>100</sup>. Schliesslich hat die bisherige Rechtsprechung schon klar gezeigt, dass bei Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, etwa bei vormundschaftlichen Massnahmen<sup>101</sup>, derart viel auf dem Spiel steht, dass an die Voraussetzung der schwierigen Tat- und Rechtsfragen nicht mehr allzu hohe Anforderungen zu stellen sind.

Das Bundesgericht hatte über Jahrzehnte hinweg im *Betreibungs- und Konkursverfahren* keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege anerkannt<sup>102</sup>. In einem grundlegenden Urteil aus dem Jahr 1992 hatte das Bundesgericht diese Rechtsprechung aufgegeben<sup>103</sup>. Zunächst hatte es die Zwangsvollstreckung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs<sup>104</sup> als einen "besonderen Zweig des schweizerischen Rechtssystems" aufgefasst, der dem Verwaltungsrecht angehöre<sup>105</sup>. Aus diesem Grunde komme die Rechtsprechung über die unentgeltliche Rechtspflege und -verteidigung im erst- und oberinstanzlichen Verwaltungsverfahren zum Zuge. Die bisherige Rechtsprechung, wonach der Gesetzgeber durch sein Schweigen die unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren ausdrücklich habe ausschliessen wollen<sup>106</sup>, wurde somit zu Recht aufgegeben. Das gewöhnliche Schweigen des Bundesgesetzgebers ist kein Grund, eine unentgeltliche Rechtspflege abzulehnen. Das Bundesgericht hat somit einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung anerkannt; dagegen hielt es die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Ein-

reichen einer Insolvenzerklärung für unnötig. Denn das Verfahren wird mit einem blossen Parteiantrag ausgelöst, im übrigen ist es einfach ausgestaltet. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung mehrfach bestätigt<sup>107</sup>.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat im Hinblick auf ein Einspracheverfahren ebenfalls einen Anspruch aus Art. 4 Abs. 1 BV auf unentgeltliche Verteidigung anerkannt<sup>108</sup>. Dabei spielte es keine Rolle, dass die Einspracheverfahren noch nicht zur streitigen Verwaltungsrechtspflege gehören<sup>109</sup>. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kann aber auch in andern besonderen Verfahren, wie Revisions- und Erläuterungsverfahren, aktuell werden.

96 Vgl. BGE 117 Ia 277.

97 Vgl. BGE 117 Ia 281 E. 5 b aa–dd.

98 Das Bundesgericht verweist hier auf § 33 des Urteils *Quaranta c. die Schweiz*, Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 205 (deutsche Übersetzung: Österreichische Juristen-Zeitung 1991 745 oder Praxis 1992 Nr. 70).

99 Vgl. zum Anspruch eines Opfers auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im Strafuntersuchungsverfahren FORSTER (FN 5), 465 ff.

100 Gleicher Auffassung: J. P. MÜLLER (FN 80), 100, der als Beispiel den Entzug des Führerausweises nennt.

101 In BGE 111 Ia 9 wurde der Anspruch in einem erstinstanzlichen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Entzug der elterlichen Gewalt) noch verneint, weil ein solcher vor dem gerichtlichen Verfahren bestellt werden könne und dieses alle Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens heile (anders in BGE 107 Ia 8 in einem Vormundschaftsverfahren vor Kantonsregierung, vgl. ferner Departement des Innern des Kantons Solothurn, Zwischenverfügung vom 21.12.1990, in pläd. 3/1991, 65 f.). An dieser Rechtsprechung kann m.E. keinesfalls festgehalten werden, denn das erstinstanzliche Verfahren ist schon wegen der vorsorglichen Massnahmen von ganz erheblicher Tragweite. Das Verfahren muss vielmehr schon von Anfang an "waffengleich" durchgeführt werden, vgl. J.P. MÜLLER (FN 80), 99.

102 Vgl. BGE 85 I 137, 55 I 366 und in diesem Sinne noch G. MÜLLER (FN 3), N. 127 zu Art. 4 BV; WAMISTER (FN 3), 69; HAEFLIGER, Schweizer (FN 3), 180.

