

Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG

Grundlegendes und ausgewählte Fragen

FRANCO LORANDI*

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Grundsätzliches zu Art. 260 SchKG
 - A. Anwendungsbereich
 - B. Wesen
 - C. Gegenstand der Abtretung
 - D. Voraussetzungen
 - E. Verwendung des Erlöses
- III. Unzulässigkeit von Insolvenzmassen übergreifenden Kettenabtretungen
 - A. Das Problem
 - B. Lehre
 - C. BGE 6I III I ff.: Zulässigkeit von Kettenabtretungen
 - D. Eigene Stellungnahme: Unzulässigkeit von Kettenabtretungen
 1. Kettenabtretungen widersprechen dem Wesen von Art. 260 SchKG
 2. Praktische Probleme
 - E. Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit?
 1. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit
 2. Kettenabtretungen sind nichtig
 3. Beachtlichkeit der Nichtigkeit
 - F. Mögliche Vorgehensweisen
- IV. Abtretung bei Vergleich und im Prozess
 - A. Abtretung und Vergleich
 - B. Kompetenz zum Vergleichsschluss
 - C. Anwendung von Art. 260 SchKG beim aussergerichtlichen Vergleich
 1. Grundsatz: Keine Anwendung von Art. 260 SchKG bei Vergleichen
 2. Freiwillige, analoge Anwendung beim Vergleichsschluss

* Der vorliegende Text ist teilweise eine Kompilation von bereits publizierten Texten (vgl. Fn. 52 und Fn. 88), weshalb ihm teilweise eigenplagiatsähnlicher Charakter zukommt. Dieser Umstand rührt aus dem Erfordernis, dass für den vorliegenden Sammelband zwingend ein schriftlicher Referatstext verlangt worden ist, welchem Erfordernis sich der Verfasser beugt.

- D. Anwendung von Art. 260 SchKG im Prozess
 - 1. Sachurteil
 - 2. Vergleich
 - 3. Prozesserledigung durch Parteierklärung
- V. Freiwillige Zwangsgemeinschaft mehrerer Abtretungsgläubiger im Prozess
 - A. Fragestellung
 - B. Notwendige Streitgenossenschaft sui generis
 - C. Gegenstand und Umfang der einheitlichen Vorgehensweise
 - D. Verfahrensleitendes Organ als (ungeeigneter) "Schiedsrichter"
 - E. Prozesstaktisches

I. Einleitung

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein altes und altbewährtes Institut des SchKG. Es kommt in praktisch jeder Generalexekution – in der Regel gleich mehrfach – zur Anwendung. Es ist somit ein Institut der täglichen Praxis. Bei der praktischen Anwendung und Handhabung stellen sich immer wieder spezielle Fragen und Probleme. Drei ausgewählte Probleme sollen nachfolgend behandelt werden. Einleitend werden kurz die Grundzüge des Instituts rekapituliert.

II. Grundsätzliches zu Art. 260 SchKG

A. Anwendungsbereich

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein Institut der Generalexekution. Sie kommt sowohl im Konkurs, sei es im ordentlichen Konkursverfahren (Art. 260 SchKG), sei es im summarischen Konkursverfahren (Art. 231 Abs. 3 SchKG), als auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zur Anwendung (Art. 325 SchKG)¹. Es findet auch Anwendung im Anschlusskonkursverfahren

¹ Es besteht eine Ähnlichkeit zur Forderungsüberweisung gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG in der Spezialexécution (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 27, 31 f.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 9; BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 2).

gemäss Art. 166 ff. IPRG² und im Bankenkongkurs³. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen beide Verfahren der Generalexekution (Kongkurs, sowie Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

B. Wesen

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein *Akt der Verwertung*⁴. Sie ist ein *vollstreckungsrechtliches Institut sui generis*⁵. Sie unterscheidet sich von den anderen Verwertungsarten (Zwangsversteigerung und Freihandverkauf) vor allem dadurch, dass die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG *unentgeltlich* erfolgt⁶. Der Abtretungsgläubiger muss (abgesehen von einer Administrativgebühr⁷) nichts bezahlen. Der Masse fliesst keine Gegenleistung für die Abtretung zu.

In Bezug auf bestrittene Aktivansprüche ist die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG die *primäre Verwertungsart*; eine Versteigerung oder ein Freihandverkauf sind nur bzw. erst zulässig, wenn mangels Interesse der Gläubiger keine Abtretung zustande gekommen ist (Art. 260 Abs. 3 SchKG)⁸.

Der Abtretungsgläubiger agiert im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr, aber aus fremdem Recht⁹; nämlich aus dem Recht der Masse¹⁰. Der

² SR 291; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N 54. Zum Sonderfall, dass (bei Fehlen jeglicher inländischer Gläubiger) auch die ausländische Insolvenzmasse (in analoger Anwendung von Art. 260 SchKG) die Abtretung strittiger Aktivansprüche im Partikularkongkurs gemäss Art. 166 ff. IPRG verlangen kann, vgl. BGE 137 III 374 ff.

³ Art. 34 Abs. 2 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952); Art. 19 Abs. 5 und Abs. 6 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Kongkurs von Banken und Effekthändlern, vom 30. Juni 2005 (Bankenkongkursverordnung-FINMA, BKV-FINMA, SR 952.812.32); JEANNERET/CARRON, Art. 260, SchKG N. 6.

⁴ BLUMENSTEIN, 790, 799, 807; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 14, Rz. 27, Rz. 30; BGE 132 III 346.

⁵ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 33; VOGEL/ SPÜHLER, Kap. 5 Rz. 40; GILLIÉRON, *Poursuite*, Rz. 2049; BGE 113 III 137, 109 III 29 m.w.H.; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 1996 Nr. 56, 171.

⁶ JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 19.

⁷ Art. 46 Abs. 1 lit. d Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Kongkurs, vom 23. September 1996 (GebV SchKG, SR 281.35).

⁸ Zu den Ausnahmen vgl. BGE 93 III 28.

⁹ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 34, Rz. 54; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 41; GILLIÉRON, *Commentaire* 2003, Art. 260 SchKG N. 8; BGE 122 III 490, 113 III 137, 111 II 83; Bundesgerichtsurteile 4C.273/2004 vom 25. August 2005 E. 3.1, 5C.242/2004 vom 7. April 2005 E. 3.1, 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004 E. 3.2.

¹⁰ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 33, Rz. 55; LORANDI, *Besprechung*, S. 1302 ff.; LEUENBERGER, S. 196; SPÜHLER, *Schuldbetreibungs- und Kongkursrecht*, S. 66.

abgetretene Anspruch steht materiellrechtlich nach wie vor der Masse zu¹¹. Der Drittschuldner kann sich deshalb nach wie vor durch Leistung an die Masse befreien¹².

Es handelt es sich nicht um eine Zession im Sinne des Zivilrechts (Art. 164 OR)¹³. *Übertragen* wird nicht der materiellrechtliche Anspruch, sondern nur das *Prozessführungsrecht*¹⁴. Zivilprozessual liegt ein Fall der *Prozessstandschaft* vor¹⁵. Fehlt die Prozessführungsbefugnis, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein¹⁶.

Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG stellt ein *Nebenrecht*¹⁷ der Insolvenzforderung *i.S.v. Art. 170 OR*¹⁸ dar¹⁹. Dies hat zwei praktische Auswirkungen; eine positive und eine negative: Zum einen geht das Prozessführungsrecht zufolge General- oder Individualsukzession automatisch (von Gesetzes wegen) mit dem Hauptrecht (Insolvenzforderung) auf den Erwerber über (Art. 170 Abs. 1 OR)²⁰. Es ist an die Insolvenzforderung gebunden²¹. Bildlich

¹¹ BGE 132 III 345 f., I I I II 83 und 85; Bundesgerichtsurteile 4C.273/2004 vom 25. August 2005 E. 3.1, 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. I.1, 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006, E. 2.2; ZR [Fn. 5], 171.

¹² AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 55.

¹³ FRITZSCHE/WALDER-BOHNER, § 51 Rz. 21; BGE 122 III 189 m.w.H.

¹⁴ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 34, Rz. 54; BERTI, Art. 260 SchKG N. 4; SCHLÄPFER, S. 49; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 9; GILLIÉRON, *Commentaire 2003*, Art. 260 SchKG N. 15; BGE 132 III 570, 122 III 189, 490, 121 III 492, 113 III 137; Bundesgerichtsurteile 4C.273/2004 vom 25. August 2005 E. 3.1, 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004 E. 3.2.

¹⁵ VOGEL/SPÜHLER, Kap. 5 Rz. 40; LEUENBERGER, S. 195 f.; GILLIÉRON, *Commentaire 2003*, Art. 260 SchKG N. 22; SPÜHLER, S. 66; BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 2; BGE 132 III 345, 121 III 492; Bundesgerichtsurteil 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004 E. 3.2, 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006 E. 2.2; ZR [Fn. 5], S. 171.

¹⁶ BGE 121 III 494.

¹⁷ Zuweilen wird das Prozessführungsrecht auch als *Vorzugsrecht* i.S.v. Art. 170 OR qualifiziert (GIRSBERGER, Art. 170 OR, N. 7; SPIRIG, Art. 170 OR, N. 3, N 6, N 19; BGE 113 III 137; Die Praxis [Pra] 2001 Nr. 139). Daraus ergeben sich m.E. jedoch im vorliegenden Zusammenhang keine relevanten Änderungen. Art. 170 OR gilt für Vorzugs- und Nebenrechte gleichermaßen (vgl. Fn. 18).

¹⁸ Gemäss Art. 170 Abs. 1 OR gehen die Vorzugs- und Nebenrechte mit der Forderung auf den Erwerber über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. Das Nebenrecht von Art. 260 SchKG steht jedem Insolvenzgläubiger aufgrund seiner Gläubigerstellung und damit unbesehen seiner Person zu. Es ist damit *nicht* untrennbar mit der Person des Gläubigers verbunden (BGE 57 III 101).

