

# Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender "Kettenabtretungen" gemäss Art. 260 SchKG



FRANCO LORANDI,  
PD, Dr. iur., Rechtsanwalt,  
Zürich, Lehrbeauftragter  
an der Universität  
St. Gallen

## Inhaltsübersicht:

- I. Das Problem
- II. Lehre und Rechtsprechung
- III. Eigene Stellungnahme
  - A. Wesen und Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG
  - B. BGE 61 III 1 ff.: Zulässigkeit von Kettenabtretungen
  - C. Unzulässigkeit von Kettenabtretungen
    1. Kettenabtretungen widersprechen dem Wesen von Art. 260 SchKG
    2. Praktische Probleme
  - D. Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit
    1. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit
    2. Kettenabtretungen sind nichtig
    3. Beachtlichkeit der Nichtigkeit
  - E. Mögliche Vorgehensweisen

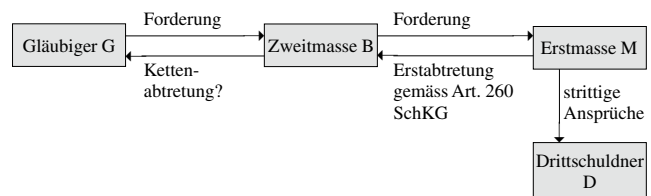
## I. Das Problem

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 Darlehen<sup>1</sup>).

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 aufeinanderfolgender Kettenverhältnisse insolvent sind bzw. werden. Vorliegend wären dies die Gesellschaften B und M.

Verfahrensrechtlich kann sich nun folgendes Problem stellen: Die Konkursmasse M (Erstmasse<sup>2</sup>) will den illi-

quiden 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 (Zweitmasse<sup>3</sup>). Kann nun diese ihren Gläubigern die Abtretung der Erstmasse M "weitergeben"<sup>4</sup>?



## II. Lehre und Rechtsprechung

Ein Teil der Lehre bejaht die Möglichkeit von "Kettenabtretungen" unter Berufung auf BGE 61 III 2 ff.<sup>5</sup> Eine Begründung findet sich nur bei SCHLÄPFER<sup>6</sup>, welcher die Argumentation des Bundesgerichts übernimmt. Auf diese Argumente wird nachfolgend im Zusammenhang mit der eigenen Stellungnahme eingegangen<sup>7</sup>.

- 1 Es wären noch unzählige weitere Forderungsverhältnisse innerhalb und ausserhalb der Gruppenstruktur denkbar.
- 2 Die Begriffe "Erstmasse" und "Zweitmasse" (vgl. vor FN 3) 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.
- 3 Vgl. FN 2.
- 4 Dies ist beispielsweise im Konkurs über die Swissair Sabena Airline Management Partnership, London, Zweigniederlassung Kloten, geschehen: vgl. Gläubigerzirkular Nr. 7 vom 20. Oktober 2006.
- 5 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, 3. Aufl., Bde. I-II, Zürich 1984/1993, § 51 Rz. 33; RALF C. SCHLÄPFER, *Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs*, Diss. Zürich 1990, 106 f.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7. Aufl., Bern 2003, § 47 Rz. 57; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Bde. I-IV, Lausanne 1999–2001/2003, Art. 260 SchKG N 22.
- 6 SCHLÄPFER (FN 5), 106 f.
- 7 III.C.