103 Vgl. BGE 118 III 27. Siehe die kritische Kommentierung durch die Redaktion der Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1992 148 f., 209 f. Zu diesem und späteren Entscheidungen des Bundesgerichts F. LORANDI, AJP/PJA 1994 104 ff.

104 Vom 11.4.1889, SR 281.1.

105 Vgl. E. 3 a und b.

106 BGE 55 I 366, vgl. weitere Hinweise bei BGE 118 III 31 m.H.

107 Vgl. BGE 118 III 33, 119 III 113 zum Erfordernis der Nichtaussichtslosigkeit. Danach ist eine Insolvenzerklärung aussichtslos, wenn bereits bei der Eröffnung feststeht, dass der Schuldner keine Aktiven besitzt.

108 BGE 117 V 408.

109 Vgl. GYGI (FN 94), 33.

### 3. Bewertung

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kann nach den erst vereinzelt vorliegenden Urteilen demnach auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren zur Geltung kommen. Diese Rechtsprechung ist grundsätzlich zu begrüssen; so ist es nicht selten, dass der vermögende Bewerber um irgendeine staatliche Bewilligung bereits im erstinstanzlichen Verfahren seinen Rechtsanwalt einschaltet. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kann dieses Vorgehen gerade bei Verfahren mit einer erheblichen Tragweite als vernünftig und zweckmässig angesehen werden<sup>110</sup>. Die vorliegenden Entscheide mögen zwar den Eindruck erwecken, es handle sich nur um ganz punktuelle Ausnahmefälle. Es ist freilich entscheidend, dass in den unzähligen Sachbereichen der erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege potentiell möglich wird. Die Rechtsprechung wird sich daher in die verschiedensten Gebiete des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vortasten müssen.

### D. Verfahren vor Bundesbehörden und vor den EMRK-Organen

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BV gilt als ein Minimum, das die Kantone in jedem Falle, auch ohne gesetzliche Grundlage einzuhalten haben<sup>111</sup>. Das entsprechende gilt jedoch nicht unbedingt für die Bundesebene, da ein allfällig gegenteiliges Bundesgesetz massgebend ist<sup>112</sup>.

Der Bund hat das prozessuale Armenrecht vorbildlich geregelt. Es gilt in allen Verfahren vor Bundesgericht<sup>113</sup> und in sämtlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren<sup>114</sup>, insbesondere auch vor den zahlreichen Spezialverwaltungsgerichten (Rekurskommissionen) des Bundes<sup>115</sup>. Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes enthält indessen keine Regelung des prozessualen Armenrechts im erstinstanzlichen Verfahren. Die Lehre hat angenommen, dass der Bund im erstinstanzlichen Verfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine unentgeltliche Rechtspflege kenne<sup>116</sup>. In den Materialien finden sich allerdings keinerlei Hinweise auf ein massgebendes, qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers<sup>117</sup>. Wie beim Betreibungsverfahren<sup>118</sup> darf nun nicht angenommen werden, dass das prozessuale Armenrecht ausgeschlossen ist. Vielmehr muss die zuständige Behörde bei gegebenen Voraussetzungen auch im erstinstanzlichen Verfahren vor Bundesbehörden das Armenrecht gewähren<sup>119</sup>. Selbstverständlich wäre künftig eine gesetzliche Regelung in den Art. 7–43 VwVG wünschbar. Der Bundesgesetzgeber hat gerade durch seine Verfahrensgesetzgebung die Verfahrensrechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 BV stets gebilligt, indem er die Verfahrensansprüche in die Gesetzgebung aufgenommen hat<sup>120</sup>.

