

Kreisschreiben Nr. A 2

an die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Bern

Unentgeltliche Rechtspflege bei den Betreibungs- und Konkursämtern

Die unentgeltliche Rechtspflege¹ ist die einem bedürftigen Verfahrensbeteiligten² gewährte vorläufige Befreiung von der Pflicht zur Leistung der Prozesskosten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann damit die Beiordnung eines staatlich bevorschussten Rechtsbeistandes verbunden werden. Mit Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege sind auch die Betreibungs- und Konkursämter konfrontiert. Dieses Kreisschreiben soll ihnen als Richtlinie für die zu treffenden Entscheidungen dienen.

1. Legitimation und allgemeine Voraussetzungen

1.1 Bedürftige

Unter den verfahrensrechtlichen Begriff «bedürftig» oder «arm» fällt, wer sich die erforderlichen Prozesskosten nicht oder nur aus Mitteln leisten kann, die er zur Deckung des Grundbedarfs³ für sich und seine Familie benötigt.

1.2 Nur natürliche Personen

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege steht bloss natürlichen Personen zu, da nur sie im sozialstaatlichen Sinne «arm» oder «bedürftig» sein können⁴. Juristische Personen sowie Konkurs- oder Nachlassmassen sind – abgesehen von Ausnahmen⁵ – von der unentgeltlichen Rechtspflege ausgeschlossen.

1.3 Nur bei Nichtaussichtslosigkeit des betreffenden Verfahrens

Neben der Bedürftigkeit muss als weitere Voraussetzung erfüllt sein, dass das vom Bedürftigen beabsichtigte Verfahren *nicht von vornherein aussichtslos* erscheint. Eine Betreuung auf Pfändung gilt z.B. nur dann als aussichtsreich, wenn zumindest eine *minimale Deckung* der Betreuungssumme zu erwarten ist, wozu pfändbare Vermögenswerte oder Einkommen vorhanden sein müssen⁶.

¹ Art. 29 Abs. 3 BV.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird die männliche Schreibweise verwendet.

³ Der prozessrechtliche Grundbedarf entspricht mit gewissen Abweichungen dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum (zu den Abweichungen s. Ziff. 4 hiernach).

⁴ AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 13 N. 21.

⁵ BGE 131 II 306 E. 5.2.2 S. 327; BGE 119 Ia 337 E. 4c und e S. 339 ff.; COMETTA/MÖCKLI, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 30 zu Art. 20a SchKG.

⁶ Allein mit der Erlangung eines Verlustscheines, Sicherung des Arrestortes oder Unterbrechung der Verjährung lassen sich keine genügenden Erfolgsaussichten begründen; Urteil des Bundesgerichts 5P.305/2000 vom 17. November 2000 E. 3b.

1.4 Amtlicher Anwalt nur bei sachlicher Notwendigkeit

Zumeist wird mit der unentgeltlichen Rechtspflege auch die unentgeltliche Rechtsbeistandung beantragt. Letztere ist jedoch nur zu bewilligen, wenn hierfür eine «sachliche Notwendigkeit» glaubhaft gemacht wird, d.h., dass entweder komplexe Sach- oder Rechtsfragen vorliegen oder dass der Gesuchsteller über unzureichende Rechtskenntnisse verfügt, oder dass bedeutende Interessen auf dem Spiel stehen⁷. Schon *eine* dieser drei Voraussetzungen genügt. Im Betreibungsverfahren wird jedoch in aller Regel keine davon vorliegen. Komplexe Sach- und Rechtsfragen etc. stellen sich viel eher im Rechtsöffnungs- und anderen richterlichen SchKG-Verfahren, wofür die unentgeltliche Rechtspflege dann aber separat beim zuständigen Gericht zu beantragen ist (s. unten Ziffer 2).

1.5 Sogenannte «Haager-Fälle»

Artikel 9 des Haager-Übereinkommens vom 15. April 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern⁸ lautet:

«Ist einer Partei in dem Staat, in welchem die Entscheidung ergangen ist, das Armenrecht gewährt worden, so geniesst sie es auch in dem Verfahren, durch das die Vollstreckung der Entscheidung erwirkt werden soll.»

