Ausgewählte Fragen

Erforderlichkeit, Zulässigkeit und Zeitpunkt der Abtretung nach Art. 260 SchKG

Von *Rico A. Camponovo,* Leiter Fachstab Recht, lic. oec. publ., Rechtsanwalt,
und *Franco Lorandi,* lic. iur., Rechtsanwalt (a.a. Konkursverwaltung)
Visura Treuhand-Gesellschaft

Einleitung

Art. 260 SchKG ist unbestrittenermassen nur anwendbar, wenn die Gesamtheit der Gläubiger (bzw. das kompetente Organ) auf die Geltendmachung eines Anspruches (ganz oder teilweise) verzichtet. In diesen Fällen muss Art. 260 SchKG zwingend angewandt werden. In der Praxis wird aber auch ohne Verzicht den Gläubigern häufig die Abtretung angeboten.

Dieser Aufsatz möchte diese beiden Anwendungsbereiche erörtern und voneinander abgrenzen. In beiden Fällen stellt sich zudem die Frage, welches der frühest mögliche Zeitpunkt für eine Abtretungsofferte ist.

I. Teil: Erforderlichkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG

A. Allgemeines

Art. 260 SchKG kommt wie erwähnt nur bei einem (Teil-) *Verzicht* auf die Geltendmachung eines Anspruches der Konkursmasse zwingend zur Anwendung (Art. 260 Abs. 1; *Schlaepfer Ralf C.,* Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 1990, § 4 Ziffer 2; *Amonn Kurt,* Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Bern 1988, § 47 N. 34; *Flachsmann Jean,* Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse, Affoltern a.A. 1927, S. 53 Ziffer 3, S. 57; BGE 109 III 28/29, 102 III 82/83, 86 III 129 usw.). Ein Verzicht ist also ein entscheidendes Element, das die Pflicht zur Abtretung auslöst. Was aber bedeutet eigentlich Verzicht?

B. Begriff des Verzichts

In *BGE 86 III 130* findet sich ein Versuch, den *Verzicht* zu definieren. Verzicht hiesse demnach, einen Anspruch

«... kampflos, und ohne auch nur die gegnerischen Akten einzusehen und zu prüfen, preiszugeben...»

Nach dieser Umschreibung würde allerdings nur dann ein Verzicht vorliegen, wenn der Anspruch ohne jede Prüfung aufgegeben wird. Das Bundesgericht kann damit aber kaum gemeint haben, jede geringfügige Prüfung des Anspruchs, zum Beispiel blosse Einsichtnahme in die gegnerischen Akten, genüge, damit kein Verzicht vorliegt.

Flachsmann setzt sich mit dieser Frage aufgrund zweier Entscheide in ZR 24 Nr. 161 und BGE 36 I Nr. 128 auseinander. Er hält fest, dass die Entscheidung darüber, ob ein Verzicht vorliegt oder nicht, eine Tatfrage sei. Weiter führt er aus (S. 60/61):

«Sie kann hauptsächlich dann schwierig werden, wenn es sich um einen aussergerichtlichen Vergleich handelt. Wenn zum Beispiel eine Partei nachträglich nicht mehr so viel beansprucht, als sie ursprünglich gefordert hatte, so ist zu untersuchen, ob sie ihre weitergehenden Pretentionen wirklich wegen gegenseitiger Zugeständnisse aufgibt, oder ob nicht die eine Partei zum Beispiel wegen besserer Einsicht nachträglich nur noch einen Teil des ursprünglichen Betrages fordert und dieser von der anderen Partei anerkannt wird.»

Damit ist insbesondere die Frage aufgeworfen, wie intensiv die «Prüfungstätigkeit» sein muss, damit auch bei völliger Aufgabe des Anspruches kein Verzicht vorliegt. Diese Frage ist kaum allgemeingültig zu beantworten. Wir schlagen folgende Begriffsumschreibung vor:

Verzichten heisst, einen Anspruch preiszugeben, der nach eingehender Prüfung unter Einbezug von Kosten-Nutzenerwägungen mit mittlerer bis hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Masse durchgesetzt werden könnte.

Ohne Zweifel ist zu verlangen, dass eine mehr oder weniger *eingehende Prüfung* des Anspruches vorgenommen wird. Wo eine Prüfung gänzlich unterbleibt oder wo sie so oberflächlich erfolgt, dass von einer ernstlichen Prüfung nicht die Rede sein kann, ist immer ein Verzicht anzunehmen. Ohne ernsthafte Prüfung können die objektiven Erfolgsaussichten gar nicht beurteilt werden.