Schliesslich ist hervorzuheben, dass das EMRK-Verfahren, das von immer mehr Schweizer Beschwerdeführern benutzt wird, ein prozessuales Armenrecht kennt. Zwar ist das Verfahren ohnehin kostenlos; bedürftigen Be-

schwerdeführern wird jedoch im Verfahren vor der Kommission und dem Gerichtshof ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt<sup>121</sup>. Den Beschwerdeführern wird indes nicht ein volles Honorar, sondern tarifmässig ein je nach anerkanntem Arbeitsgang angepasster Kostenbeitrag gewährt<sup>122</sup>. Allerdings deckt die Strassburger Prozesskostenhilfe die Aufwendungen der anwaltlichen Bemühungen nach Schweizer Massstäben nicht voll. Es wäre wünschbar, wenn die Konventionsorgane ähnlich wie bei innerstaatlichen Verfahren eine volle Prozesskostenhilfe gewährten. Denn faktisch besteht bei einem bedürftigen Beschwerdeführer durch den bloss teilweisen Kostenbeitrag eine gewisse Zugangsschranke zu den Konventionsorganen.

110 Vgl. Abschnitt II.B. zum analogen, hypothetischen Verhalten einer Zivilprozesspartei.

111 Vgl. Abschnitt I.

112 Vgl. Art. 113 Abs. 3 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV.

113 Vgl. Art. 152 OG und z.B. FAVRE (FN 21), 83 ff.

114 Vgl. Art. 65 VwVG und GYGI (FN 94), 330 f.

115 Vgl. Art. 71a Abs. 2 i.V.m. Art. 65 VwVG.

116 Vgl. J. P. MÜLLER, Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Bern 1991, 294; noch offen formuliert bei J.P. MÜLLER (FN 80), 100; A. KÖLZ/I. HANER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, 182 f. lassen diese Frage offen.

117 Vgl. Botschaft über das Verwaltungsverfahren vom 24.9.1965, BB1 1965 II 1348 ff., insb. 1372, danach sollte die unentgeltliche Rechtspflege des Art. 65 VwVG (Art. 59 des Entwurfes), die angestrebte Justizförmigkeit des streitigen Verfahrens verwirklichen.

118 Vgl. Abschnitt IV.C.

119 Art. 19 Abs. 4 der Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3.2.1993, SR 173.31 spricht beiläufig, aber berechtigterweise u.a. ausdrücklich von Art. 65 VwVG als einer Bestimmung des Beschwerdeverfahrens, die sich auch im erstinstanzlichen Verfahren sinngemäss anwenden lasse.

120 Vgl. Besprechung von BGE 120 IV 242 durch A. KLEYSTRULLER, AJP/PJA 1994 1476 f., Ziff. 3 und 4 mit Beispielen.

121 Vgl. den Zusatz zur Verfahrensordnung der Europäischen Kommissionen für Menschenrechte: Prozesskostenhilfe und den Zusatz zur Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte: Bestimmungen über das Armenrecht für Beschwerdeführer. Texte: B. SIMMA/U. FASTENRATH (Hrsg.), Menschenrechte, Ihr internationaler Schutz, 3. A., München 1992, 311 f., 333 ff.; vgl. auch FAVRE (FN 21), 211 f.

122 Vgl. L. CLEMENTS, European Human Rights, Taking A Case Under The Convention, London 1994, 97 f., wo dieser Tarif wiedergegeben wird; VILLIGER (FN 12), 127.

## V. Bewertung

### A. Notwendige Anpassung der Gesetzgebung

Die allgemeine Geltung der unentgeltlichen Rechtspflege hindert die rechtsprechenden Instanzen nicht, die verschiedenen Verfahren differenziert zu betrachten und ihre Besonderheiten entsprechend zu berücksichtigen. Aus diesem Grund dürfte es nach wie vor schwieriger sein, im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, das von der Offizial- und Inquisitionsmaxime beherrscht ist, das prozessuale Armenrecht zu erhalten. Die kantonalen Gesetzgeber tun indessen gut daran, wenn sie in ihren Gerichtsorganisations- und Verwaltungsverfahrensgesetzen die unentgeltliche Rechtspflege als ein allgemeines Prinzip verankern, das in allen Verfahrensstadien und Prozessgebieten gilt<sup>123</sup>. Demgegenüber beschränken die meisten Verfahrensordnungen die unentgeltliche Rechtspflege auf das Beschwerde- oder sogar auf das blosse Gerichtsverfahren<sup>124</sup>. Ebenso wäre es wünschbar, wenn der Bundesgesetzgeber das Verwaltungsverfahrensgesetz um die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren ergänzte. Selbstverständlich genügt die in vielen Verfahrensgesetzen vorgesehene Möglichkeit eines *ermessensweisen Kostenerlasses*<sup>125</sup> nicht dem Anspruch aus Art. 4 Abs. 1 BV.