### III. Eigene Stellungnahme

#### A. Wesen und Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG

Um die gestellte Frage beantworten zu können, muss man sich zunächst das Wesen und den Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG in Erinnerung rufen. Die Abtretung ist sowohl im Konkurs (Art. 260 SchKG) als auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung möglich (Art. 325 SchKG)<sup>8</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen beide Fälle der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein Akt der Verwertung<sup>9</sup>. Sie wird als vollstreckungsrechtliches Institut sui generis bezeichnet<sup>10</sup>. Es handelt es sich nicht um eine Zession im Sinne des Zivilrechts (Art. 164 OR)<sup>11</sup>. Übertragen wird nicht der materiellrechtliche Anspruch, sondern nur das Prozessführungsrecht<sup>12</sup>. Zivilprozessual liegt ein Fall der Prozessstandschaft vor<sup>13</sup>. Der Abtretungsgläubiger agiert im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr, aber aus fremdem Recht<sup>14</sup> – nämlich aus dem Recht der Masse<sup>15</sup>. Der abgetretene Anspruch steht materiellrechtlich nach wie vor der Masse zu<sup>16</sup>. Der Drittschuldner kann sich deshalb nach wie vor durch Leistung an die Masse befreien<sup>17</sup>.

Gegenstand der Abtretung sind illiquide Ansprüche der Masse<sup>18</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>19</sup>) oder Massesforderungen<sup>20</sup>. Da es sich bei der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG um ein Institut der Verwertung handelt<sup>21</sup>, können nur Ansprüche verwertet werden, welche zur Masse gehören<sup>22</sup>.

Die Legitimation, eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, steht nur einem Insolvenzgläubiger zu (Art. 260 Abs. 1 SchKG)<sup>23</sup>.

Das Ergebnis, das die Abtretungsgläubiger erstritten<sup>24</sup> haben, dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderung derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Rang. Dies deckt sich damit, dass das Institut der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG als Mittel zur Herbeiführung einer Vorzugsdeckung der eigenen Insolvenzforderung dient<sup>25</sup>.

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 (Konkursverwaltung, Liquidator) abgeliefert werden, damit dieses die Verwertung durchführen kann. Der Erlös wird dann vom verfahrensleitenden Organ gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG appliziert<sup>26</sup>. Damit wird die angestrebte Vorzugsdeckung der Insolvenzforderungen der Abtretungsgläubiger herbeigeführt<sup>27</sup>.

Verlangen mehrere Gläubiger die Abtretung, so gelten sie bei gerichtlicher Geltendmachung als uneigentliche<sup>28</sup> oder bedingt notwendige<sup>29</sup> Streitgenossenschaft<sup>30</sup> bzw. als not-

- 8 Es besteht eine Ähnlichkeit zur Forderungsüberweisung gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG in der Spezialexécution (AMONN/WALTHER [FN 5], § 47 Rz. 27, Rz. 31 f.).
- 9 ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 790, 799, 807; AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 14, Rz. 27, Rz. 30.
- 10 Anstatt vieler: AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 33; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 5 Rz. 40; BGE 113 III 137, 109 III 29 m.w.H.; ZR 1996 Nr. 56, 171.
- 11 BGE 122 III 189.
- 12 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 34, Rz. 54; BasK- BERTI, Art. 260 SchKG N 4; SCHLÄPFER (FN 5), 49; BGE 122 III 189, 490, 121 III 492, 113 III 137; BGE 4C.273/2004 vom 25. August 2005, E. 3.1; 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004, E. 3.2.
- 13 VOGEL/SPÜHLER (FN 10), Kap. 5 Rz. 40; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: HANS MICHAEL RIEMER/MORITZ KUHN/DOMINIK VOCK/MYRIAM A. GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler, Zürich 2005, 195 f.; BGE 121 III 492; GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 SchKG N 22; KARL SPÜHLER, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 3. A., Zürich 2003, 66; BGE 132 III 345, 121 III 492; BGE 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004, E. 3.2; ZR 1996 Nr. 56, 171
- 14 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 34, Rz. 54; ComR-JEAN-NERET/CARRON, Art. 260 SchKG N 41; GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 SchK N 8; BGE 122 III 490, 113 III 137, 111 II 83; BGE 4C.273/2004 vom 25. August 2005, E. 3.1; BGE 5C.242/2004 vom 7. April 2005, E. 3.1; BGE 5C.140/2003 vom 23. Februar 2004, E. 3.2.
- 15 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 33, Rz. 55; FRANCO LORANDI, Besprechung von BGE 121 III 488 ff., in: AJP 1996, 1302 ff.; LEUENBERGER (FN 13), 196; SPÜHLER (FN 13), 66.
- 16 BGE 132 III 345 f., 111 II 83 und 85; BGE 4C.273/2004 vom 25. August 2005, E. 3.1; ZR 1996 Nr. 56, 171.
- 17 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 55.
- 18 Dass auch Bestreitungs- bzw. Verteidigungsrechte Gegenstand einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bilden können (anstatt aller: AMONN/WALTHER [FN 5], § 47 Rz. 42 ff.), sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang.
- 19 BGE 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 4.2.
- 20 BLUMENSTEIN (FN 9), 800, 802; AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 35.
- 21 Vgl. vor FN 9
- 22 BLUMENSTEIN (FN 9), 800.
- 23 BLUMENSTEIN (FN 9), 804; AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 48; BasK-BERTI, Art. 260 SchKG N 28 ff.; BGE 7B.94/2003 vom 24. Juli 2003, E. 4.1.
- 24 Dies gilt auch beim Abschluss eines Vergleichs.
- 25 BGE 109 III 29 f., 56 III 70.
- 26 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 68.
- 27 Vgl. vor FN 25.
- 28 FRITZSCHE/WALDER (FN 5), § 51 Fn. 75; WALTHER J. HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, Rz. 284.
- 29 MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, Diss. Neuburg 1993, 372; ZR 1990 Nr. 68.
- 30 BGE 121 III 492 ff.; ZR 1999 Nr. 24; vgl. dazu im Einzelnen LORANDI (FN 15), 1302 ff.; LEUENBERGER (FN 13), 195 ff.