¹⁹ FRITZSCHE/WALDER, § 51, Rz. 33; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 57; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 3666; BERTI Art. 260 SchKG N. 33 und N. 40; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 29; BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 11; BGE 132 III 346, 113 III 137, I I I II 83, 109 III 29 f., 98 III 73, 61 III 3, 58 III 98, 57 III 101 f.; Bundesgerichtsurteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. I.1, 4C.312/2005 vom 10. Januar 2005 E. 2.2.2; Pra [Fn. 17] Nr. 139; ZR [Fn. 5], S. 171.

²⁰ AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 57; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 29; BGE 57 III 101; Bundesgerichtsurteil 7B.18/2006 vom 24. April 2006 E. 3.1.

²¹ FLACHSMANN, S. 16; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 57; BGE 57 III 101 f.

gesprochen “klebt” das Prozessführungsrecht an der Insolvenzforderung wie der *Kaugummi am Schuh*.

Zum andern ist das Prozessführungsrecht *akzessorisch*²². Es kann kein “Eigenleben” führen. Es hängt vom Schicksal der Insolvenzforderung ab²³ und folgt aus der Stellung als Insolvenzgläubiger²⁴. Das Prozessführungsrecht kann nicht selbständig, sondern nur mit der Insolvenzforderung übertragen werden²⁵. Aufgrund dessen sieht das obligatorische²⁶ Konkursformular Nr. 7 vor, dass die Abtretung des Prozessführungsrechts nur zusammen mit²⁷ der Insolvenzforderung zulässig ist²⁸. Das Prozessführungsrecht kann nicht an eine andere Person als den Gläubiger der Insolvenzforderung übertragen werden²⁹. Damit soll verhindert werden, dass jemand, der gar nicht Insolvenzgläubiger ist, die Rechte der Masse geltend macht³⁰. Dies deckt sich damit, dass das Institut der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG der Herbeiführung einer Vorzugsdeckung der Insolvenzforderung der Gläubiger dient³¹.

Im Aktivprozess genügt die Vorlegung der Abtretungsverfügung, um die *Aktivlegitimation* des Abtretungsgläubigers darzutun³². Der Richter kann die Abtretungsverfügung – Nichtigkeit vorbehalten (Art. 22 SchKG)³³ – nicht überprüfen. Die Gegenpartei ist hinsichtlich der Aktivlegitimation des Abtretungsgläubigers mit Einwänden gegen dessen rechtkräftige Kollokation ausgeschlossen³⁴.

²² GILLIÉRON, *Commentaire* 2003, Art. 260 SchKG N. 22; GILLIÉRON, *Poursuite*, Rz. 2052 f.

²³ JAEGER, Art. 260 SchKG N. 1 und N. 3; BGE 111 II 83, 109 III 29 f.

²⁴ BGE 111 II 84.

²⁵ FLACHSMANN, S. 16; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 29; GILLIÉRON, *Commentaire* 2003, Art. 260 SchKG N. 22; GILLIÉRON, *Poursuite*, Rz. 2045; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 7; BGE 109 III 29, 58 III 98; Pra [Fn. 17] Nr. 139; ZR 1996 Nr. 56, 171.

²⁶ Art. 2 Ziff. 6, Art. 80 Abs. 1 Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, vom 13. Juli 1911 (KOV, SR 281.32); BGE 121 III 490.

²⁷ Richtigerweise wird *nur* die Insolvenzforderung übertragen und das Prozessführungsrecht folgt dieser als Nebenrecht automatisch, d.h. von Gesetzes wegen (vgl. vor Fn. 20).

²⁸ Pra [Fn. 17] Nr. 139.

²⁹ BGE 57 III 102.

³⁰ BGE 58 III 99.

³¹ BGE 109 III 29 f., 56 III 70.

³² BGE 132 III 346, 122 II 202; Bundesgerichtsurteil 4C.312/2005 vom 10. Januar 2005 E. 2.3.2, 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4.b.

³³ Bundesgerichtsurteil 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4b.

³⁴ BERTI, Art. 260 SchKG N. 63; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 47; GILLIÉRON, *Poursuite*, Rz. 2052; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 53; BGE 111 II 81, 64 III 107; Bundesgerichtsurteile 4C.312/2005 vom 10. Januar 2005 E. 2.2.1, 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4b; a.M. HÜTTE, S. 41 ff.

c. Gegenstand der Abtretung

Gegenstand der Abtretung sind einerseits illiquide *Aktivansprüche* der Masse³⁵. Dies können Vermögensrechte sein, die Gegenstand der Konkursmasse bilden (Art. 197 ff. SchKG) wie etwa Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 757 OR), sowie Ansprüche, welche der Masse originär zustehen³⁶ wie paulianische Anfechtungsansprüche (Art. 285 ff. SchKG)³⁷ oder Massforderungen³⁸.

Andererseits können auch *Bestreitungs- bzw. Verteidigungsrechte* der Masse (wie namentlich im Rahmen einer Aussonderung [Art. 242 SchKG]³⁹) Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bilden⁴⁰.

Da es sich bei der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG um ein Institut der Verwertung handelt⁴¹, können vom Gegner einredeweise nur Ansprüche (Aktivansprüche oder Verteidigungsrechte) erfasst werden, *welche zur Masse gehören bzw. diese betreffen*⁴². Sonstige Ansprüche (wie etwa Haftungsansprüche gemäss Art. 5 SchKG) unterliegen nicht der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG⁴³.

d. Voraussetzungen

Eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist unter drei Voraussetzungen zulässig:

- Erstens muss ein *Verzicht* der Masse auf Geltendmachung eines Anspruchs vorliegen (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Im Konkurs liegt die Entscheidkompetenz bei der zweiten Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2 SchKG). Die Konkursverwaltung kann auch einen Entscheid der Gläubiger durch Zirkularbeschluss herbeiführen (Art. 255a, Art. 231 Abs. 2 Ziff. 1 Satz 2 SchKG). Dies gilt namentlich auch im summarischen Konkursverfahren (Art. 230 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG)⁴⁴. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung steht die Verzichtskompetenz dem Liquidator zusammen mit dem Gläubigerausschuss zu (Art. 325 SchKG).

³⁵ FRITZSCHE/WALDER, § 51, Rz. 24; BGE 108 III 21; Bundesgerichtsurteil 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4a.

³⁶ BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 3.

³⁷ Bundesgerichtsurteil 7B.18/2006 vom 24. April 2006 E. 4.2.

³⁸ BLUMENSTEIN, S. 800, 802; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 35.

³⁹ Bundesgerichtsurteil 5C.242/2004 vom 7. April 2005 E. 3.

⁴⁰ Anstatt aller: AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 42 ff.

⁴¹ Vgl. vor Fn. 6.

⁴² BLUMENSTEIN, S. 800.

⁴³ BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 3.

⁴⁴ LUSTENBERGER, Art. 231 SchKG N. 31, 47; BGE 136 III 638, 536 f.; Bundesgerichtsurteil 5A_806/2010 vom 11. Juli 2010 E. 3.

- Zweitens muss ein fristgemäßes *Abtretungsbegehren eines Insolvenzgläubigers* (oder mehrerer Insolvenzgläubiger) vorliegen. Die Legitimation, eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, steht nur einem Insolvenzgläubiger zu (Art. 260 Abs. 1 SchKG)⁴⁵. Auch ein Gläubiger, dessen Forderung vom verfahrensleitenden Organ ganz abgewiesen worden ist, kann die Abtretung verlangen, sofern der Gläubiger Kollokationsklage führt⁴⁶. Erst mit Rechtskraft der gänzlichen Wegweisung seiner Forderung verliert ein Ansprecher die Gläubigerqualität, womit er keine Abtretung mehr verlangen kann. Eine früher erteilte Abtretung entfällt. Ausgeschlossen ist eine Abtretung an einen Gläubiger, gegen welchen sich der abzutretende Anspruch richtet; eine solche Abtretung wäre nichtig⁴⁷.
- Drittens muss das verfahrensleitende Organ eine *Abtretungsverfügung* erlassen. Dafür besteht ein obligatorisches Formular Nr. 7⁴⁸.

E. Verwendung des Erlöses

Das Institut der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG dient der Herbeiführung einer Vorzugsdeckung der Insolvenzforderung der Gläubiger⁴⁹. Dies zeigt sich bei der Verwendung des Erlöses: Das Ergebnis, das der Abtretungsgläubiger erstritten⁵⁰ hat, dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderung des Abtretungsgläubigers. Unter mehrere Abtretungsgläubiger erfolgt die Verteilung nach dem unter ihnen bestehenden Rang.

Ein Überschuss ist an die Masse abzuliefern (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Besteht der Prozessgewinn nicht in Geld, sondern in einer Sache (oder bei einer paulianischen Anfechtung in der “Rückgabe” gemäss Art. 291 SchKG), so muss die Sache dem verfahrensleitenden Organ abgeliefert werden, um die Verwertung durchzuführen. Der Verwertungserlös wird dann vom verfahrensleitenden Organ gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG auf die Abtretungsgläubiger appliziert⁵¹.

⁴⁵ BLUMENSTEIN, S. 804; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 48; BERTI, Art. 260 SchKG N. 28 ff.; GILLIÉRON, *Commentaire* 2003, Art. 260 SchKG N. 23; Bundesgerichtsurteil 7B.94/2003 vom 24. Juli 2003 E. 4.I.

⁴⁶ BGE 111 II 81; Bundesgerichtsurteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. I.I.

⁴⁷ AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 50; BGE 113 III 137; Bundesgerichtsurteil 7B.18/2006 vom 24. April 2006 E. 3.I.

