

# Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion  
und mit Quellenangabe gestattet.

## Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess

Franco Lorandi, RA, Dr. iur., PD, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG)

### I. Einleitung

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)<sup>1</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen beide Verfahren der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein Akt der Verwertung<sup>2</sup>. Sie wird als *vollstreckungsrechtliches Institut sui generis* bezeichnet<sup>3</sup>. Es unterscheidet sich von den anderen Verwertungsarten (Zwangsversteigerung und Freihandverkauf) vor allem dadurch, dass die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG *unentgeltlich* erfolgt<sup>4</sup>.

Es handelt es sich nicht um eine Zession im Sinne des Zivilrechts (Art. 164 OR)<sup>5</sup>. Übertragen wird nicht der materiellrechtliche Anspruch, son-

<sup>1</sup> Es besteht eine Ähnlichkeit zur Forderungsüberweisung gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG in der Spezialexécution (Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 47 Rz. 27, Rz. 31 f.; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl., Zürich 1997/99, Art. 260 SchKG N 9).

<sup>2</sup> Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 790, 799, 807; Amonn/Walther, § 47 Rz. 14, Rz. 27, Rz. 30.

<sup>3</sup> Amonn/Walther, § 47 Rz. 33; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 5 Rz. 40; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. Aufl., Basel 2005, Rz. 2049; BGE 113 III 137, 109 III 29 m.w.H.; ZR 1996 Nr. 56, 171.

<sup>4</sup> ComR-Jeaneret/Carron, Art. 260 SchKG N 19.

<sup>5</sup> Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 51 Rz. 21; BGE 122 III 189 m.w.H.

dem nur das Prozessführungsrecht<sup>6</sup>. Zivilprozessual liegt ein Fall der *Prozessstandschaft* vor<sup>7</sup>. Der Abtretungsgläubiger agiert im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr, aber aus fremdem Recht<sup>8</sup>; nämlich aus dem Recht der Masse<sup>9</sup>. Der abgetretene Anspruch steht materiellrechtlich nach wie vor der Masse zu<sup>10</sup>. Der Drittschuldner kann sich deshalb nach wie vor durch Leistung an die Masse befreien<sup>11</sup>.

Gegenstand der Abtretung sind einerseits illiquide *Aktivansprüche* der Masse<sup>12</sup>. Dies können Vermögensrechte sein, die Gegenstand der Konkursmasse bilden (Art. 197 ff. SchKG), sowie Ansprüche, welche der Masse originär zustehen wie paulianische Anfechtungsansprüche (Art. 285 ff. SchKG)<sup>13</sup> oder Massesforderungen<sup>14</sup>.

Andererseits können auch *Bestreitungs- bzw. Verteidigungsrechte* der Masse Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bilden<sup>15</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen nur Aktivansprüche<sup>16</sup> der Masse.

Eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist unter drei Voraussetzungen zulässig: Erstens muss die *Gläubigergesamtheit* auf die Geltendmachung eines Anspruchs verzichten (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Im Konkurs entscheidet die zweite Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2 SchKG). Die Konkursverwaltung kann auch einen Entscheid der Gläubiger durch Zir-

<sup>6</sup> *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 34, Rz. 54; *BasK-Berti*, Art. 260 SchKG N 4; *Ralf C. Schläpfer*, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Diss. Zürich 1990, 49; *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, Art. 260 SchKG N 9; *Pierre-Robert Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, Art. 260 SchKG N 15; BGE 122 III 189, 122 III 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.

<sup>7</sup> *Vogel/Spühler*, Kap. 5 Rz. 40; *Christoph Leuenberger*, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler (Hrsg. Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri), Zürich 2005, 195 f.; *Gilliéron*, Art. 260 SchKG N 22; *Karl Spühler*, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3.A., Zürich 2003, 66; 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 1996 Nr. 56, 171.

<sup>8</sup> *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 34, Rz. 54; *ComR-Jeanneret/Carron*, Art. 260 SchKG N 41; *Gilliéron*, 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.

<sup>9</sup> *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 33, Rz. 55; *Franco Lorandi*, AJP 1996, 1302 ff.; *Leuenberger*, 196; *Spühler*, 66.

<sup>10</sup> BGE 132 III 345 f., 111 II 83 und 85; Bundesgerichtsurteil 4C.273/2004 vom 25. August 2005, E. 3.1; 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.1; 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006, E. 2.2; ZR 1996 Nr. 56, 171.