wendige Streitgenossenschaft sui generis<sup>31</sup>. Können sie sich über prozessuale Kautelen nicht einigen, in Bezug auf welche sie sich einheitlich verhalten müssen<sup>32</sup>, muss das verfahrensleitende Organ, welches die Abtretung ausgestellt hat, im Sinne von Weisungen für die notwendige Koordination sorgen<sup>33</sup>.

Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG stellt ein Nebenrecht<sup>34</sup> der Insolvenzforderung i.S.v. Art. 170 OR<sup>35</sup> dar<sup>36</sup>. 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)<sup>37</sup>. Es ist an die Insolvenzforderung gebunden<sup>38</sup>. Bildlich gesprochen "klebt" es an der Insolvenzforderung wie der Kaugummi am Schuh.

Zum anderen ist das Prozessführungsrecht akzessorisch<sup>39</sup>. Es kann kein "Eigenleben" führen. Es hängt vom Schicksal der Insolvenzforderung ab<sup>40</sup> und folgt aus der Stellung als Insolvenzgläubiger<sup>41</sup>. Das Prozessführungsrecht kann nicht selbständig, sondern nur mit der Insolvenzforderung übertragen werden<sup>42</sup>. Aufgrund dessen sieht das obligatorische<sup>43</sup> Konkursformular Nr. 7 vor, dass die Abtretung des Prozessführungsrechts nur zusammen mit<sup>44</sup> der Insolvenzforderung zulässig ist<sup>45</sup>. Das Prozessführungsrecht kann nicht auf eine andere Person als den Gläubiger der Insolvenzforderung übertragen werden<sup>46</sup>. Damit soll verhindert werden, dass jemand, der gar nicht Insolvenzgläubiger ist, die Rechte der Masse geltend macht<sup>47</sup>. Dies deckt sich damit, dass das Institut der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG der Herbeiführung einer Vorzugsdeckung der Insolvenzforderung der Gläubiger dient<sup>48</sup>.

## B. BGE 61 III 1 ff.: Zulässigkeit von Kettenabtretungen

Das Bundesgericht hält Kettenabtretungen für zulässig. Es setzt mit seiner Argumentation beim Verbot der separaten Übertragung des Prozessführungsrechts<sup>49</sup> 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 (...)"<sup>50</sup> Diese Sichtweise teilt auch SCHLÄPFER<sup>51</sup>.