### B. Verhältnis der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund von Art. 4 Abs. 1 BV zu Ansprüchen aufgrund der neuen Kantonsverfassungen

Es ist bedauerlich, dass die Praxis die grundrechtlichen Ansprüche auf eine *allgemeine unentgeltliche Rechtspflege in den neuen Kantonsverfassungen* nicht zur Kenntnis genommen hat. Es ist nämlich bemerkenswert, dass die neue Aargauer, basellandschaftliche und Berner Kantonsverfassung<sup>126</sup> das allgemeine Recht statuieren, dass Minderbemittelte einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben – und zwar unabhängig von Verfahrensart und Verfahrensstadium. Bisher ist m.W. vor Bundesgericht noch nicht die Rüge erhoben worden, die kantonale Verfahrensgarantie gehe weiter als die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BV. Mittlerweile hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung indes derart weiterentwickelt, dass die genannten Garantien der Kantonsverfassungen kaum mehr eine eigenständige Bedeutung haben.

### C. Die unentgeltliche Rechtspflege als soziales Grundrecht?

Es ist bemerkenswert, dass die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich in immer mehr, ja sogar in allen Verfahrensstadien und Prozessgebieten gelten. Es hängt also nicht mehr "vom Zufall des vom Ge-

setzgeber gewählten Verfahrensweges" ab, ob ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht<sup>127</sup>. Es herrscht die starke Tendenz vor, die Einheit der Rechtsordnung immer mehr zu betonen. Es ist dies die Folge wirtschaftlicher, sozialer und technischer Entwicklungen. Der Gesetzgeber operiert zur Steuerung der Gesellschaft nicht mehr bloss mit gewöhnlich verwaltungsrechtlichen Instrumenten, sondern er greift vielfach zu privatrechtlichen Massnahmen. Umgekehrt übernimmt es das Verwaltungsrecht immer mehr, nicht nur die Allgemeininteressen zu schützen, sondern z.B. im Bau- und Umweltschutzrecht zugleich die Interessen zwischen Privatpersonen gegeneinander abzuwägen. In vielen Verwaltungsverfahren kämpfen nicht etwa Private gegen die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde, sondern Privatpersonen suchen ihre entgegengesetzten Interessen vor einer Verwaltungsbehörde durchzusetzen<sup>128</sup>. Das Verwaltungsrecht gleicht sich strukturell dem Privatrecht an. Es ist daher kaum verwunderlich, dass es in Zukunft vermehrt Begehren geben wird, eine unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. So ist an den realistischen Fall zu denken, wonach ein durch hohe Hypothekarzinsen "bedürftig" gewordener Hauseigentümer sich mit baurechtlichen Einsprachen gegen ein Bauvorhaben in seiner Nachbarschaft wehrt. Unter Umständen können – obwohl es sich um ein baurechtliches Verfahren handelt<sup>129</sup> – die Voraussetzungen der unentgelt-

123 Vorbildlich in diesem Sinne sind: Art. 18 Abs. 1 und insb. Abs. 4 der jurassischen Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative) du 30.11.1978; Danach ist ausnahmsweise die unentgeltliche Rechtspflege bereits für das erstinstanzliche Verfahren möglich; Art. 36 Abs. 1 der neuen Urner Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.3.1994 sieht im Abschnitt über Kosten und Parteientschädigungen die unentgeltliche Rechtspflege als einen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsverfahrens vor. Der Urner Gesetzgeber hat damit bewusst die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 BV kodifiziert, vgl. Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege, Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16. Februar 1994 an den Landrat, 24.