Preisgabe bedeutet zunächst, dass überhaupt noch eine Möglichkeit besteht, den Anspruch durchzusetzen. Ist der Anspruch verwirkt oder verjährt, steht ihm eine andere Einrede oder Einwendung entgegen, oder fehlt es sonst an der Möglichkeit zur erfolgreichen klageweisen Durchsetzung, ist namentlich kein Rechtsmittel mehr gegeben, um ein bereits erstrittenes Urteil anzufechten, so kann kein Verzicht vorliegen. Ist dies nicht der Fall, so wird ein Anspruch dann (zumindest teilweise) preisgegeben, wenn er nicht voll durchgesetzt wird. Maßstab für die volle Durchsetzung ist das bei gehöriger Prozessführung zu erzielende *Ergebnis im Prozess*. An diesem Maßstab sind namentlich Vergleichsabschlüsse zu messen.

Normalerweise wird (aus der Sicht eines durchschnittlichen Klägers) eine nur mittlere **Erfolgswahrscheinlichkeit** nicht genügen, um einen Prozess anzuheben. Im Konkurs muss aber ein etwas weniger strenger Maßstab angelegt werden, sollen doch wenn immer möglich die Gläubiger die Möglichkeit zur Abtretung erhalten. Das zum Entscheid kompetente Organ hat die Erfolgschancen dabei objektiv zu beurteilen.

Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten sind natürlich auch *Kosten-Nutzenerwägungen* miteinzubeziehen. Je geringer der Streitwert ist, desto höher sind im Verhältnis die Kosten (Gerichtskosten und Entschädigung

an die Gegenpartei) im Falle des Unterliegens. Bei solchen Ansprüchen rechtfertigt es sich ohne weiteres, ein Nachgeben in gewissem Umfang nicht als Verzicht zu werten. Steht die Masse *per Saldo* besser da, wenn durch Nachgeben ein Prozess verhindert wird, so liegt kein Verzicht vor. Die Betrachtungsweise ist eine wirtschaftliche.

Die folgenden Ausführungen gehen davon aus, dass die Masse einen Anspruch als aktivlegitimierter Prozesspartner geltend macht. Sie sind aber auch analog anwendbar, wenn die Masse als Beklagte auftritt.

C. Verzicht bei prozessualer Geltendmachung des Anspruches

1. Volle Ausschöpfung des Instanzenzuges

Am einfachsten ist es, wenn ein Anspruch letztinstanzlich beurteilt wurde. Dies ist die klassische Form der «Geltendmachung eines bestrittenen Anspruches». Auch bei einer vollen Niederlage liegt kein Verzicht vor.

2. Beschränkte Ausschöpfung des Instanzenzuges

Wenn wir uns am Rechtsbegehren des eingeklagten Anspruchs orientieren, gibt es drei Varianten von Gerichtsentscheiden: 1. Sieg, 2. teilweiser Sieg/Niederlage, 3. Niederlage.

In den Fällen 2 und 3 stellt sich die Frage, ob der Entscheid der Masse, kein Rechtsmittel zu ergreifen, zumindest als teilweiser Verzicht zu qualifizieren sei. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gegenpartei den Entscheid anficht oder nicht. So oder anders kann die Masse das vorinstanzliche Urteil nur dann zu ihren Gunsten ändern, wenn sie dieses selbst anficht.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Beurteilung der Prozessaussichten in der Regel einfacher wird, wenn der Anspruch bereits vor einer oder zwei Gerichtsinstanzen geltend gemacht wurde. Je mehr Instanzen durchlaufen wurden, je eher besteht Gewähr für den Bestand des Urteils und sei es auch aufgrund der zunehmenden Kognitionsbeschränkung höherer Instanzen, so dass es in diesen Fällen gerechtfertigt sein kann, einen Verzicht nur noch dann anzunehmen, wenn gemäss obiger Verzichtsformel eine hohe Erfolgswahrscheinlichkeit für die Masse prognostiziert werden kann. Die Erfolgsaussichten sind aufgrund aller relevanten Umstände im Einzelfall zu beurteilen, namentlich ist zu berücksichtigen, mit welcher Kognition die folgende Instanz die vorzubringenden Rügen beurteilen kann.