## C. Unzulässigkeit von Kettenabtretungen

### 1. Kettenabtretungen widersprechen dem Wesen von Art. 260 SchKG

Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt m.E. nicht: Sie gebriecht schon im Ansatz der Logik: Das Bundesgericht negiert die Anwendbarkeit des Weiterbegebungs-

verbots, 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 Zulässigkeit einer Vorgehensweise kann nicht dadurch begründet werden, die

31 SPÜHLER (FN 13), 66.

32 LORANDI (FN 15), 1305; LEUENBERGER (FN 13), 198 ff.; BGE 121 III 494.

33 LORANDI (FN 15), 1305 f.; LEUENBERGER (FN 13), 197; BGE 121 III 494.

34 Zuweilen wird das Prozessführungsrecht auch als Vorzugsrecht i.S.v. Art. 170 OR qualifiziert (BasK-GIRSBERGER, Art. 170 OR N 7; ZK-SPIRIG, Art. 170 OR N 3, N 6, N 19; BGE 113 III 137; 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 35).

35 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).

36 FRITZSCHE/WALDER (FN 5), § 51 Rz. 33; AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 57; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bde. I-II, Zürich 2003, Rz. 3666; BasK-BERTI, Art. 260 SchKG N 33 und N 40; ComR-JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N 29; BGE 132 III 346, 113 III 137, 111 II 83, 109 III 29 f., 98 III 73, 61 III 3, 58 III 98, 57 III 101 f.; Pra 2001 Nr. 139; ZR 1996 Nr. 56, 171.

37 AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 57; ComR-JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N 29; BGE 57 III 101; BGE 7B.18/2006 vom 24. April 2006, E. 3.1.

38 JEAN FLACHSMANN, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, Affoltern a.A. 1927, 16; AMONN/WALTHER (FN 5), § 47 Rz. 57; BGE 57 III 101 f.

39 GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 SchKG N 22; DERS., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. A., Lausanne 2005, Rz. 2052 f.

40 CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911, Art. 260 SchKG N 1 und N 3; BGE 111 II 83, 109 III 29 f.

41 BGE 111 II 84.

42 FLACHSMANN (FN 38), 16; ComR-JEANNERET/CARRON, Art. 260 SchKG N 29; GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 SchKG N 22; BGE 109 III 29, 58 III 98; Pra 2001 Nr. 139; ZR 1996 Nr. 56, 171.

43 Art. 2 Ziff. 6, Art. 80 Abs. 1 KOV.

44 Richtigerweise wird *nur* die Insolvenzforderung übertragen und das Prozessführungsrecht *folgt* dieser als Nebenrecht automatisch, d.h. von Gesetzes wegen (vgl. vor FN 35).

45 Pra 2001 Nr. 139.

46 BGE 57 III 102.

47 BGE 58 III 99.

48 Vgl. vor FN 25.

49 Vgl. vor FN 42.

50 BGE 61 III 4.

51 SCHLÄPFER (FN 5), 106 f.

Anwendbarkeit eines Verbots zu verneinen. 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 sollte.

Unklar ist sodann, was eine "nochmalige Überlassung" des Prozessführungsrechts sein soll bzw. wie diese zu qualifizieren ist. 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 dessen Wesen als Nebenrecht des Hauptanspruchs (Insolvenzforderung): 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 (Kaugummi) von der Insolvenzforderung (Schuh).