⁴⁸ Vgl. vor Fn. 26.

⁴⁹ BGE 109 III 29 f., 56 III 70.

⁵⁰ Dies gilt auch beim Abschluss eines Vergleichs.

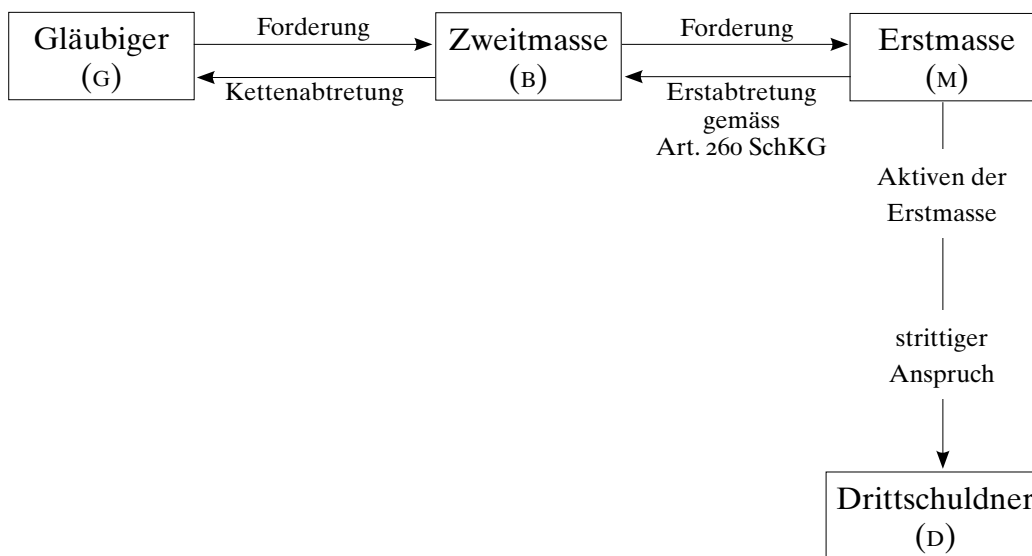
⁵¹ AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 68.

III. Unzulässigkeit von Insolvenzmassen übergreifenden Kettenabtretungen⁵²

A. Das Problem

Im Wirtschaftsleben finden sich unzählige mehrgliedrige Forderungsverhältnisse. Ein Gläubiger G (Lieferant) hat z.B. eine Forderung aus Lieferung gegen die Betriebsgesellschaft B. Diese hat eine Forderung gegen ihre Muttergesellschaft M. Letztere hat eine Forderung gegen einen Drittschuldner D (z.B. aus Darlehen⁵³).

Zufolge des Dominoeffekts ist es nicht selten, dass die Insolvenz einer Gruppengesellschaft andere Gruppenmitglieder ebenfalls in die Insolvenz zieht. Dies kann dazu führen, dass mehrere Parteien solcher mehrgliedriger Kettenverhältnisse insolvent sind bzw. werden. Vorliegend wären dies die Gesellschaften B und M.



⁵² Der nachfolgende Text entspricht zum grossen Teil praktisch unverändert der Publikation: LORANDI, *Unzulässigkeit*, S. 305 ff.

⁵³ Es wären noch unzählige weitere Forderungsverhältnisse innerhalb und ausserhalb der Gruppenstruktur denkbar.

Verfahrensrechtlich kann sich nun folgendes Problem stellen: Die Konkursmasse M (Erstmasse⁵⁴) will den illiquiden Anspruch gegen den Drittschuldner D nicht selber geltend machen. Die Konkursverwaltung offeriert diesen Anspruch deshalb ihren Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG. Zu diesen Gläubigern gehört auch die Konkursmasse B (Zweitmasse⁵⁵). Kann nun diese *ihren* Gläubigern die Abtretung der Erstmasse M “weitergeben”⁵⁶?

B. Lehre

Ein Teil der Lehre bejaht die Möglichkeit von “Kettenabtretungen” unter Berufung auf BGE 6I III 2 ff.⁵⁷. Eine Begründung findet sich nur bei SCHLÄPFER⁵⁸, welcher die Argumentation des Bundesgerichts übernimmt. Auf diese Argumente wird nachfolgend im Zusammenhang mit der eigenen Stellungnahme eingegangen⁵⁹.

C. BGE 6I III 1 ff.: Zulässigkeit von Kettenabtretungen

Das Bundesgericht hält Kettenabtretungen für zulässig. Es setzt mit seiner Argumentation beim Verbot der separaten Übertragung des Prozessführungsrechts⁶⁰ ein: Es hält dafür, die (zweite) Abtretung gemäss Art. 260 SchKG sei “gar keine Weitergebung im Sinne des (...) Verbots”. Das Verbot der separaten Weiterbegebung schränke die vollstreckungsrechtlichen Massnahmen der Zweitmasse (als erste Abtretungsgläubigerin) nicht ein. “Daher ist insbesondere die nochmalige Überlassung der Prozessführung an einzelne Gläubiger des Abtretungsgläubigers im Sinne von Art. 260 SchKG zulässig (...)”.⁶¹

⁵⁴ Die Begriffe “Erstmasse” und “Zweitmasse” (vgl. vor Fn. 55) beziehen sich nicht darauf, über welche Partei zuerst die Insolvenz eröffnet worden ist. Als Erstmasse wird jene Masse bezeichnet, welche ihren Gläubigern zeitlich zuerst eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG offeriert. Die Zweitmasse ist jene Masse, welche Abtretungsgläubigerin der Erstmasse ist und ihren Gläubigern eine Abtretung der Erstmasse “weitergeben” will.

⁵⁵ Vgl. Fn. 54.

⁵⁶ Dies ist beispielsweise im Konkurs über die Swissair Sabena Airline Management Partnership, London, Zweigniederlassung Kloten, geschehen: vgl. Gläubigerzirkular Nr. 7 vom 20. Oktober 2006.

⁵⁷ FRITZSCHE/WALDER, § 51, Rz. 33; SCHLÄPFER, S. 106 f.; AMONN/WALTHER, § 47, Rz. 57; GILLIÉRON, *Commentaire* 2003, Art. 260 SchKG N. 22. Ohne eigene Stellungnahme: BÜRGI, Art. 260 SchKG N. 12.

⁵⁸ SCHLÄPFER, S. 106 f.

⁵⁹ III.C.

⁶⁰ Vgl. vor Fn. 25.

⁶¹ BGE 6I III 4.

D. Eigene Stellungnahme: Unzulässigkeit von Kettenabtretungen

I. Kettenabtretungen widersprechen dem Wesen von Art. 260 SchKG

Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt m.E. nicht: Sie gebricht schon im Ansatz der Logik: Das Bundesgericht negiert die Anwendbarkeit des Weiterbegebungsverbots, indem es festhält, die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG sei ein vollstreckungsrechtliches Institut. Das Gericht meint, *damit* die Zulässigkeit von “Kettenabtretungen” begründet zu haben. Dies ist verfehlt. Die Verneinung eines Verbots ist nicht die Begründung dessen, dass die Vorgehensweise zulässig ist. Das Bundesgericht entschlägt sich damit der positiven Begründung, weshalb *ohne* materiellrechtliche Übertragung der Insolvenzforderung (für welche – als Nebenrecht – eine erste Abtretung erfolgt ist) das Prozessführungsrecht durch die Zweitmasse “nochmalig überlassen” werden können solle.

Unklar ist sodann, was eine “nochmalige Überlassung” des Prozessführungsrechts ist bzw. wie diese qualifiziert werden soll. Aufgrund der Erwägungen ist davon auszugehen, das Bundesgericht habe damit die Vollrechtsübertragung des Prozessführungsrechts gemeint. Etwas anderes ist rechtlich kaum denkbar. Namentlich scheidet eine Teilrechtsübertragung von vornherein aus.

Die “nochmalige Überlassung” des Prozessführungsrechts widerspricht indessen dessen Wesen als blosses Nebenrecht des Hauptanspruchs (Insolvenzforderung)⁶². Im Ergebnis lässt das Bundesgericht eine separate Übertragung des Prozessführungsrechts (d.h. ohne Übertragung der entsprechenden Insolvenzforderung) zu. Auf wundersame Weise löst sich das Prozessführungsrecht (d.h. der Kaugummi) von der Insolvenzforderung (d.h. dem Schuh⁶³).

Es steht nur den Insolvenzgläubigern zu, die Abtretung von Masseansprüchen zu verlangen⁶⁴. Das Prozessführungsrecht folgt nämlich aus der Stellung als Insolvenzgläubiger⁶⁵; präziser: als Insolvenzgläubiger “seiner” Masse. Das Verbot der separaten Übertragung des Prozessführungsrechts will deshalb verhindern, dass jemand, der gar nicht Insolvenzgläubiger ist, Rechte “seiner”

⁶² Vgl. II.B.

⁶³ Vgl. nach Fn. 21.

⁶⁴ Vgl. vor Fn. 45.

⁶⁵ Vgl. vor Fn. 31.

Masse geltend macht⁶⁶. Genau dies wäre der Fall, wenn man zulassen wollte, dass eine Abtretung der Erstmasse von der Zweitmasse “nochmalig überlassen” werden könnte und zwar an Gläubiger der Zweitmasse. Eine solche Weitergabe ist nicht zulässig.

Eine Kettenabtretung würde sodann dazu führen, dass Gläubiger der Zweitmasse eine Vorzugsdeckung erlangen würden. Auch dies verstösst gegen Art. 260 SchKG, soll doch einzig eine Vorzugsdeckung jener Insolvenzgläubiger bewirkt werden⁶⁷, zu deren Masse der abgetretene Anspruch gehört. Dies sind einzig die Insolvenzgläubiger der *Erstmasse*, nicht aber solche der *Zweitmasse*.