<sup>11</sup> *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 55.

<sup>12</sup> *Fritzsche/Walder*, § 51 Rz. 24; BGE 108 III 21; Bundesgerichtsurteil 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000, E. 4.a.

<sup>13</sup> Bundesgerichtsurteil 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 4.2.

<sup>14</sup> *Blumenstein*, 800, 802; *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 35.

<sup>15</sup> Anstatt aller: *Amonn/Walther*, § 47 Rz. 42 ff.

<sup>16</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 260 SchKG in Passivprozessen vgl. *Karl Wüthrich*, Bereinigung der Passiven und Passivenvergleich, Vortragsunterlagen zur Tagung Aktuelle Probleme des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts vom 25. Oktober 2007 in Luzern, 15 f.

kularbeschluss herbeiführen (Art. 255a, Art. 231 Abs. 2 Ziff. 1 Satz 2 SchKG). Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung steht die Verzichtskompetenz dem Liquidator zusammen mit dem Gläubigerausschuss zu (Art. 325 SchKG). Zweitens muss ein fristgemässes *Abtretungsbegehren eines* (oder mehrerer) *Insolvenzgläubigers* vorliegen. Drittens muss das verfahrensleitende Organ eine *Abtretungsverfügung* erlassen haben. Dafür besteht ein obligatorisches Formular<sup>17</sup>.

## II. Abtretung bei (aussergerichtlichem<sup>18</sup>) Vergleich

Schliesst die Masse mit einer Gegenpartei einen Vergleich, so stellt sich die Frage, ob Art. 260 SchKG zur Anwendung gelangt. Dies hängt davon ab, ob ein Vergleichsschluss als Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs i.S.v. Art. 260 SchKG zu qualifizieren ist.

### 1. Kompetenz zum Vergleichsschluss

Im *ordentlichen Konkursverfahren* muss ein allfälliger (Art. 237 Abs. 3 SchKG) Gläubigerausschuss seine Zustimmung zum Vergleichsschluss geben (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG). Wurde kein Gläubigerausschuss gewählt, obliegt die Genehmigung des Vergleichs der zweiten Gläubigerversammlung, da diese «unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses an[ordnet]» (Art. 253 Abs. 2 SchKG)<sup>19</sup>. Gegebenenfalls können Beschlüsse auch auf dem Zirkularweg gefasst werden (Art. 255a SchKG)<sup>20</sup>, was in der Praxis dem Regelfall entspricht. Der Konkursverwaltung kommt keine Kompetenz zu, selbstständig, ohne Gläubigerbeschluss auf die Geltendmachung eines strittigen Anspruchs zu verzichten<sup>21</sup>.

Im *summarischen Konkursverfahren* erwirkt die Konkursverwaltung einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG)<sup>22</sup>.

Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* muss zwingend ein Gläubigerausschuss bestellt werden (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 320 Abs. 1 SchKG). Abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Aufgaben (Art. 320 Abs. 1 und 2, Art. 321 Abs. 2, Art. 322 Abs. 2, Art. 325, Art. 330 Abs. 1 SchKG) richten sich die Kompetenzen des Gläubigerausschusses nach dem Nachlassvertrag (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Wenn der Nachlassvertrag hinsichtlich eines Vergleichsschlusses nichts regelt, kommt m.E. der im Konkurs vorgesehene Kompetenzkatalog von Art.

<sup>17</sup> Obligatorisches Konkursformular Nr. 7.

<sup>18</sup> Zum gerichtlichen Vergleich vgl. II.2.

<sup>19</sup> Jean Flachsmann, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des schweizer. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, Diss. Zürich 1927, 58; Schläpfer, 80; BasK-Berti, Art. 260 SchKG N 24; BGE 71 III 137 f.

<sup>20</sup> BGE 71 III 137 f.

<sup>21</sup> BGE 86 III 130, 71 III 139.

<sup>22</sup> Schläpfer, 80; BasK-Berti, Art. 260 SchKG N 25; BGE 102 III 82, 79 III 11, 77 III 85, 71 III 137 f., 64 III 37, 53 III 124; BlSchK 2006 220 f.