Über die Anwendung von Art. 260 SchKG im Falle der prozessualen Geltendmachung des Anspruches durch die Masse selber findet sich praktisch nichts in der Literatur. *Flachsmann* behandelt vor allem die Möglichkeit der vergleichsweisen Geltendmachung des Anspruches (S. 19, S. 57 ff.). *Schläpfer* (§ 7) erwähnt die prozessuale Geltendmachung des Anspruches für die Masse gar nicht als selbständige Verfügungsmöglichkeit über den Anspruch. In seinen Ausführungen zum Vergleichsabschluss erwähnt er immerhin den Fall, dass der Masse in einem Prozess ein Teil-

betrag zugesprochen werde. Er meint, dass in diesen Fällen der Praxis zuzustimmen und davon auszugehen sei, dass keine Verpflichtung zur Abtretung eines solchen Anspruches bestehe. Begründet wird dies damit, dass auch wenn in einem Urteil nur ein Teilbetrag zugesprochen werde, trotzdem der ganze Anspruch geltend gemacht worden sei. Dabei bleibe kein Raum für einen Verzicht (S. 136 f.).

Von diesen Überlegungen geht auch das Bundesgericht aus. In *BGE 67 III 101/102* (s. auch BGE 78 III 138, 52 III 67 f.), hat eine Konkursmasse vor Obergericht einen Teilsieg errungen, danach vorsorglich bundesrechtliche Berufung erklärt und diese später aber wieder zurückgezogen. Das Bundesgericht führt aus:

«Hier liegt ein Verzicht auf den Anfechtungsanspruch nicht vor. Die Konkursmasse hat vielmehr den Anfechtungsprozess angehoben und im kantonalen Verfahren gewisse Summen zugesprochen erhalten.»

Die Gegenpartei hatte lediglich Anschlussberufung gemacht. Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass sich in so einem Fall die Frage eines allfälligen Verzichtes schon stellt, und zwar bezüglich des eventuellen Mehrgewinnes vor nächster Instanz. Die Anwendung von Art. 260 SchKG wird aber ausdrücklich als freiwillig bezeichnet. Weiter führt das Bundesgericht aus, dass im vorliegenden Fall die Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss ohne weiteres berechtigt gewesen seien, die Berufung zurückzuziehen (BGE 67 III 102 f.).

Diesen Überlegungen liegt eine formalistische und einseitige Definition des Verzichtes zugrunde. Sie entspricht der Formulierung in BGE 86 III 130 (s. oben I. Teil B). Die Ansicht, der Verzicht auf Ergreifung eines Rechtsmittels stelle nie einen Verzicht dar, steht auch im offenen Widerspruch zur Rechtslage bei vergleichbaren Sachverhalten. So ist allgemein anerkannt, dass der Verzicht auf die Fortführung hängiger, infolge Konkurs sistierter Prozesse (Art. 207 SchKG) die Pflicht zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG auslöst (*Amonn*, § 41 N. 16). Weshalb der Entscheid über die Weiterführung eines Prozesses nach erstrittenem Urteil grundsätzlich anders zu behandeln sei, ist nicht einsichtig.

3. Rechtsbegehren als Maßstab?

Ob ein Verzicht vorliegt oder nicht, kann nicht durch Vergleich des Rechtsbegehrens mit dem Gerichtsentscheid beurteilt werden. Es könnte in fehlerhafter Weise unrealistisch hoch oder tief (Ausnahme Teilklagen) abgefasst worden sein. Im ersten Fall erscheint auch ein günstiger Gerichtsentscheid als Niederlage und im zweiten Fall ein ungünstiger Entscheid als Sieg. Kann die Klage im zweiten Fall nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts nicht mehr geändert werden, dann stellt sich allerdings die Frage des Verzichtes nicht mehr, ist der Anspruch doch – ausgenommen es liege eine Teilklage vor – abgeurteilt. Es stellt sich nur noch die Frage der Verantwortlichkeit der prozessführenden Partei.

Ob ein Verzicht vorliegt, muss nach der vorgeschlagenen Definition beurteilt werden.

4. Zusammenfassung

Wird ein weiterziehbares Urteil, das nicht den vollen Erfolg bringt, nicht angefochten, so stellt sich die Frage, ob ein Verzicht vorliegt, für den allfälligen *Mehrgewinn* in der höheren Instanz. Entschliesst sich die Masse, unter Berücksichtigung der Prozesschancen in nächster Instanz und unter Einbeziehung von Kosten-Nutzenerwägungen den Entscheid zu akzeptieren, dann liegt kein Verzicht der Masse vor. Eine generelle Annahme, in solchen Fällen sei ein Verzicht ausgeschlossen, ist aber nicht gerechtfertigt.