Dass eine Kettenabtretung nicht zulässig ist, zeigt sich auch, wenn man sich vergegenwärtigt, was Gegenstand einer Abtretung ist bzw. auf welche Ansprüche sich das Prozessführungsrecht bezieht: Das Prozessführungsrecht einer Insolvenzmasse vermag nur Aktiven zu beschlagen, welche zur Masse⁶⁸ – präziser zu *dieser* Masse – gehören. Dies ist evident. Der materiellrechtliche Grundsatz *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat) gilt *mutatis mutandis* auch hinsichtlich des Prozessführungsrechts: Eine Masse kann keine Prozessführungsrechte übertragen in Bezug auf Ansprüche, die ihr materiellrechtlich gar nicht gehören.

Folgt man dem Bundesgericht, so könnte ein Gläubiger G der Zweitmasse qua “nochmaliger Überlassung” des Prozessführungsrechts durch “seine” Masse (Zweitmasse) Ansprüche der Erstmasse M gegen den Drittschuldner D geltend machen. D.h. der Kettenabtretungsgläubiger G würde nicht aus dem Recht seiner Masse (der Zweitmasse) agieren, sondern aus dem Recht einer anderen Masse (der Erstmasse). Weshalb dies gehen sollte, ist schleierhaft. Mangels materieller Berechtigung der Zweitmasse am Anspruch gegen den Drittschuldner kann die Zweitmasse diesbezüglich keine Prozessführungsrechte übertragen. *Es gibt keine Insolvenzmassen übergreifenden Kettenabtretungen.*

Schliesslich zeigt auch ein *Vergleich zur Spezialexécution*, dass (in der *Generalexécution*) eine Kettenabtretung unzulässig ist: Für die Pfändung ist das Bundesgericht zurecht davon ausgegangen, dass beim *Betreibungsschuldner* als Abtretungsgläubiger einzig dessen Insolvenzforderung gepfändet werden kann; eine separate Pfändung nur des Prozessführungsrechts ist nicht möglich⁶⁹. Dieser Entscheid betrifft zwar nur die Frage des Vollstreckungsbeschlags (Pfändung) und nicht direkt die Frage der Verwertungsmassnahme.

⁶⁶ Vgl. vor Fn. 30.

⁶⁷ Vgl. vor Fn. 31.

⁶⁸ Vgl. vor Fn. 35.

⁶⁹ BGE 98 III 73.

Gleichsam lässt sich m.E. aus dem Entscheid folgendes ableiten: Nur was in der Insolvenz des Abtretungsgläubigers vom Vollstreckungsbeschluss (Pfändung, Konkursbeschluss) erfasst ist, kann verwertet werden. In der Insolvenz des Abtretungsgläubigers ist dessen Insolvenzforderung (in Bezug auf welche die Abtretung erfolgt ist) vom Vollstreckungsbeschluss erfasst. Das Prozessführungsrecht ist nur mittelbar (nämlich als Nebenrecht zur Insolvenzforderung) vom Vollstreckungsbeschluss erfasst. Ergo kann es auch nur mittelbar (wiederum als Nebenrecht zur Insolvenzforderung) verwertet werden. Eine separate, d.h. eigenständige Verwertung des Prozessführungsrechts, sei es qua Versteigerung, sei es qua Freihandverkauf oder sei es qua Abtretung gemäss Art. 260 SchKG, gibt es nicht.

Im Ergebnis ist damit zwar zutreffend, dass die vollstreckungsrechtlichen Möglichkeiten der Zweitmasse eingeschränkt sind. Sie kann keine Erstabtretung weitergeben. Der Grund liegt aber darin, dass ihr der Anspruch, in Bezug auf welchen eine Abtretung in Frage steht, materiellrechtlich nicht zusteht. Insofern ist die Einschränkung der vollstreckungsrechtlichen Möglichkeiten von der Sachlage gegeben. Es besteht damit keine Veranlassung, unter dem Titel der weitgehenden Gewährung von Gläubigerrechten "etwas grosszügig" zu sein.

2. Praktische Probleme

Eine Kettenabtretung kreiert (zumal unnötig) auch praktische Probleme: Als problematisch erweist sich die Insolvenzmassen übergreifende Abrechnungs- und Ablieferungspflicht des Kettenabtretungsgläubigers in Bezug auf einen Überschuss (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Da der Erstmasse gegen den Kettenabtretungsgläubiger keine Zwangsmittel zur Verfügung stehen, hätte das verfahrensleitende Organ (Konkursamt, Liquidator) grösste Schwierigkeiten, den Überschuss für ihre Masse tatsächlich erhältlich zu machen⁷⁰.

Unklar ist, wem gegenüber der Kettenabtretungsgläubiger eine Ablieferungspflicht trifft, wenn das Ergebnis des geltend gemachten Anspruchs nicht in einer Geldzahlung besteht. Die Ablieferung geht immer zugunsten der Erstmasse. Dieser (und nur dieser) steht der gemäss Art. 260 SchKG abgetretene Anspruch denn auch materiellrechtlich zu⁷¹. Der Kettenabtretungsgläubiger steht zu dieser Erstmasse jedoch *in keinem Rechtsverhältnis*; weder materiell- noch vollstreckungsrechtlich. Die Kettenabtretung geht von der Zweitmasse aus. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage der Kettenabtretungsgläubiger zur Ablieferung an die Erstmasse verpflichtet

⁷⁰ BGE 58 III 100.

⁷¹ Vgl. vor Fn. 10.

sein sollte. Eine Ablieferungspflicht an die Zweitmasse dürfte nicht bestehen. Dieser steht der abgetretene Anspruch gar nicht zu.

Ähnliche Probleme stellen sich, wenn ein Kettenabtretungsgläubiger mit einem “normalen” Abtretungsgläubiger (d.h. einem Gläubiger der Erstmasse) zusammen – vor allem gerichtlich – gegen den Drittschuldner vorgehen will. Wenn sich mehrere Abtretungsgläubiger hinsichtlich solcher prozessualer Fragen nicht einigen können, in welcher Hinsicht sie einheitlich vorgehen müssen, muss das verfahrensleitende Organ (Konkursamt oder Liquidator) eine Weisung erlassen⁷². Dieses Weisungsrecht ist ein Ausfluss der Kompetenz, die Abtretungsverfügung zu erlassen und Bedingungen dafür festzusetzen. Bei einer Kettenabtretung erlassen zwei Massen eine Abtretung. Damit müssten zwei verschiedene verfahrensleitende Organe Weisungen erlassen. Es ist unklar, wie sich diese zu koordinieren hätten bzw. wer verbindlich für eine Koordination sorgen sollte.

Diese praktischen Probleme sind nicht der Grund, weshalb m.E. eine Kettenabtretung unzulässig ist. Diese Probleme zeigen nur ergänzend auf, dass eine Kettenabtretung nicht nur formaljuristisch ein *konzeptionelles Unding* ist, sondern dass dieses Unding in der praktischen Umsetzung auch grosse Probleme stellt.

E. Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit?

Nach der hier vertretenen Ansicht sind Kettenabtretungen unzulässig. Sie widersprechen dem Wesen des Prozessführungsrechts als Nebenrecht und verstossen damit gegen Art. 260 SchKG⁷³. Damit stellt sich die Frage, ob dieser Verstoss nur zur Anfechtbarkeit (Art. 17 SchKG) oder zur Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) der Kettenabtretung führt.

I. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

In der Regel führt der Verstoss gegen Bestimmungen des SchKG nur zu Anfechtbarkeit mittels Beschwerde⁷⁴. Nichtigkeit ist nur die – im Vollstreckungsrecht jedoch recht häufig vorkommende – Ausnahme⁷⁵.

⁷² Vgl. v.D.

⁷³ III.C.

⁷⁴ LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde*, Art. 22 SchKG N. 7 m.w.H.

⁷⁵ *Ibidem*, N. 8 m.w.H.

Nichtigkeit liegt vor bei einer qualifizierten Gesetzesverletzung, nämlich bei Verstoss gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

Art. 260 SchKG schützt sowohl die Interessen der Insolvenzgläubiger als auch des Drittschuldners. Entsprechend kann bei Verstoss gegen Art. 260 SchKG praxisgemäss je nach Art des Verstosses entweder Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit vorliegen: Der Drittschuldner ist nicht am Insolvenzverfahren beteiligt⁷⁶. Findet die Abtretung statt, bevor oder ohne, dass die Insolvenzgläubiger auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet haben, läuft der Drittschuldner Gefahr, mehrfach belangt zu werden. Zudem besteht die Gefahr, dass die Gerichte unnütz in Anspruch genommen werden. Ohne Verzicht der Gläubiger auf die Geltendmachung des Anspruchs liegt deshalb Nichtigkeit vor⁷⁷. Wenn allen Gläubigern die Abtretung anboten wurde, jedoch die Konkursverwaltung anstelle der Gläubiger auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat, sind nur die Gläubiger tangiert. Diese sind am Insolvenzverfahren beteiligt⁷⁸. Es liegt deshalb nur Anfechtbarkeit vor⁷⁹.

2. Kettenabtretungen sind nichtig

Findet eine Kettenabtretung statt, so läuft der Drittschuldner Gefahr, von nicht befugten Personen, nämlich vom Kettenabtretungsgläubiger, belangt zu werden. Da der Drittschuldner nicht als Verfahrensbeteiligter i.S.v. Art. 22 SchKG gilt⁸⁰, und zudem auch die Gefahr besteht, dass die Gerichte (vom Kettenabtretungsgläubiger) unnütz in Anspruch genommen werden, ist m.E. eine Kettenabtretung *nichtig*.