237 Abs. 3 SchKG, welcher u.a. den Abschluss von Vergleichen umfasst (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG), nicht zur Anwendung<sup>23</sup>. In der Praxis sieht der Nachlassvertrag häufig ausdrücklich vor, dass der Abschluss von Vergleichen der Zustimmung des Gläubigerausschusses bedarf<sup>24</sup>.

## **2. Anwendung von Art. 260 SchKG beim aussergerichtlichen Vergleich**

### *a) Grundsatz: Keine Anwendung von Art. 260 SchKG bei Vergleichen*

Mit einem (echten) Vergleich wird ein Streit durch gegenseitige Zugeständnisse endgültig erledigt<sup>25</sup>. Es liegt rechtsgeschäftliches, nicht etwa hoheitliches Handeln des Insolvenzorgans vor, wenn es einen Vergleich abschliesst<sup>26</sup>. Ein Zugeständnis ist immer auch ein (Teil-)Verzicht; dies ist wesensbedingt. Damit könnte man zum Schluss gelangen, Art. 260 SchKG finde auf jeden Vergleich Anwendung, da dieser immer einen (Teil-)Verzicht der Masse beinhalte<sup>27</sup>. 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 gelangt<sup>28</sup>.

Eine *Ausnahme* machte das Bundesgericht, wenn ein Anspruch «kampflös und auch ohne nur die gegnerischen Akten einzusehen und zu prüfen»

<sup>23</sup> Gl. M. BasK-Winkelmann/Lévy/Jeaneret/Mekkt/Bichler, Art. 318 SchKG N 18, Art. 320 N 10; a.M. A. Schoder, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZBJV 88 (1952), 428; Peter Ludwig, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 55; Karl Gehler, Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und im Nachlassverfahren, Buchs 1999, 146; Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Diss. Zürich 2003, N 1044.

<sup>24</sup> Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Diss. Zürich 2003, N 1045.

<sup>25</sup> Flachsmann, 60; BGE 111 II 349; Bundesgerichtsurteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 7.a.cc.

<sup>26</sup> Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel 2000, Art. 17 SchKG N 63 f.; BGE 103 III 23 f., 102 III 84.

<sup>27</sup> 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 Thierry Luterbacher, Die Schadensminderungspflicht, Diss. Zürich 2003, N 335.

<sup>28</sup> Blumenstein, 803; Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 2. Aufl., Zürich 1968, 162; BasK-Winkelmann/Lévy/Jeaneret/Merk/Birchler, Art. 325 SchKG N 13; Sprecher, N 610, N 614, N 1026; Matthew T. Reiter, Prozessrechtliche Probleme im Verantwortlichkeitsverfahren, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 180; BGE 86 III 129, 78 III 138, 75 III 63, 67 III 102 f., 67 III 39, 102 f., 52 III 67, 27 I 588, 24 I 391 f.; Bundesgerichtsentscheid 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 7.a.cc.; BLSchK 2006, 221; a.M. Rico A. Camponovo/Franco Lorandi, Erforderlichkeit, Zulässigkeit und Zeitpunkt der Abtretung nach Art. 260 SchKG, BLSchK 1991, 168, wonach ein Vergleichsabschluss «nur, aber immer dann zur Abtretung offeriert werden [muss], wenn mit mittle-

preisgegeben wird<sup>29</sup>. Diesfalls liege trotz formellem Vergleichsschluss kein echter Vergleich, sondern ein «reiner (Teil-)Verzicht» der Masse i.S.v. Art. 260 SchKG vor<sup>30</sup>, weshalb die Gläubiger die Abtretung verlangen konnten. Dieser Entscheid ist singulär<sup>31</sup> und m.E. nicht geeignet, als Leitentscheid zu dienen. Vor dem Hintergrund, dass die Masse von einem behaupteten Anspruch von CHF 1200.– durch den Vergleich CHF 500.– realisierte<sup>32</sup>, kann m.E. nicht von einem «reinen (Teil-)Verzicht» gesprochen werden. Bei richtiger Lesart beschlägt der Entscheid denn auch in erster Linie die Frage, wer zum Vergleichsbeschluss zuständig ist (in Abwesenheit eines Gläubigerausschusses die Gläubigergesamtheit und nicht die Konkursverwaltung in eigener Verantwortung)<sup>33</sup>.