Beispiel: Frau Y. in Deutschland, deren Ehe durch ein deutsches Gericht geschieden wurde, will ihren Ex-Gatten X., einen im Kanton Bern niedergelassenen Arzt, für die ihr geschuldeten Alimente betreiben. Sie stellt beim örtlich zuständigen Betreibungsamt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Beiordnung ihres hiesigen Anwaltes als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Im Gesuch wird belegt, dass Frau Y. im deutschen Verfahren staatliche Beihilfe für Gerichts- und Anwaltskosten erhalten hatte. In diesem Fall hat Frau Y. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für die Kosten des Betreibungsverfahrens gegen X., ohne dass ihre Bedürftigkeit erneut nachzuweisen wäre. Ob mit der «Gewährung des Armenrechts» im Sinne von Art. 9 des Haager Übereinkommens ohne weiteres auch die *unentgeltliche Rechtsbeistandung* zu bewilligen ist, scheint indes fraglich. Die sachliche Notwendigkeit (s. oben Ziff. 1.4) ist im Geldvollstreckungsverfahren mit seinen klar strukturierten Abläufen nämlich weitaus kleiner als im gerichtlichen Erkenntnisverfahren und auch kleiner als im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren. Sie ist daher nicht generell zu bejahen, sondern nur auf Prüfung im Einzelfall hin.

2. **Zuständigkeit**

Die Erteilung – und gegebenenfalls der Entzug – der unentgeltlichen Rechtspflege ist Sache derjenigen Behörde, von welcher die unentgeltliche Vornahme einer kostenpflichtigen Amtshandlung verlangt wird⁹. Betrifft das Gesuch ein Betreibungsverfahren, so ist die örtlich zuständige Dienststelle auch in der Gesuchssache zuständig. Über ein Gesuch in einem Beschwerdeverfahren hat dagegen die Aufsichtsbehörde zu entscheiden; Gesuche in gerichtlichen SchKG-Verfahren sind durch das jeweils zuständige Gericht zu beurteilen.

3. **Anhörung des «Gesuchsgegners»**

Die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ist ein einseitiger Akt, weshalb sich formell nur der Gesuchsteller und die Behörde am Gesuchsverfahren beteiligen können. Der Vollstreckungsgegner ist in diesem Verfahren *nicht Partei* (obschon er zuweilen als «Gesuchsgegner» und damit fälschlich als Gesuchspartei bezeichnet wird). Er hat folglich kein Antragsrecht und muss nicht angehört

⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_336/2011 vom 8. August 2011 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 5P.346/2004 vom 8. November 2005 E. 2; BGE 122 III 392 E. 3d S. 394.

⁸ SR 0.211.221.432.

⁹ Aufsichtsbehörde, Entscheid ABS 06 368 vom 8. Februar 2007 i.S. Busch.

werden. In der Praxis kann sich seine Anhörung aber dennoch als nützlich erweisen, um z.B. die finanzielle Situation des Gesuchstellers zu eruieren¹⁰.

4. Abklärung der Bedürftigkeit

4.1 Die nötigen Abklärungen erfolgen grundsätzlich von Amtes wegen. Der Gesuchsteller ist jedoch im zumutbaren Rahmen mitwirkungspflichtig (wie z.B. bei der Einkommenspfändung). Insbesondere hat er dem Amt die nötigen Urkunden vorzulegen.

4.2 Einkommen

Die Bedürftigkeit wird – abgesehen von einigen Besonderheiten – gleich wie das betriebsrechtliche Existenzminimum ermittelt. Bedürftigkeit ist gegeben, wenn das Nettoeinkommen des Gesuchstellers geringer ist als der sogenannte «zivilprozessuale Zwangsbedarf¹¹», oder diesen höchstens geringfügig übersteigt. Ist der Überschuss gross genug, um die mutmasslichen Verfahrens- (und evt. Anwalts-) -kosten *innert Jahresfrist*¹² zu tilgen, so ist die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu gewähren. Hat der Gesuchsteller eine *Lohnpfändung*, so muss diese als Abzug vom Nettoeinkommen berücksichtigt werden. Es kommt nicht darauf an, für welche Art von Schulden der Lohn gepfändet wurde.

4.3 Vermögen

Verfügt der Gesuchsteller über Vermögen, so ist zu prüfen, ob ihm zugemutet werden kann, dieses zur Finanzierung des beabsichtigten Verfahrens anzugreifen.