Es steht nur den Insolvenzgläubigern zu, die Abtretung von Masseansprüchen zu verlangen<sup>52</sup>. Das Prozessführungsrecht folgt nämlich aus der Stellung als Insolvenzgläubiger<sup>53</sup> – präziser: als Insolvenzgläubiger "seiner" Masse. Das Verbot der separaten Übertragung des Prozessführungsrechts will deshalb verhindern, dass jemand, der gar nicht Insolvenzgläubiger ist, Rechte "seiner" Masse geltend macht<sup>54</sup>. Genau dies wäre der Fall, wenn man zulassen wollte, dass eine Abtretung der Erstmasse von der Zweitmasse "nochmalig überlassen" werden könnte. 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 werden<sup>55</sup>, 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 Masse<sup>56</sup> – 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 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 Drittschulder (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 zulässig sein sollte, ist schleierhaft. Mangels materieller Berechtigung der Zweitmasse am Anspruch gegen den Drittschulder kann die Zweitmasse diesbezüglich keine Prozessführungsrechte übertragen. Es gibt keine Insolvenzmassen übergreifenden Kettenabtretungen.

Schliesslich zeigt auch ein Vergleich zur Spezialexécution, dass (in der Generalexekution) eine Kettenabtretung unzulässig ist: Für die Pfändung ist das Bundesgericht zu Recht davon ausgegangen, dass beim Betreuungsschuldner als Abtretungsgläubiger einzig dessen Insolvenzforderung gepfändet werden kann; eine separate Pfändung nur des Prozessführungsrechts ist nicht möglich<sup>57</sup>. Dieser Entscheid betrifft zwar nur die Frage des Vollstreckungsbeschlags (Pfändung) und nicht direkt die Frage der Verwertungsmassnahme. Gleichwohl 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. Folglich 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 Forderungsüberweisung gemäss Art. 131 SchKG oder 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 Erstatretung 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 durch die Sachlage gegeben. Es besteht damit keine Veranlassung, unter dem Titel der weitgehenden Gewährung von Gläubigerrechten "etwas grosszügig" zu sein.

## 2. Praktische Probleme

Eine Kettenabtretung stellt 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

52 Vgl. vor FN 46.

53 Vgl. vor FN 41.

54 Vgl. vor FN 15.

55 Vgl. vor FN 25.

56 Vgl. vor FN 15.

57 BGE 98 III 73.

stehen, hätte das verfahrensleitende Organ (Konkursamt, Liquidator) grösste Schwierigkeiten, den Überschuss für ihre Masse tatsächlich erhältlich zu machen<sup>58</sup>.

Unklar ist, wem gegenüber den 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 zu<sup>59</sup>. 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 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 erlassen<sup>60</sup>. Dieses Weisungsrecht ist ein Ausfluss der Kompetenz, die Abtretungsverfügung zu erlassen und Bedingungen dafür festzusetzen. Bei einer Kettenabtretung erlassen zwei Massen je 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. Sie zeigen ergänzend auf, dass eine Kettenabtretung nicht nur formalrechtlich ein konzeptionelles Unding ist, sondern dass dieses Unding in der praktischen Umsetzung auch grosse Probleme schafft.

## D. 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 SchKG<sup>61</sup>. Damit stellt sich die Frage, ob dieser Verstoss nur zur Anfechtbarkeit (Art. 17 SchKG) oder zur Nichtigkeit (Art. 22 SchKG) der Kettenabtretung führt.

### 1. Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit

In der Regel führt der Verstoss gegen Bestimmungen des SchKG nur zu Anfechtbarkeit mittels Beschwerde<sup>62</sup>. Nichtigkeit ist die – im Vollstreckungsrecht jedoch recht häufig vorkommende – Ausnahme<sup>63</sup>.

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 diejenigen des Drittschuldners. Entsprechend kann bei Verstoss gegen Art. 260 SchKG praxismässig je nach Art des Verstosses entweder Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit vorliegen: Der Drittschuldner ist nicht am Insolvenzverfahren beteiligt<sup>64</sup>. Findet die Abtretung statt, bevor oder ohne dass die Gesamtheit der 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 Gläubigersamtheit auf die Geltendmachung des Anspruchs liegt deshalb Nichtigkeit vor<sup>65</sup>. Wenn den Gläubigern die Abtretung anboten wurde, jedoch die Konkursverwaltung anstelle der Gläubigersamtheit auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat, sind nur die Gläubiger tangiert. Diese sind am Insolvenzverfahren beteiligt<sup>66</sup>. Es liegt deshalb nur Anfechtbarkeit vor<sup>67</sup>.