124 So hat der Berner Gesetzgeber in Art. 111 Abs. 1 des neuen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1989 die unentgeltliche Rechtspflege auf das Verwaltungsjustizverfahren beschränkt, was der damals noch geltenden bundesgerichtlichen Praxis entsprach.

125 Vgl. im Bund z.B. Art. 63 Abs. 1 Satz 3 VwVG; vgl. KÖLZ/HÄNER (FN 116), 183.

126 Vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 KV AG; § 9 Abs. 1 Satz 2 KV BL; Art. 26 Abs. 3 KV BE; Art. 20 Abs. 2 VE AR (v. 26.4.1994); vgl. ferner das Vorbild für diese Bestimmungen in Art. 20 Abs. 1 Satz 2 VE (1977). Eine Reihe von Kantonsverfassungen stellt das Recht unter Gesetzesvorbehalt: Art. 9 Abs. 4 KV JU; Art. 18 Abs. 3 KV SO; Art. 16 Abs. 4 KV GL.

127 Vgl. FORSTER (FN 5), 463.

128 Was auch von BGE 112 Ia 16 f. hervorgehoben wird.

129 Vgl. oben Abschnitt IV.A.

lichen Rechtspflege gegeben sein. Die Unentgeltlichkeit im nichtstreitigen Verfahren wird auch dann vorstellbar, wenn diese wichtige Verfügungen oder Realakte betreffen, etwa staatliche Prüfungen, existentiell notwendige Berufsausübungsbewilligungen<sup>130</sup>, die öffentliche Beurkundung oder die Benützung lebensnotwendiger Anstalten<sup>131</sup>. Müssen alle diese Verfahren den Bedürftigen kostenlos zugänglich sein? Würde mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht sogar ein *soziales Grundrecht auf rechtsgleiche Partizipation an staatlichen Verfahren und Leistungen* hergeleitet? Hier zeigen sich interessante Berührungspunkte mit der von der Lehre allgemein und einigen Kantonsverfassungen<sup>132</sup> anerkannten *Garantie des Existenzminimums*. Sie wird als justitierbares Sozialrecht verstanden, welches als Ausfluss der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde, der Rechtsgleichheit oder aber eigenständig gilt<sup>133</sup>. Es ist bemerkenswert, dass gerade die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege deren Nähe zur Armenunterstützung betonte<sup>134</sup>. Im Grunde genommen handelt es sich bei der unentgeltlichen Rechtspflege um eine auf das Gerechtigkeitsgebot des Art. 4 Abs. 1 BV abgestützte Sozialleistung des Staates; es ist nachgerade ein Teilaspekt der anerkannten Garantie des Existenzminimums. Die Rechtsprechung der kommenden Jahre hat die Aufgabe, den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Verwaltungsverfahren praktikabel und ohne Strapazierung der staatlichen Leistungsfähigkeit fortzubilden.

Das Bundesgericht tritt trotz seiner institutionellen Rückbindung zunehmend selbstbewusster und als eigentlich oberster Hüter des Rechts und der Gerechtigkeit auf. Diese Entwicklung hängt nicht zuletzt mit der immer stärkeren, aber auch impulsiven Tätigkeit des Gesetzgebers zusammen, die vor allem auf die kurzfristige Beseitigung von Störungen der gesellschaftlichen Entwicklung ausgerichtet ist. Das Bundesgericht kann zwar die zunehmende Komplexität der Gesetzgebung nicht reduzieren; es sorgt aber bei gegebenen Voraussetzungen gerade durch das prozessuale Armenrecht für eine Waffen- und sogar eine Chancengleichheit aller.