3. Beachtlichkeit der Nichtigkeit

Die Nichtigkeit ist von den verfahrensleitenden Organen (Konkursamt, Liquidatoren) jederzeit⁸¹ von Amtes wegen zu beachten. Die Aufsichtsbehörden sind unabhängig davon, ob betreibungsrechtliche Beschwerde geführt worden ist, befugt, die Nichtigkeit jederzeit festzustellen (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

⁷⁶ *Ibidem*, N. 70; BGE 93 III 27, 79 III 12, 58 III 112.

⁷⁷ *Ibidem*, N. 79; BGE 120 III 38, 118 III 59, 79 III 12; Die Praxis (Pra) 1995 Nr. 44, 145 f.

⁷⁸ LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde*, Art. 22 SchKG N. 66.

⁷⁹ *Ibidem*; BGE 86 III 25 f.

⁸⁰ Vgl. Fn. 76.

⁸¹ Vorbehalten bleibt, wenn bei der Aufsichtsbehörde bereits ein Verfahren auf Feststellung der Nichtigkeit hängig ist (Art. 22 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

Für das mit der Sache (d.h. der Beurteilung des Anspruchs gegen den Drittschuldner) befasste *Zivilgericht* gilt in Bezug auf die Beachtung der Nichtigkeit folgendes: In der Regel kann der Zivilrichter die Nichtigkeit nicht zweifelsfrei beurteilen⁸². Er hat deshalb (analog Art. 173 Abs. 2 SchKG) den Entscheid über die Nichtigkeit der zuständigen betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörde (Art. 13 SchKG) vorzubehalten. Solange wird der Zivilrichter den Prozess sistieren⁸³. Steht ausnahmsweise⁸⁴ die Nichtigkeit für das Zivilgericht ausser Zweifel und ist damit zu rechnen, dass die SchKG-Behörden die Nichtigkeit ebenfalls beachten werden, kann das Gericht die Nichtigkeit von Amtes wegen selbst berücksichtigen⁸⁵.

Vorliegend bedeutet dies, dass das Zivilgericht (sofern keine Zweifel an der Nichtigkeit bestehen), die Nichtigkeit beachten kann und muss. Entsprechend tritt es (mangels Prozessführungsrecht) auf die Klage des Kettenabtretungsgläubigers nicht ein. Steht die Nichtigkeit in Zweifel, behält das Zivilgericht den Entscheid über die Nichtigkeit der Kettenabtretung den Aufsichtsbehörden vor.

F. Mögliche Vorgehensweisen

Im vorliegenden Zusammenhang ist einzig ein Aktivum der Zweitmasse vom Belang: Dies ist die Insolvenzforderung gegenüber der Erstmasse. Die Zweitmasse hat deshalb im Rahmen der Verwertung *zwei Möglichkeiten*: Entweder sie offeriert ihren Gläubigern die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG. Diese kann sich einzig auf die Insolvenzforderung der Zweitmasse gegen die Erstmasse beziehen. Der Gegner des Abtretungsgläubigers wäre diesfalls die Erstmasse.

Alternativ kann die Zweitmasse die Insolvenzforderung (d.h. den Anspruch gegen die Erstmasse) verwerten. Dies kann durch Versteigerung oder Freihandverkauf erfolgen. In der vorliegenden Konstellation sollte dies unabhängig davon zulässig sein, ob die Insolvenzforderung der Zweit- von der Erstmasse bestritten ist bzw. die Insolvenzforderung illiquid ist⁸⁶. Mit der Verwertung der

⁸² Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 1991, S. 71.

⁸³ LORANDI, *Betriebsrechtliche Beschwerde*, Art. 22 SchKG N. 149 m.w.H.

⁸⁴ *Ibidem*, N. 151 i.f.

⁸⁵ *Ibidem*, N. 151; COMETTA, *Basler Kommentar*, Art. 22 SchKG N. 18; BGE 136 III 537, 96 III 119; Bundesgerichtsurteil 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4.b.

⁸⁶ Normalerweise sind liquide Forderungen vom verfahrensleitenden Organ einzuziehen (Art. 243 Abs. 1 SchKG). Dies ist der Fall, wenn die Zweitmasse den Anspruch in der Insolvenz der Erstmasse angemeldet hat und kolloziert ist. Illiquide Forderungen sind gemäss Art. 260 SchKG abzutreten, wenn sie die Zweitmasse nicht selber geltend machen will. Beides macht in der vorliegenden Konstellation wenig Sinn, wenn der Anspruch (der Erstmasse) gegen den Drittschuldner durchgesetzt werden soll.

Insolvenzforderung findet eine Singularkukzession von der Zweitmasse auf den Erwerber statt. Damit folgt die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG als Nebenrecht automatisch dem Hauptanspruch (Insolvenzforderung)⁸⁷. Anstatt der Zweitmasse kann nun der Erwerber den Anspruch gegen den Drittschuldner als Prozessstandschafter gestützt auf die Abtretungsverfügung geltend machen.

Anders als eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG findet die Verwertung der Insolvenzforderung *entgeltlich* statt. Der Erwerber muss somit etwas bezahlen. Damit erhält die Zweitmasse einen Mittelzufluss. Wenn die (zu verwertende) Insolvenzforderung im Verfahren der Erstmasse schon rechtskräftig kolloziert ist, wird die Zweitmasse nur dann eine Veranlassung haben, die Forderung zu verwerten, wenn sie dabei mindestens den Gegenwert der zu erwartenden (geschätzten) Dividende auf ihrer Insolvenzforderung löst.

IV. Abtretung bei Vergleich und im Prozess⁸⁸

A. Abtretung und Vergleich

Schliesst die Masse mit einer Gegenpartei einen Vergleich, so stellt sich die Frage, ob Art. 260 SchKG zur Anwendung gelangt.

B. Kompetenz zum Vergleichschluss

Im *ordentlichen Konkursverfahren* muss ein allfälliger (Art. 237 Abs. 3 SchKG) Gläubigerausschuss seine Zustimmung zum Vergleichschluss geben (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG). Wurde kein Gläubigerausschuss gewählt, steht die Kompetenz, einen Vergleich abzuschliessen, grundsätzlich der zweiten Gläubigerversammlung zu (Art. 253 Abs. 2 SchKG)⁸⁹.

⁸⁷ Vgl. III.A.

⁸⁸ Der nachfolgende Text entspricht praktisch unverändert der Publikation: Franco LORANDI, *Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess*, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BISchK) 2008, S. 41 ff.

⁸⁹ BGE 86 III 128 ff; BÜRGI, Art. 24I SchKG N. 8; a.M.: RUSSENBERGER, Art. 240 SchKG N. 12.

Im *summarischen Konkursverfahren* liegt die Kompetenz zum Vergleichsabschluss ebenfalls bei der zweiten Gläubigerversammlung (Art. 231 Abs. 3 i.V.m. Art. 252 Abs. 2 SchKG)⁹⁰.

Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* muss zwingend ein Gläubigerausschuss bestellt werden (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2, 320 Abs. 1 SchKG). Abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Aufgaben (Art. 320 Abs. 1 und 2, 321 Abs. 2, 322 Abs. 2, 325, 330 Abs. 1 SchKG) richten sich die Kompetenzen des Gläubigerausschusses nach dem Nachlassvertrag (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Wenn der Nachlassverträge hinsichtlich eines Vergleichsschlusses nichts regelt, kommt m.E. der im Konkurs vorgesehene Kompetenzkatalog von Art. 237 Abs. 3 SchKG, welcher u.a. den Abschluss von Vergleichen umfasst (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG), nicht zur Anwendung⁹¹. In der Praxis sieht der Nachlassvertrag häufig ausdrücklich vor, dass der Abschluss von Vergleichen der Zustimmung des Gläubigerausschusses bedarf⁹². Sieht der Nachlassvertrag nicht vor, dass Vergleiche der Genehmigung des Gläubigerausschusses bedürfen, so steht die Kompetenz zum Abschluss dem Liquidator zu (Art. 319 Abs. 4, 320 SchKG)⁹³.

c. Anwendung von Art. 260 SchKG beim aussergerichtlichen Vergleich

i. Grundsatz: Keine Anwendung von Art. 260 SchKG bei Vergleichen

Mit einem (echten) Vergleich wird ein Streit durch gegenseitige Zugeständnisse endgültig erledigt⁹⁴. Ein Zugeständnis ist immer auch ein (Teil-)Verzicht. Damit könnte man zum Schluss gelangen, Art. 260 SchKG finde auf jeden Vergleich Anwendung, da dieser einen (Teil-)Verzicht der Masse beinhalte⁹⁵.

⁹⁰ BGE 86 III 128 ff; a.M.: wohl LUSTENBERGER, Art. 231 SchKG N. 20 und N. 28.

⁹¹ Gl. M. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MEKRT/BIRCHLER, Art. 318 SchKG N. 18, Art. 320 SchKG N. 10; a.M.: SCHODER, S. 428; LUDWIG, S. 55; GEHLER, S. 146; SPRECHER, N. 1044.

⁹² SPRECHER, N. 1045.

⁹³ BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 320 SchKG N. 10.

⁹⁴ FLACHSMANN, S. 60; BGE 111 II 349; Bundesgerichtsurteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 7a/cc.

⁹⁵ Vgl. etwa BGE 86 III 130: "Es liegt somit ein reiner (Teil-)Verzicht vor, wie ihn auf alle Fälle nur die Gläubigergesamtheit, und auch sie nur unter Vorbehalt von Abtretungen nach Art. 260 SchKG, aussprechen darf." So auch LUTERBACHER, N. 335.

Dem ist nicht so: Die Praxis geht zu recht davon aus, dass ein echter *Vergleich* eine *Art der Geltendmachung des Anspruchs* ist. Der Abschluss eines echten Vergleichs stellt keinen Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG dar, weshalb diese Bestimmung grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt⁹⁶.