### b) 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 und analog anzuwenden: Die Anwendung ist nur eine *analoge*<sup>34</sup>, da sie anders als im gesetzlich geregelten Normalfall nicht unentgeltlich<sup>35</sup>, sondern nur *gegen Erstattung des Vergleichsbefrinnisses* erfolgt<sup>36</sup>. Die Masse kann und will sich damit, dass sie den Gläubigern die Abtretung anerbietet, ja nicht schlechter stellen, als aufgrund des abgeschlossenen Vergleichs. Die Abtretungsverfügung wird deshalb praxismässig erst erlassen, wenn der Abtretungsgläubiger der Masse das Vergleichsergebnis erstattet hat.

rer bis hoher Wahrscheinlichkeit usw. für die Masse ein besserer Vergleich oder ein besseres prozessuales Ergebnis möglich wäre»; dies ist nicht justiziabel. **Widersprüchlich:** *Flachsmann*, 59, 61, wonach bei einem Vergleichsschluss kein Verzicht vorliege, der Vergleichsschluss aber nur vorgehältlich von Abtretungsbegehren von Gläubigern zulässig sei, und *Carl Jaeger*, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Zürich 1911, Art. 260 SchKG N 6, wonach den Gläubigern die Abtretung gegen Sicherstellung des Vergleichsbefrinnisses 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.

<sup>29</sup> BGE 86 III 130; vgl. auch Bundesgerichtsentscheid 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 7.a.

<sup>30</sup> BasK-*Hierholzer*, Art. 250 SchKG N 76.

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> BGE 86 III 126.

<sup>33</sup> 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 Junktim anbringt: «und auch sie [die Gläubigergesamtheit] nur unter Vorbehalt der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG» (BGE 86 III 130).

<sup>34</sup> *Camponovo/Lorandi*, 202; BGE 67 III 102.

<sup>35</sup> vgl. vor Fn. 4.

<sup>36</sup> BGE 86 III 129 f., 78 III 138, 67 III 102, 52 III 67 f.; Bundesgerichtsurteil 7B.116/2002

Die Anwendung erfolgt m.E. auch nur *freiwillig*<sup>37</sup>. Die Gläubiger haben m.E. keinen (mit Beschwerde durchsetzbaren) Anspruch darauf, sich den vergleichsweise erledigten Anspruch gegen Erstattung des Vergleichsbetreffnisses abtreten zu lassen. Dies hat drei Gründe:

Erstens ist die analoge Anwendung (gegen Erstattung des Vergleichsbetreffnisses) gesetzlich nicht vorgesehen. Das Gesetz regelt vielmehr einzig den (gänzlichen) Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs, weshalb die Abtretung unentgeltlich erfolgt<sup>38</sup>.

Zweitens ist es je nach Situation schwierig bis unmöglich, die Leistung der Gegenpartei exakt festzustellen, was aber notwendig ist, damit der Abtretungsgläubiger der Masse den qua Vergleich realisierten Gegenwert erstatten kann. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn eine Vielzahl von gegenseitigen Forderungen in einem umfassenden Vergleich erledigt werden<sup>39</sup> oder wenn es um Verteidigungsrechte der Masse<sup>40</sup> geht<sup>41</sup>. Dies gilt a fortiori, wenn die Masse mit mehreren Gegenparteien einen Gesamtvergleich abschliesst<sup>42</sup>.

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 Vergleichsbetreffnis. Deshalb setzt eine Abtretung voraus, dass im Vergleich ein vertraglicher *Vorbehalt*<sup>43</sup> gemacht wird. Entweder wird vorgesehen, dass (nebst der Genehmigung durch die SchKG-Organen<sup>44</sup>) der Vergleich unter dem Vorbehalt steht, dass kein Gläubiger die Abtretung verlangt<sup>45</sup>. Oder es wird vorgesehen, dass der Vergleich von Seiten der Masse (innert gewisser Frist) *widerrufen werden kann*, wenn ein Gläubiger die Abtretung verlangt. Damit die Gegenpartei des Vergleichs an den Vorbehalt bzw. an das Widerrufsrecht gebunden ist, muss sie ihre Zustimmung dazu geben. Ist sie dazu nicht bereit, so ist eine analoge Anwendung von Art. 260 SchKG m.E. nicht möglich. Die Abtretung analog Art.

vom 10. September 2002, Sachverhalt B; BLSchK 2006, 220 f.