4.4 Zusammensetzung des sogenannten zivilprozessualen Zwangsbedarfs

Monatlicher Grundbetrag:	Wie bei Einkommenspfändung.
Kinderzuschlag:	Wie bei Einkommenspfändung.
Sogenannter «prozessualer Zuschlag»:	30-prozentiger Zuschlag auf dem monatlichen, um allfällige Kinderzuschläge erweiterten Grundbetrag.
Wohnkosten:	Wie bei Einkommenspfändung.
Sozialversicherungsbeiträge:	Wie bei Einkommenspfändung.
Unmittelbar bevorstehende grössere Kosten für Arzt, Heilmittel, Spitalaufenthalt und Wohnungswechsel:	Wie bei Einkommenspfändung.
Berufsauslagen (Arbeitsplatzfahrten, Mehrkosten für auswärtige Verpflegung, erhöhter Nahrungsbedarf, etc.):	Wie bei Einkommenspfändung.
Beiträge an Berufsverbände:	Zuschlag bei effektiver, regelmässiger Zahlung.
Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge inkl. Besuchskosten:	Wie bei Einkommenspfändung.
Rückzahlungen von Krediten und Darlehen:	Kein Zuschlag. Ausnahmen sind nur zu gewähren, wenn das Fremdkapital zur Finanzierung des laufenden Lebensunterhaltes beiträgt, sofern die regelmässige Rückzahlung belegt ist.
Gebühren für Radio, TV und Telefon:	Kein Zuschlag, da im 30%-Zuschlag enthalten.
Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen:	Kein Zuschlag, da im 30%-Zuschlag enthalten.

¹⁰ RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 9 zu Art. 119 ZPO.

¹¹ Dazu ausführlich: Kreisschreiben Nr. 1 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern über die Ermittlung und den Nachweis der Prozessarmut im Sinne von Art. 117 ZPO und Art. 111 Abs. 1 VRPG.

¹² bei kostspieligen Verfahren beträgt die Frist zwei Jahre, vgl. Kreisschreiben Nr. 1 Bst. E.

Steuern:	Laufende Steuern (auch Quellensteuern, falls nicht bereits vom Lohn abgezogen) sowie regelmässige und nachgewiesene Zahlungen an verfallene Steuerschulden (BGE 135 I 221 E. 5.2.2 = Pra 99 [2010] Nr. 25).
Sonstige Schulden:	Kein Zuschlag.

5. Entschädigung des amtlichen Anwaltes

5.1 Grundsatz

Die Entschädigung des amtlich bestellten Anwaltes wird vorläufig vom Kanton bezahlt. Der Kanton behält sich die Rückforderung dieser Beträge beim Gesuchsteller vor, wenn dieser dazu in der Lage ist¹³. Auf diesen Umstand ist im Dispositiv ausdrücklich hinzuweisen, und die Steuerverwaltung des Kantons Bern (Inkassoabteilung) ist mit einem Doppel des Gesuchsentscheides zu bedienen. Der Anspruch auf Nachzahlung verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens¹⁴.

5.2 Anwaltsentschädigung

Nach Art. 42 KAG bemisst sich die Entschädigung für amtlich bestellte Anwälte nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss Tarifordnung für den Parteikostenersatz (Art. 41 KAG). Zur Festlegung des gebotenen Zeitaufwandes wird auf Ziff. 1 des Kreisschreibens Nr. 15 des Obergerichts verwiesen¹⁵.

5.3 Festsetzung des Nachforderungsbetrags nach Art. 42a KAG

Die allgemeinen Grundsätze zur Festlegung des Nachforderungsbetrags sind im Kreisschreiben Nr. 15 des Obergerichts erläutert (vgl. Ziff. 2 und 3).

Der Nachforderungsbetrag berechnet sich aus der Differenz zwischen der Entschädigung (vgl. Ziff. 5.2) und dem Honorar gemäss Tarifordnung für den Parteikostenersatz (Art. 41 KAG). Zur Bemessung des Honorars in einem Verfahren vor dem Betreibungs- und Konkursamt ist behelfsweise von der Gebühr für das *Summarverfahren in Zivilrechtssachen* auszugehen¹⁶. Zunächst muss anhand des Streitwertes – dies ist in der Regel die Betreuungssumme – die sogenannte ordentliche Gebühr nach dem Rahmentarif gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 PKV bestimmt werden. Für das Summarverfahren gelten *30 bis 60 Prozent* der ordentlichen Gebühr (für einfachere Verfahren sind 30-40, für kompliziertere Verfahren 50-60 Prozent einzusetzen). Das Ergebnis bildet das maximale Anwaltshonorar für das Verfahren vor dem Betreibungs- und Konkursamt. *Beispiele* :

<i>a. komplizierteres Verfahren</i>	- Streitwert	Fr. 3'000.–
	- ordentliche Gebühr nach Tarif	Fr. 1'000.–
	- davon 60% (Art 5 Abs. 3 PKV) = max. Anwaltshonorar	Fr. 600.–
<i>b. einfacheres Verfahren</i>	- Streitwert	Fr. 35'000.–
	- ordentliche Gebühr nach Tarif	Fr. 9'450.–
	- davon 40% (Art 5 Abs. 3 PKV) = max. Anwaltshonorar	Fr. 3'780.–

6. Verfügung

Der Entscheid über die Gesuchsanträge ergeht in der Form einer Verfügung. Die Begründung soll kurz die Anträge und Fakten wiedergeben, gefolgt von Erwägungen betreffend die Bedürftigkeit, die Nichtaussichtslosigkeit sowie gegebenenfalls die sachliche Notwendigkeit der Rechtsverbeistän-

¹³ Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 1 ZPO.