Eine *Ausnahme* machte das Bundesgericht, wenn ein Anspruch “kampflos und auch ohne nur die gegnerischen Akten einzusehen und zu prüfen” preis gegeben wird⁹⁷. Diesfalls liege trotz formellem Vergleichsschluss kein echter Vergleich, sondern ein “reiner (Teil-)Verzicht” der Masse i.S.v. Art. 260 SchKG vor⁹⁸, weshalb die Gläubiger die Abtretung verlangen konnten. Dieser Entscheid ist singulär⁹⁹ und m.E. nicht geeignet, als Leitentscheid zu dienen¹⁰⁰. Bei richtiger Lesart beschlägt der Entscheid denn in erster Linie die Frage, wer zum Vergleichsbeschluss zuständig ist (in Abwesenheit eines Gläubigerausschusses die Gläubigergesamtheit und nicht die Konkursverwaltung in eigener Verantwortung)¹⁰¹.

2. Freiwillige, analoge Anwendung beim Vergleichsschluss

Nachdem Vergleiche wesensnotwendig auch einen (Teil-)Verzicht der Masse beinhalten, macht es – je nach den Umständen – Sinn, Art. 260 SchKG freiwillig

⁹⁶ BLUMENSTEIN, S. 803; FRITZSCHE, S. 162; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 325 SchKG N. 13; SPRECHER, N. 610, 614 und 1026; REITER, S. 180; BGE 86 III 129, 78 III 138, 75 III 63, 67 III 39, 102 f., 52 III 67, 27 I 588, 24 I 391 f.; Bundesgerichtsurteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 7a/cc; Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 2006, S. 221; a.M. CAMPONOVO/LORANDI, S. 168, wonach ein Vergleichsabschluss “nur, aber immer dann zur Abtretung offeriert werden [muss], wenn mit mittlerer bis hoher Wahrscheinlichkeit usw. für die Masse ein besserer Vergleich oder ein besseres prozessuales Ergebnis möglich wäre”; dies ist nicht justiziabel. Widersprüchlich: FLACHSMANN, S. 59, 61, wonach bei einem Vergleichsschluss kein Verzicht vorliege, der Vergleichsschluss aber nur vorgehäftlich von Abtretungsbegehren von Gläubigern zulässig sei, und JAEGER, Art. 260 SchKG N. 6, wonach den Gläubigern die Abtretung gegen Sicherstellung des Vergleichsbetreffnisses anboten werden sollte, sowie JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 20, wonach eine solche Abtretung gegen Sicherstellung zumindest der beim Gläubigerbeschluss unterliegenden Minderheit zustehe.

⁹⁷ BGE 86 III 130; vgl. auch Urteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 7a.

⁹⁸ HIERHOLZER, Art. 250 SchKG N. 76.

⁹⁹ Es kam auch nur zum Entscheid, weil die Konkursverwaltung von der Aufsichtsbehörde das Plazet einholen wollte, den Vergleich ohne Gläubigerbeschluss abschliessen zu können (BGE 86 III 126).

¹⁰⁰ Die Konkursverwaltung realisiert mit dem von ihr geschlossenen Vergleich immerhin Fr. 500. – von behaupteten Fr. 1200. – (BGE 86 III 126).

¹⁰¹ BGE 86 III 130: “Es liegt somit ein reiner (Teil-) Verzicht vor, wie ihn auf alle Fälle nur die Gläubigergesamtheit (...) aussprechen darf”. *Unzutreffend* und mit der sonstigen Rechtsprechung inkonsistent ist m.E., wenn das Bundesgericht (im obigen Zitat an der ausgelassenen Stelle [“(...)”]) das Junktum anbringt: “und auch sie [die Gläubigergesamtheit] nur unter Vorbehalt der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG” (BGE 86 III 130).

und analog anzuwenden: Die Anwendung ist nur eine *analoge*¹⁰², da sie anders als im gesetzlich geregelten Normalfall nicht unentgeltlich¹⁰³, sondern nur *gegen Erstattung des Vergleichsbefehns* erfolgt¹⁰⁴.

Die Anwendung erfolgt m.E. auch nur *freiwillig*¹⁰⁵. Die Gläubiger haben m.E. keinen (mit Beschwerde durchsetzbaren) Anspruch darauf, sich den vergleichsweise erledigten Anspruch gegen Erstattung des Vergleichsbefehns abtreten zu lassen und zwar aus drei Gründen:

- Erstens ist die analoge Anwendung (gegen Erstattung des Vergleichsbefehns) gesetzlich nicht vorgesehen. Das Gesetz regelt vielmehr einzig den (gänzlichen) Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs, weshalb die Abtretung unentgeltlich erfolgt¹⁰⁶.
- Zweitens ist es je nach Situation schwierig bis unmöglich, die Leistung der Gegenpartei exakt festzustellen. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn eine Vielzahl von gegenseitigen Forderungen in einem umfassenden Vergleich erledigt werden¹⁰⁷ oder wenn es um Verteidigungsrechte der Masse¹⁰⁸ geht. Dies gilt *a fortiori*, wenn die Masse mit mehreren Gegenparteien einen Gesamtvergleich abschliesst¹⁰⁹.
- Drittens verlangt die Gegenpartei in aller Regel einen verbindlichen Vergleich mit Saldoklausel. Eine analoge Anwendung von Art. 260 SchKG setzt voraus, dass der Abtretungsgläubiger nicht (mehr) an den mit der Masse geschlossenen Vergleich gebunden ist. Er will allenfalls den gesamten strittigen Betrag geltend machen, auf jeden Fall mehr als das Vergleichsbefehns. Deshalb setzt ein Vergleichsschuss voraus, dass im Vergleich ein *Vorbehalt* gemacht wird. Entweder wird vorgesehen, dass (nebst der Genehmigung durch die SchKG-Organen¹¹⁰) der Vergleich unter

¹⁰² CAMPONOVO/LORANDI, S. 202; BGE 67 III 102.

¹⁰³ Vgl. vor Fn. 6.

¹⁰⁴ BGE 86 III 129 f., 78 III 138, 67 III 102, 52 III 67 f.; Urteil 7B.116/2002 vom 10. September 2002, Sachverhalt B; Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 2006, S. 220 f.

¹⁰⁵ CAMPONOVO/LORANDI, S. 202; BGE 67 III 102, wonach mit einer Abtretung die Möglichkeit geboten werden *darf*, ein noch günstigeres Prozessergebnis zu erzielen, BGE 52 III 67; vgl. auch WINELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 325 SchKG N. 13, wonach ein Vergleich auch unter Vorbehalt einer Abtretung geschlossen werden *kann*; vgl. auch JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 20; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 8d; a.M. JAEGER, Art. 260 SchKG N. 6; LUTERBACHER, N. 335.

¹⁰⁶ Vgl. vor Fn. 6.

¹⁰⁷ JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 20; SPRECHER, N. 610.

¹⁰⁸ Vgl. II.C.

¹⁰⁹ Vgl. etwa die Konstellation im Bundesgerichtsurteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000.

¹¹⁰ IV.B.

dem Vorbehalt sieht, dass kein Gläubiger die Abtretung verlangt¹¹¹. Oder es wird vorgesehen, dass der Vergleich von Seiten der Masse (innert gewisser Frist) *widerrufen werden kann*, wenn ein Gläubiger die Abtretung verlangt. Die Gegenpartei des Vergleichs muss zum Vorbehalt bzw. zum Widerrufrecht ihre Zustimmung geben. Tut sie dies nicht, so ist eine analoge Anwendung von Art. 260 SchKG m.E. nicht möglich. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Annahmefrist, an welche die Gegenpartei ihr Vergleichsangebot (ohne Vorbehalt gemäss Art. 260 SchKG) knüpft, nicht genügt, um innert Frist das Verfahren gemäss Art. 260 SchKG durchzuführen¹¹².

Die Gläubiger haben m.E. auch *keinen* (mit Beschwerde durchsetzbaren) *Rechtsanspruch*, dass das verfahrensleitende Organ (Konkursverwaltung im Konkurs, Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) im Rahmen der Verhandlungen mit der Gegenpartei darauf hinwirkt, dass ein solcher Vorbehalt bzw. ein Widerrufrecht in den Vergleich aufgenommen wird¹¹³. Auf der anderen Seite kann sich auch kein Gläubiger mit SchKG-Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) wehren, wenn das verfahrensleitende Organ Art. 260 SchKG freiwillig und analog anwendet¹¹⁴.

D. Anwendung von Art. 260 SchKG im Prozess

Wenn die Masse – ohne den Gläubigern die Abtretung eines Anspruches gemäss Art. 260 SchKG anzubieten – einen Anspruch selber klageweise durchsetzt (Aktivanspruch) bzw. verteidigt (Passivanspruch), stellt sich die Frage, ob die Masse verpflichtet ist, im hängigen Prozess den strittigen Anspruch abzutreten. M.E. ist danach zu unterscheiden, ob der Prozess durch Sachentscheid des Gerichts oder aufgrund einer Parteierklärung beendet wird.

I. Sachurteil

Wenn die Masse im Prozess aufgrund eines Sachurteils *teilweise obsiegt und teilweise unterliegt*, stellt sich die Frage, ob der *Entscheid, kein Rechtsmittel zu ergreifen*, einen Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG darstellt (und die Pflicht zur Abtretung auslöst). Dies ist m.E. aus zwei Gründen zu verneinen: Zum

¹¹¹ JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 23.

¹¹² BGE 52 III 68 f.

¹¹³ Vgl. auch BGE 24 I 392.