<sup>37</sup> *Camponovo/Lorandi*, 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 *BasK-Winermann/Lévy/Jeaneret/Merk/Birchler*, Art. 325 SchKG N 13, wonach ein Vergleich auch unter Vorbehalt einer Abtretung geschlossen werden *kann*; vgl. auch *ComR-Jeaneret/Carron*, Art. 260 SchKG N 20; Bundesgerichtsentscheid 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 8.d.; **a.M.** *Jaeger*, Art. 260 SchKG N 6; *Luterbacher*, N 335.

<sup>38</sup> Vgl. vor Fn. 4.

<sup>39</sup> *ComR-Jeaneret/Carron*, Art. 260 SchKG N 20; *Sprecher*, N 610.

<sup>40</sup> Vgl. vor Fn. 16.

<sup>41</sup> So kann etwa der «Wert» einer wegfallenden Konkursforderung nur schwer bestimmt werden, da die Konkursdividende erst am Schluss des Verfahrens feststeht.

<sup>42</sup> Vgl. etwa die Konstellation im Bundesgerichtsentscheid 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000.

<sup>43</sup> Da ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt (vor Fn. 26), kann das Konkursamt den Vergleich nicht einfach widerrufen. Die Masse ist an den Vergleich gebunden.

<sup>44</sup> II.1.

260 SchKG scheidet auch in Fällen, in denen 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 durchzuführen<sup>46</sup>.

Aufgrund des Gesagten haben die Gläubiger m.E. *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 Widerspruchsrecht in den Vergleich aufgenommen wird<sup>47</sup>. Auf der anderen Seite kann sich auch kein Gläubiger<sup>48</sup> mit SchKG-Beschwerde<sup>49</sup> (Art. 17 f. SchKG) wehren, wenn das verfahrensleitende Organ Art. 260 SchKG freiwillig und analog anwendet<sup>50</sup>.

### III. Anwendung von Art. 260 SchKG im Prozess

Wenn die Masse – ohne den Gläubigern die Abtretung eines Anspruchs gemäss Art. 260 SchKG anzubieten – einen Anspruch selber klageweise durchsetzt (Aktivanspruch), stellt sich die Frage, ob die Masse verpflichtet ist, im hängigen Prozess den strittigen Anspruch abzutreten. M.E. ist danach zu unterscheiden, wie der Prozess beendet wird:

#### 1. 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 einen stellt die prozessuale Durchsetzung eine Art der Geltendmachung des (gesamten) Anspruchs dar. Wenn der Masse deshalb qua Urteil ein Teilbetrag zugesprochen wird, liegt gleichsam kein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG vor. Den Gläubigern muss die Abtretung nicht anerboten werden<sup>51</sup>; es verhält sich gleich, wie wenn es die Masse –

<sup>45</sup> ComR-Jeaneret/Carron, Art. 260 SchKG N 23.

<sup>46</sup> BGE 52 III 68 f.

<sup>47</sup> Vgl. auch BGE 24 I 392.

<sup>48</sup> Zur beschränkten Legitimation des *Drittschuldners* zur Beschwerde nach Art. 17 SchKG vgl. *Lorandi*, Art. 17 N 216; BGE 119 III 83, 79 III 10, 71 III 136, 67 III 88, 65 III 3, 63 III 72, 53 III 74.

<sup>49</sup> Vor Bundesgericht ist es nun (seit 1. Januar 2007) die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 19 SchKG; Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG; vgl. *Franco Lorandi*, Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, AJP 2007, 433 ff.

<sup>50</sup> BISchK 2006, 221.

<sup>51</sup> *Schlöpfer*, 136 f.; BGE 78 III 138, 67 III 102; **a.M.** *Camponovo/Lorandi*, 162 ff., wonach in Anlehnung an BGE 86 III 130 (vgl. oben vor Fn. 31) 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

anstatt es zu einem Urteil kommen zu lassen – vorgezogen hätte (ausserprozessual<sup>52</sup> oder im Prozess<sup>53</sup>), einen Vergleich zu schliessen<sup>54</sup>.

Zum anderen ist ein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG ein interner Vorgang der Masse, welcher keine Wirkung nach aussen entfaltet<sup>55</sup>. 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 höchstrichterlich 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 dar<sup>56</sup>. Dies gilt unabhängig davon, wie das Urteil lautet. Trotz vollständigem Unterliegen (gemäss Urteil) liegt eine Geltendmachung des Anspruchs vor. Den Gläubigern muss deshalb die Abtretung m.E. nicht anboten werden<sup>57</sup>.