### 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 gilt<sup>68</sup> und zudem auch die Gefahr besteht, dass die Gerichte (vom Kettenabtretungsgläubiger) unnütz in Anspruch genommen werden, ist eine Kettenabtretung m.E. nichtig.

### 3. Beachtlichkeit der Nichtigkeit

Die Nichtigkeit ist von den verfahrensleitenden Organen (Konkursamt, Liquidatoren) jederzeit<sup>69</sup> von Amtes wegen zu beachten. Die Aufsichtsbehörden sind unabhängig davon, ob betriebsrechtliche Beschwerde geführt worden

58 BGE 58 III 100.

59 Vgl. vor FN 16.

60 Vgl. vor FN 33.

61 III.C.

62 FRANCO LORANDI, Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 SchKG N 7 m.w.H.

63 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 8 m.w.H.

64 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 70; BGE 93 III 27, 79 III 12, 58 III 112.

65 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 79; BGE 120 III 38, 118 III 59, 79 III 12; Pra 1995 Nr. 44, 145 f.

66 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 66.

67 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 93; BGE 86 III 25 f.

68 Vgl. FN 64.

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

ist, befugt, die Nichtigkeit jederzeit festzustellen (Art. 22 Abs. 1 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 das Zivilgericht die Nichtigkeit nicht zweifelsfrei beurteilen<sup>70</sup>. Es hat deshalb (analog Art. 173 Abs. 2 SchKG) der Entscheid über die Nichtigkeit der zuständigen betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörde (Art. 13 SchKG) vorzubehalten. So lange wird der Zivilrichter den Prozess sistieren<sup>71</sup>. Steht ausnahmsweise<sup>72</sup> 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 berücksichtigen<sup>73</sup>.

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.

## E. Mögliche Vorgehensweisen

Im vorliegenden Zusammenhang ist einzig ein Aktivum der Zweitmasse von Belang: Dies ist die Insolvenzforderung gegen die 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 ist<sup>74</sup>. Mit der Verwertung der Insolvenzforderung findet eine Singularsukzession von der Zweitmasse auf den Erwerber statt. Damit folgt die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG als Nebenrecht automatisch dem Hauptanspruch (Insolvenzforderung)<sup>75</sup>. Anstelle der Zweitmasse kann nun der Erwerber den Anspruch gegen den Drittschuldner als Prozessstandschaffer 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.

70 BISchK 1991, 71.

71 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 149 m.w.H.

72 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 151 in fine.

73 LORANDI (FN 62), Art. 22 SchKG N 151; BasK-COMETTA, Art. 22 SchKG N 18; BGE 96 III 119; BGE 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000, E. 4.b.

74 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 dieser 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.

75 Vgl. III.A.

Les cessions à la chaîne sur la masse en faillite sont illicites. Elles contredisent l'essence même du droit à conduire un procès (ou qualité pour agir) en tant que droit accessoire. De plus, une cession à la chaîne ne tient pas compte du fait que le droit de conduire un procès n'est cessible qu'en ce qui concerne les prétentions de sa propre masse. Dans une cession à la chaîne, le tiers débiteur court le risque d'être traduit en justice par des personnes non autorisées à le faire. A mon avis, une cession à la chaîne est, dès lors, nulle eu égard à l'art. 22 LP. La seconde masse (en tant que créancière cessionnaire de la première masse) peut, en revanche, faire valoir ses créances à l'égard de la première masse (par la mise aux enchères ou par la vente de gré à gré). Ce faisant, l'acquéreur dispose de la créance et, automatiquement, du droit accessoire de conduire un procès, s'agissant des prétentions à l'encontre du tiers débiteur.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)