¹¹⁴ Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 2006, S. 221.

einen stellt die prozessuale Durchsetzung eine Art der Geltendmachung des (gesamten) Anspruchs dar. Wenn der Masse deshalb qua Urteil nur ein Teilbetrag zugesprochen wird, liegt gleichsam kein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG vor. Den Gläubigern muss die Abtretung nicht anboten werden¹¹⁵; es verhält sich gleich, wie wenn es die Masse – anstatt es zu einem Urteil kommen zu lassen – vorgezogen hätte, im Prozess einen Vergleich zu schliessen¹¹⁶. Zum anderen ist ein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG ein interner Vorgang der Masse, welcher keine Wirkung nach aussen entfaltet¹¹⁷. Dies trifft auf den Entscheid, kein Rechtsmittel zu ergreifen, nicht zu. Das Urteil erwächst damit in materielle Rechtskraft.

Wenn die *Masse im Prozess vollumfänglich unterliegt* und die Möglichkeit eines Weiterzugs an eine höhere Instanz besteht, stellt sich die Frage, ob ein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG vorliegt, wenn die Masse *darauf verzichtet, ein Rechtsmittel einzulegen*. Meines Wissens ist diese Frage bis jetzt zumindest höchstrichterlicher nicht entschieden; Meinungsäusserungen in der Lehre bestehen (soweit ersichtlich) nicht. M.E. gilt folgendes: Die prozessuale Durchsetzung stellt eine Art der Geltendmachung des (gesamten) Anspruchs dar¹¹⁸. Dies gilt unabhängig davon, wie das Urteil lautet. Trotz vollständigem Unterliegen (gemäss Urteil) liegt eine Geltendmachung des Anspruchs vor. Den Gläubigern muss deshalb m.E. die Abtretung nicht anboten werden¹¹⁹.

2. Vergleich

Die Masse kann auch während pendentem Prozess einen (gerichtlichen) Vergleich schliessen. Für den gerichtlichen Vergleich gilt dasselbe wie für den aussergerichtlichen¹²⁰: Die klageweise Geltendmachung bzw. Verteidigung im Prozess ist eine Art der Geltendmachung des Anspruchs und kein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG. Den Gläubigern muss deshalb die Abtretung nicht anboten werden. Dies kann aber freiwillig und analog erfolgen, indem die

¹¹⁵ SCHLÄPFER, 136 f.; BGE 78 III 138, 67 III 102; a.M. CAMPONOVO/LORANDI, S. 162 ff., wonach in Anlehnung an BGE 86 III 130 (vgl. oben vor Fn. 100) nicht eine formalistische, sondern eine materielle Betrachtung Platz greifen soll; verzichten heisse, einen Anspruch preiszugeben, der nach eingehender Prüfung unter Einbezug von Kosten-Nutzenerwägungen mit mittlerer bis hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Masse durchgesetzt werden könnte. Diese Definition ist nicht justiziabel.

¹¹⁶ BGE 27 I 588; vgl. auch oben IV.C.

¹¹⁷ JAEGER, Art. 260 SchKG N. 6; FLACHSMANN, S. 57 f.; SCHLÄPFER, S. 81; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 19. Zur Kompetenz zum Entscheid über den Verzicht, einen Anspruch geltend zu machen vgl. IV.B.

¹¹⁸ Vgl. IV.C.I.

¹¹⁹ Vgl. vor Fn. 115 für den Fall des teilweisen Obsiegens und teilweisen Unterliegens.

¹²⁰ Vgl. IV.C.

Gläubiger gegen Erstattung des Vergleichsbefehns die Abtretung verlangen können¹²¹.

3. Prozesserledigung durch Parteierklärung

Anders verhält es sich m.E. dagegen, wenn es die Masse nicht zum Urteil kommen lassen will, sondern den strittigen Anspruch im Prozess vollumfänglich durch *Klagerückzug* (Aktivanspruch) bzw. *Klageanerkennung* (Passivanspruch) preis geben will. Mit Klagerückzug (Aktivprozess) bzw. Klageanerkennung (Passivprozess¹²²) verfügt die Masse zwar nicht (unmittelbar) über den strittigen Anspruch, sondern sie bringt den Prozess durch Prozesserklärung zum Abschluss. Aufgrund der Prozesserklärung ergeht jedoch ein Beschluss des Gerichts, mit welchem das Verfahren rechtskräftig erledigt wird. *Mittelbar* liegt damit gleichsam ein *Verzicht auf den strittigen Anspruch* vor. Die Masse (bzw. das verfahrensleitende Organ) ist daher m.E. gehalten, den Gläubigern vorgängig die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG anzubieten oder die Prozesserklärung (Klagerückzug/-anerkennung) unter den Vorbehalt zu stellen¹²³, dass kein Gläubiger die Abtretung verlangt^{124,125}.

¹²¹ Vgl. IV.C.2.

¹²² Zur analogen Konstellation, dass es die Masse im passiven Kollokationsprozess (eines Gläubigers gegen die Masse) nicht zu einem Urteil kommen lassen will, vgl. Fn. 125.

¹²³ Je nach Prozessordnung müssen Parteierklärungen, welche den Prozess zum Abschluss bringen, vorbehaltlos sein (vgl. auch Art. 208 Abs. 1 ZPO, BBl 2006 S. 7413 ff.). Diesfalls muss das verfahrensleitende Organ vorgängig das Prozedere gemäss Art. 260 SchKG durchführen und danach, wenn kein Gläubiger die Abtretung verlangt hat, eine vorbehaltlose Prozesserklärung (Klagerückzug bzw. -anerkennung) abgeben.

¹²⁴ Vgl. auch JAEGER, Art. 260 SchKG N. 6; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 260 SchKG N. 20, a.M. offenbar FAVRE, S. 312, mit Verweis auf BGE 45 III 244 f., welcher allerdings den Fall der Anerkennung durch Verrechnungserklärung behandelt.

¹²⁵ Ebenso verhält es sich bei der Klageanerkennung durch die Masse im Rahmen eines positiven Kollokationsprozesses (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Sie kann nur unter dem Vorbehalt einer Wegweisungsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) seitens eines Konkursgläubigers erfolgen (Art. 66 Abs. 1 KOV). Der Wegweisungskläger agiert zwar auf eigene Rechnung, aber anstelle der Konkursmasse und aus deren Recht (JAEGER, Art. 250 SchKG; BGE 115 III 70). Damit entspricht die Wegweisungsklage in ihrem Wesen der Klage des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG. Beide Rechtsbehelfe ermöglichen dem Kläger, Ansprüche der Gläubigersamtheit in Bezug auf den Bestand der Masse, auf eigene Faust durchzusetzen, sofern die Masse darauf verzichtet (BGE 115 III 70). Vorbehalten bleibt auch bei Kollokationsprozessen der Abschluss von gerichtlichen Vergleichen durch den Gläubigerausschuss (Art. 66 Abs. 3 KOV). In diesen Fällen liegt aber, wie bereits erwähnt, keine Klageanerkennung vor, sondern eine Geltendmachung des Anspruchs (auf Abweisung der Konkursforderung). Es verhält sich gleich, wie wenn die Masse im Kollokationsprozess teilweise obsiegt und teilweise unterliegen würde.

v. Freiwillige Zwangsgemeinschaft mehrerer Abtretungsgläubiger im Prozess

A. Fragestellung

Verlangen mehrere Gläubiger die Abtretung desselben Anspruchs, stellt sich die Frage, ob bzw. in Bezug auf welche Fragen sie sich einheitlich verhalten müssen. Sofern und soweit sie sich einheitlich verhalten müssen, dies aber nicht tun, stellt sich die Folgefrage, wer für eine Koordination unter den Abtretungsgläubigern zu sorgen hat.

B. Notwendige Streitgenossenschaft *sui generis*

Üben mehrere Abtretungsgläubiger das Prozessführungsrecht aus, so tun sie dies in Bezug auf *denselben* materiellen Anspruch. Entsprechend kann über diesen Anspruch auch nur einheitlich in einem einzigen Urteil entschieden werden¹²⁶. Es soll vermieden werden, dass verschiedene, sich widersprechende Urteile ergehen¹²⁷.

Verlangen mehrere Gläubiger die Abtretung des gleichen Anspruchs, so gelten sie bei gerichtlicher Geltendmachung als *uneigentlich*¹²⁸ oder *bedingt notwendige*¹²⁹ Streitgenossenschaft¹³⁰ bzw. als eine *notwendige Streitgenossenschaft sui generis*¹³¹. Damit schafft das SchKG eine eigene Kategorie von Streitgenossenschaft, welche zwischen den beiden klassischen zivilprozessualen Instituten der einfachen¹³² und der notwendigen Streitgenossenschaft¹³³ steht. Die grössere Nähe besteht zur notwendigen Streitgenossenschaft. Das Besondere

¹²⁶ Wegleitend: BGE 121 III 493 f. (bestätigt in BGE 136 III 535); vgl. dazu LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 196 f.

¹²⁷ BGE 121 III 493, 291; LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 197.

¹²⁸ FRITZSCHE/WALDER, § 51, Fn. 74; HABSCHIED, Rz. 284; BERTI, Art. 260 SchKG N. 57; MEIER, S.171; BGE 136 III 535, 121 III 494.

¹²⁹ SCHAAD, S. 372; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 1990 Nr. 68.

¹³⁰ BGE 121 III 492 ff.; Bundesgerichtsurteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. I.1; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR) 1999 Nr. 24; LUTERBACHER, N. 336; REITER, S. 178; vgl. dazu im Einzelnen LORANDI, *Besprechung*, S. 1302 ff.; LEUENBERGER, S. 195 ff.

¹³¹ SPÜHLER, S. 66; STAEHELIN/GROLIMUND/STAEHELIN, § 13, N. 43; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 3.41; STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 ZPO, N. 43; HAHN, Art. 70 ZPO, N. 10.

¹³² Art. 71 ZPO.