## 2. Gerichtlicher Vergleich

Die Masse kann auch während pendentem Prozess einen (gerichtlichen) Vergleich schliessen. Für den gerichtlichen Vergleich gilt dasselbe wie für den aussergerichtlichen<sup>58</sup>: Die klageweise Geltendmachung im Prozess und der Abschluss des Vergleiches 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 Gläubiger gegen Erstattung des Vergleichsbetreffnisses die Abtretung verlangen können<sup>59</sup>.

## 3. 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) preisgeben will. Mit *Klagerückzug* (Aktivprozess<sup>60</sup>) verfügt die Masse zwar nicht (unmit-

werden könnte. Diese Definition ist nicht justiziabel (vgl. auch Fn. 27).

<sup>52</sup> Vgl. II.2.

<sup>53</sup> Vgl. III.2.

<sup>54</sup> BGE 27 I 588.

<sup>55</sup> Jaeger, Art. 260 SchKG N 6; Flachsmann, 57 f.; Schläpfer, 81; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 260 SchKG N 19. Zur Kompetenz zum Entscheid über den Verzicht, einen Anspruch geltend zu machen vgl. II.1.

<sup>56</sup> Vgl. II.2.a.

<sup>57</sup> Vgl. vor Fn. 54 für den Fall des teilweisen Obsiegens und teilweisen Unterliegens.

<sup>58</sup> Vgl. II.2.

<sup>59</sup> Vgl. II.2.b.

<sup>60</sup> Zur analogen Konstellation, da es die Masse im passiven Kollokationsprozess (eines

telbar) über den strittigen Anspruch; sie bringt den Prozess vielmehr durch Prozesserklärung zum Abschluss. Aufgrund der Prozesserklärung ergeht jedoch ein Beschluss des Gerichts, mit welchem das Verfahren abgeschlossen wird. Der Abschreibungsbeschluss erwächst in materielle Rechtskraft<sup>61</sup>.

*Mittelbar* liegt damit gleichsam ein (Teil-)Verzicht auf die Geltendmachung des strittigen Anspruchs vor. Anders als bei teilweisem Obsiegen/Unterliegen im Prozess und bei vollständiger Klageabweisung liegt bei Klagerückzug keine Beurteilung des Gerichts vor. Es ergeht ein Urteil ohne eigene Prüfung der Rechtslage durch das Gericht. Die Masse nimmt vielmehr die ursprünglich eingereichte Klage zurück.

Aufgrund dessen ist m.E. zu unterscheiden: Zieht die Masse die Klage nur teilweise zurück, so hat sie gleichsam den gesamten Anspruch geltend gemacht. Es liegt kein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG vor. Die Gläubiger können keine Abtretung verlangen.

Zieht die Masse (bzw. das verfahrensleitende Organ) die Klage dagegen vollumfänglich zurück, liegt ein umfassender (wenn auch nachträglicher<sup>62</sup>) Verzicht auf die Geltendmachung des gesamten Anspruchs vor. Die Masse ist deshalb m.E. gehalten, den Gläubigern vorgängig die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG anzubieten oder die Prozesserklärung (Klagerückzug) unter den Vorbehalt zu stellen<sup>63</sup>, dass kein Gläubiger die Abtretung verlangt<sup>64 65</sup>.

Gläubigers gegen die Masse) nicht zu einem Urteil kommen lassen will, vgl. Fn. 65.

<sup>61</sup> Vogel/Spühler, Kap. 8 Rz. 45, Kap. 9 Rz. 70 m.w.H.

<sup>62</sup> D.h. nach vorgängiger Klageeinleitung.

<sup>63</sup> Je nach Prozessordnung müssen *Parteierklärungen*, welche den Prozess zum Abschluss bringen, *vorbehaltlos* sein (vgl. auch Art. 205 des Entwurfes der Eidgenössischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 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) abgeben.

<sup>64</sup> Vgl. auch Jaeger, Art. 260 SchKG N 6; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 260 SchKG N 20; a.M. offenbar Antoine Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, 312, mit Verweis auf BGE 45 III 244 f., welcher allerdings den Fall der Anerkennung durch Verrechnungserklärung behandelt.

<sup>65</sup> 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 Gläubigergesamtheit 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 obsiegen und teilweise unterliegen würde