130 Vgl. FN 100.

131 Es ist bemerkenswert, dass die Rechtsprechung zur Nichtbezahlung der Gebühren für das kommunale Wasserwerk es als unzulässig angesehen hat, die Wasserzufuhr ganz zu sperren. Denn diese Massnahme sei angesichts der Lebensnotwendigkeit des Trinkwassers unverhältnismässig. Das lebensnotwendige Wasser muss stets geliefert werden, vgl. z.B. M. IMBODEN/R. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 5. A., Basel/Stuttgart 1976, 322 f. Freilich befreite diese Rechtsprechung die Gebührenpflichtigen nicht von der Pflicht zur Zahlung; im Ergebnis kommt sie aber der "unentgeltlichen" Teilnahme an einer wichtigen Dienstleistung des Gemeinwesens und damit einer unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren nahe. Der Geltungsgrund beider Rechtsprechungen ist derselbe: Aus Gründen der Gleichheit aller Menschen hinsichtlich lebensnotwendiger Güter und Leistungen des Staates muss

der Zugang für Reiche wie Arme geöffnet werden. Der gleiche Zugang aller zu den staatlichen Ausbildungsstätten wird nicht etwa durch eine "unentgeltliche Prozessführung", sondern durch die Stipendiengesetzgebung ermöglicht. Die innere Rechtfertigung für die Stipendiengesetzgebung wie auch für die unentgeltliche Rechtspflege bleibt indessen gleich. Beide Institute wollen eine Waffen- bzw. Chancengleichheit herstellen, vgl. M. MÜLLER, Das Stipendienrecht des Kantons St. Gallen mit Berücksichtigung der Stipendiengesetzgebung des Bundes, Diss. St. Gallen 1987, 64 f.

132 Vgl. § 16 Abs. 1 KV BL; Art. 29 Abs. 1 KV BE, vgl. Kanton Bern, Die neue Verfassung, Entwurf, gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat, 31.1.1992, 81.

133 Die Lehre anerkennt das Recht auf Existenzminimum als verfassungsmässiges Recht, vgl. J. P. MÜLLER (FN 116), 39 ff.; J.-F. AUBERT, Un droit social encadré, ZSR 1991 157 ff., insb. 165.

134 Vgl. A. KLEY-STRULLER, Kommentierung des Bundesgerichtsurteils vom 31.5.1994, Ziff. 2 m.H., AJP/PJA 1994 1475; allerdings mit der Folge, dass Ausländer davon ausgeschlossen worden sind.

La pratique du Tribunal fédéral concernant l'assistance judiciaire gratuite a apporté quelques modifications importantes ces dernières années. Ainsi l'on sent dans les arrêts les plus récents une tendance grandissante à traiter l'assistance judiciaire d'après des critères uniformes dans tous les domaines du droit de la procédure. Ceci a amené l'application de l'assistance judiciaire gratuite dans des domaines où elle était encore catégoriquement refusée il y a quelques années: par exemple en droit sur la poursuite pour dettes et la faillite, dans la procédure de recours administrative, aussi bien judiciaire qu'interne, voire dans la procédure administrative de première instance. De plus, le Tribunal fédéral a esquissé récemment que même des personnes morales pouvaient avoir, sous certaines circonstances, un droit à l'assistance judiciaire gratuite. Cette transformation dans la jurisprudence n'a bien sûr été engagée que pendant les dernières années et n'est pas encore achevée, au contraire, elle n'est qu'ébauchée. On peut s'attendre à ce que d'autres jugements importants seront rendus dans l'avenir, qui indiqueront plus précisément le chemin. Il est remarquable que cette initiative nécessaire et souhaitable a été prise par le Tribunal fédéral de façon autonome et pas par les organes de la CEDH. La pratique du Tribunal fédéral concernant l'assistance judiciaire gratuite selon l'art. 4 al. 1 Cst. se trouve sur un niveau beaucoup plus élevée que celle des organes conventionnels selon l'art. 6 ch. 1 CEDH. Car ceux-ci ne reconnaissent pas un droit général à l'assistance judiciaire gratuite dans le cadre de l'art. 6 CEDH.