¹³³ Art. 70 ZPO.

ist, dass jeder Abtretungsgläubiger vorgehen kann, aber – anders als bei der notwendigen Streitgenossenschaft – nicht muss. Selbst wer einmal mitgemacht hat, kann jederzeit “aussteigen” (*opting out*)¹³⁴. Auch dies gibt es bei der “normalen” notwendigen Streitgenossenschaft (welche ein Folge des materiellen Rechts ist) nicht.

Die notwendige Streitgenossenschaft *sui generis* kann deshalb so umschrieben werden, dass alle, die vorgehen wollen und solange sie vorgehen wollen, zusammen vorgehen müssen. Wer nicht (mehr) will, muss nicht vorgehen bzw. kann jederzeit “aussteigen”¹³⁵. Kein Abtretungsgläubiger kann gezwungen werden¹³⁶.

c. Gegenstand und Umfang der einheitlichen Vorgehensweise

In welcher Hinsicht eine einheitliche Vorgehensweise notwendig ist, ist weitgehend *umstritten* bzw. unklar¹³⁷: Einigkeit herrscht darüber, dass alle klagewilligen Abtretungsgläubiger bei der *Klageeinleitung* beteiligt sein müssen¹³⁸. Dies setzt voraus, dass eine Einigung über die *örtliche und sachliche Zuständigkeit* besteht¹³⁹. Gleiches gilt in Bezug auf ein Schlichtungs- bzw. Sühnverfahren¹⁴⁰.

Umstritten ist bereits, ob sich die Abtretungsgläubiger auf ein *Rechtsbegehren* einigen müssen¹⁴¹.

Umstritten ist auch, ob eine *einheitliche Vertretung* aller Abtretungsgläubiger im Prozess erforderlich ist¹⁴².

Strittig ist, ob sich alle Abtretungsgläubiger einer *einheitlichen Prozessführung* befleißigen müssen¹⁴³ oder nicht¹⁴⁴, insbesondere, ob sie einander

¹³⁴ BGE 121 III 295; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (BlSchK) 1999 S. 150.

¹³⁵ REITER, S. 178; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 45.

¹³⁶ Beschluss des Bezirksgerichts Horgen Z.003/F/CG990055 vom 25. Oktober 2000 S. 5.

¹³⁷ REITER, S. 178.

¹³⁸ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 198 ff.; BGE 121 III 493 f.

¹³⁹ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 200; JEANNERET/CARRON, Art. 260, SchKG N. 44.

¹⁴⁰ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 200.

¹⁴¹ Für eine Pflicht zur Einigung: LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; für die Zulassung individueller Klagen: LEUENBERGER, S. 201.

¹⁴² LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 203; REITER, S. 178; BGE 121 III 294, 493.

¹⁴³ So LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 201.

¹⁴⁴ So SCHLÄPFER, S. 185; BERTI, Art. 260 SchKG N. 57; STAEHELIN/GROLIMUND/STAEHELIN, § 13, N. 43; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, 3.41; STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 ZPO N. 43; RUGGLE, Art. 70 ZPO N. 19; HAHN, Art. 70 ZPO N. 10; BGE 136 III 535, 121 III 294, 494, 107 III 91; Bundesgerichtsurteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. I.1.

widersprechende Tatsachenbehauptungen aufstellen und unterschiedliche Bestreitungen vorbringen können¹⁴⁵ oder nicht¹⁴⁶.

Unklar ist sodann, ob ein *Vergleichsschluss* während pendentem Prozess der Zustimmung aller Abtretungsgläubiger erfordert¹⁴⁷ oder ob auch nur einzelnen Gläubiger einen Vergleich schliessen können¹⁴⁸.

Nicht hinreichend geklärt ist auch, inwiefern nur einzelne Abtretungsgläubiger ein *Rechtsmittel* ergreifen können oder ob alle gemeinsam agieren müssen¹⁴⁹.

D. Verfahrensleitendes Organ als (ungeeigneter) Schiedsrichter”

Können sich mehrere Abtretungsgläubiger über prozessuale Kautelen nicht einigen, in Bezug auf welche sie sich einheitlich verhalten müssen¹⁵⁰, so muss das *verfahrensleitende Organ*, welches die Abtretungsverfügung erlassen hat, im Sinne von betreibungsrechtlichen *Weisungen* für die notwendige Koordination sorgen¹⁵¹. Dabei handelt sich um einen ausgesprochenen *Ermessensentscheid*.

Wie dies geschehen soll, ist weitgehend *unklar*¹⁵². Insbesondere ist zu erwähnen, dass das SchKG-Organ, welches das Verfahren der Generalexekution leitet, weder prädestiniert noch dazu berufen ist, im Rahmen von Weisungen wesentlichen Einfluss auf die Art und Weise der prozessualen Geltendmachung auszuüben: Zum Einen hat die Masse den Anspruch an die Gläubiger abgetreten, so dass es die Sache der Abtretungsgläubiger (und nicht der Organe der Masse) sein solle, die Art und Weise der Durchsetzung festzulegen. Zum Anderen sind SchKG-Behörden (sei es das verfahrensleitende Organ oder seien es auf Beschwerde hin die Aufsichtsbehörden) m.E. weder sachlich noch fachlich berufen, ihre materiellrechtlichen und prozessualen Einschätzungen des Falles anstelle jener der Abtretungsgläubiger treten zu lassen.

¹⁴⁵ So SCHLÄPFER, S. 185; REITER, S. 178; BERTI, Art. 260 SchKG N. 57; JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N. 45; BGE 121 III 294, 493, 107 III 91; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (BlSchK) 1999 S. 150.

¹⁴⁶ So LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 201 f., 206.

¹⁴⁷ So FLACHSMANN, S. 21; LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (ZWR) 1983 S. 96, 99.

¹⁴⁸ So LEUENBERGER, S. 204; REITER, S. 178.

¹⁴⁹ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 205.

¹⁵⁰ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305; LEUENBERGER, S. 198 ff.; BGE 121 III 494.

¹⁵¹ LORANDI, *Besprechung*, S. 1305 f.; LEUENBERGER, S. 197; BGE 121 III 494.

¹⁵² LORANDI, *Besprechung*, S. 1305 f.

Wenn sich die Abtretungsgläubiger nicht einigen können, wird einer (oder eine Gruppe) an das verfahrensleitende Organ treten, und um Erlass von Weisungen ersuchen. Das Organ kann m.E. die Einigung unter den Abtretungsgläubigern nicht direkt erzwingen. Es wird als Sanktion wohl nur vorgesehen können, dass im Widerhandlungsfall die Abtretung einzelnen Gläubigern gegenüber widerrufen wird. Diese unvollkommene Sanktion zeigt, wie problematisch es ist, dass das verfahrensleitende Organ mit Weisungen für eine gehörige Koordination sorgen soll. Beim Erlass der Weisungen hat das Organ den Grundsatz der Gleichbehandlung der Abtretungsgläubiger zu beachten¹⁵³.

Die Weisungen des verfahrensleitenden Organs sind m.E. als betriebsrechtliche Verfügungen i.S.v. Art. 17 SchKG zu qualifizieren. Dies gilt auch, aber nicht nur, für den Widerruf einer Abtretungsverfügung. Die betroffenen Abtretungsgläubiger können deshalb dagegen *betriebsrechtliche Beschwerde* führen (Art. 17 ff. SchKG)¹⁵⁴. Damit haben im Streitfall die Aufsichtsbehörden über die Weisungen zu entscheiden. Die kantonalen Aufsichtsbehörden können (anders als das Bundesgericht auf Beschwerde in Zivilsachen¹⁵⁵) im Beschwerdeverfahren auch das Ermessen überprüfen.

E. Prozesstaktisches

Wie gesehen besteht in Bezug auf die notwendige Koordination mehrerer Abtretungsgläubiger eine nicht unwesentliche *Rechtsunsicherheit*. Dies gilt sowohl in Bezug auf den notwendigen Gegenstand der Koordination als auch hinsichtlich der Kompetenzen des verfahrensleitenden Organs, qua Weisung eine Koordination herbeizuführen.

Dies hat *prozesstaktische Konsequenzen*: Wenn sich diejenigen Abtretungsgläubiger, welche vorgehen wollen, nicht einigen können, muss das verfahrensleitende Organ eingeschaltet werden, um koordinierend tätig zu werden¹⁵⁶. Diesbezüglich ist sowohl das Ob als auch das Wie mangels Präjudizien umstritten bzw. fraglich. Zudem dürfte jede Koordination des verfahrensleitenden Organs in aller Regel qua Verfügung erfolgen, welche mittels betriebsrechtlicher Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) vor den Aufsichtsbehörden

¹⁵³ BGE 121 III 295.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 121 III 291 ff. für den Fall eines Widerrufs der Abtretungsverfügung weil innert Frist von der Verfügung keinen Gebrauch gemacht worden ist.

¹⁵⁵ Unangemessenheit stellt keine Verletzung von Bundesrecht i.S.v. Art. 95 lit. a BGG dar, wohl aber die Ermessensüberschreitung und der Ermessensmissbrauch, vgl. Tarkan GÖKSU, *Die Beschwerden ans Bundesgericht*, Zürich 2007, Rz. 115; LORANDI, *Besonderheiten*, S. 437 f.

¹⁵⁶ Vgl. v.D.

anfechtbar ist¹⁵⁷. Eine Koordination mehrerer Abtretungsgläubiger kann daher schwierig bis unmöglich werden.

Dies könnte eine potentielle Gegenpartei allenfalls dazu veranlassen, einen ihm genehmen Gläubiger sozusagen als *Trojanisches Pferd* in die Gruppe von Abtretungsgläubiger einzuschleusen. Ein solcher Gläubiger kann ein nicht zu unterschätzendes Störpotential entwickeln. Diesen Störenfried ruhigzustellen bzw. zu bändigen wird die anderen Gläubiger einiges an Zeit, Geld und Nerven kosten.

¹⁵⁷ V.D.