¹⁴ Art. 113 VRPG i.V.m. Art. 123 Abs. 2 ZPO.

¹⁵ Kreisschreiben Nr. 15 des Obergerichts vom 25. November 2016 (Entschädigung der amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte und Nachforderungsrecht).

¹⁶ vgl. Art. 5 Abs. 3 PKV (Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes, BSG 168.811).

ung. Im Dispositiv ist die Gutheissung oder Abweisung der Gesuchsanträge festzustellen. Wird die Rechtsverteidigung gewährt, sind der beizuordnende Anwalt und die Entschädigungsmodalitäten anzugeben. Das Eröffnungsverbal und eine Rechtsmittelbelehrung schliessen die Verfügung ab (siehe die Beispiele in der Beilage zu diesem Kreisschreiben).

7. Inkrafttreten

Dieses Kreisschreiben trat am 1. Dezember 2007 in Kraft (redaktionell geändert per 1. Juli 2020).

Beilage zum Kreisschreiben Nr. A 2

der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern

Beispiele für Dispositive in Verfügungen betreffend die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern des Kantons Bern

Variante 1 (Abweisung):

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Betreibung Nr. ... wird abgewiesen.
2. Zu eröffnen: dem Gesuchsteller (vertreten durch ...)

Gegen die vorstehende Verfügung kann innert 10 Tagen ab Erhalt bei der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern, Postfach 7475, 3001 Bern, schriftlich Beschwerde geführt werden. Das Begehren hat einen Antrag sowie eine Begründung zu enthalten (Art. 17 SchKG).

Variante 2 (Gutheissung ohne Rechtsverbeiständung):

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Betreibung Nr. ... wird gutgeheissen.
 2. Der Antrag betreffend unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
 3. Zu eröffnen: dem Gesuchsteller (vertreten durch ...)
- (Rechtsmittelbelehrung wie oben)

Variante 3 (volle Gutheissung):

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung in der Betreuung Nr. ... wird gutgeheissen und Rechtsanwalt X.Y. dem Gesuchsteller als amtlicher Anwalt beigeordnet.
2. Die Entschädigung des beigeordneten Anwaltes wird in einer späteren Verfügung festgesetzt.
3. Zu eröffnen: dem Gesuchsteller (vertreten durch ...)

(keine Rechtsmittelbelehrung, da nicht beschwert)

Verfügung zu Variante 3:

1. Die Entschädigung für die amtliche Rechtsvertretung von Anwalt X.Y. im Verfahren (...) wird wie folgt bestimmt:

	Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung	0.00	200.00	CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig			CHF	
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF	0.00	CHF	0.00
Auslagen ohne MWST			CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten			CHF	0.00
volles Honorar			CHF	
Auslagen MWSt-pflichtig			CHF	0.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF	0.00	CHF	
Auslagen ohne MWSt			CHF	0.00
Total			CHF	0.00
nachforderbarer Betrag			CHF	0.00

Beispiel mit Zahlen¹⁷:

	Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung	15.00	200.00	CHF	3'000.00
Auslagen MWST-pflichtig			CHF	100.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF	3'100.00	CHF	238.70
Auslagen ohne MWST			CHF	20.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten			CHF	3'358.70
volles Honorar			CHF	4'400.00
Auslagen MWSt-pflichtig			CHF	100.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF	4'500.00	CHF	346.50
Auslagen ohne MWSt			CHF	20.00
Total			CHF	4'866.50
nachforderbarer Betrag			CHF	1'507.80

Anmerkung: würde es sich beispielsweise um ein einfaches Verfahren (wie unter Ziff. 5.3 Bst. b aufgeführt) handeln, dürfte das volle Honorar vorliegend nur Fr. 3'780.00 betragen.

2. Der Gesuchsteller hat dem Kanton die ausgerichtete Entschädigung zurückzubezahlen sowie Rechtsanwalt X.Y. die Differenz zum vollen Honorar nachzubezahlen, sobald er dazu in der Lage ist.
3. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller, vertreten durch Rechtsanwalt X.Y.
 - der Steuerverwaltung des Kantons Bern (Inkassoabteilung)

¹⁷ Zahlen in *Kursivschrift* = Annahmen bzw. diese Angaben sind durch den Rechtsanwalt beizubringen.