Eine Pflicht zur Abtretung würde demnach vorliegen, wenn nach eingehender Prüfung in nächster Instanz mit (mittlerer bis) hoher Wahrscheinlichkeit unter Einbezug von Kosten-Nutzenerwägungen für die Masse ein besseres Ergebnis erzielt werden könnte.

D. Verzicht bei ausserprozessualer Geltendmachung des Anspruches

1. Allgemeines

Ein Anspruch kann auch durch Vergleich erledigt werden. Bei Vergleichsabschlüssen ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens spricht man von einem aussergerichtlichen Vergleich. Mit dem gerichtlichen Vergleich kommt ein gerichtliches Verfahren durch Parteivereinbarung zum Abschluss. Dabei handelt es sich um eine Erledigung bei prozessualer Geltendmachung eines Anspruches. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die beiden Vergleichsarten jedoch gleichgesetzt werden *(Schlaepfer,* S. 134). Wo nachfolgend nicht unterschieden wird, sind jeweils beide Arten gemeint.

Im Gegensatz zur prozessualen Geltendmachung eines Anspruches haben sich sowohl die Literatur als auch die Judikatur eingehend mit der Frage des ausserprozessualen Verzichts befasst. Sie stellen sich fast einhellig auf den Standpunkt, dass ein Vergleichsabschluss und ein Verzicht sich ausschliessen.

2. Vergleich und Verzicht

2.1 *Flachsmann* (S. 59 ff.) ist der Meinung, dass bei einem Vergleichsabschluss kein Verzicht der Masse vorliege. Er lässt jenen aber nur unter Vorbehalt der Abtretung an die Gläubiger zu, was im klaren Widerspruch zum Gesetzeswortlaut steht.

Jaeger (Jaeger Carl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, Art. 260, N. 6) hingegen bezeichnet den Vergleichsabschluss gemäss Praxis als Form der Geltendmachung des Anspruchs und schliesst daher die Abtretung an die Gläubiger aus. Er kritisiert allerdings diese Praxis und möchte den Gläubigern (auch in diesem Fall obligatorisch?) die Abtretung ermöglichen. Auch *Götzinger* (Götzinger Fritz, Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und seine Anwendung in der Praxis, in: ZSR 25 (1906), S. 497 ff., S. 518 f.) bedauert die geltende Praxis.

Blumenstein (Blumenstein Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, S. 803), *Favre* (Favre Antoine, Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse, Schweizerische Juristische Kartothek 700, IV) und *Fritzsche* (Fritzsche Hans, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach Schweizerischem Recht, Zweiter Halbband, Zürich 1955, S. 162) akzeptieren, dass ein Vergleichsabschluss keinen Verzicht darstelle. Auch *Amonn* (§ 47 N. 36) scheint derselben Meinung zu sein, wobei er allerdings die Abtretung gegen Bezahlung des Vergleichsangebotes zulassen will (BGE 67 III 39 Erw. 3; vgl. aber BGE 52 III 67/68, 67 III 102, 78 III 138, 170, 86 III 129/130).

Schlaepfer (S. 135 ff.) möchte Vergleichsabschlüsse nur zulassen, wenn die Abtretung nach Art. 260 SchKG ausdrücklich vorbehalten wird. Er begründet dies damit, dass die Masse dadurch ja keinen Schaden erleide. Der Abtretungsgläubiger müsse die Vergleichssumme sicherstellen und übernehme das Prozessrisiko selber. Er werde also nur bei für die Masse krass ungünstigen Vergleichen Abtretung verlangen.

Diese Überlegung ist insofern unrichtig, als dass die Verhandlungsposition der Konkursverwaltung erheblich geschwächt wird, wenn sie mit dem Schuldner den Vergleich nicht definitiv abschliessen kann. Der Schuldner muss auch bei erheblichen Angeboten immer noch mit einem Prozess rechnen (Ziegler A., Abtretung von Rechtsansprüchen im Sinne von Art. 260 SchKG, in: BlSchK 4 (1940) S. 67 ff., S. 78).

Schlaepfer möchte mit seinen Erwägungen vor allem den Abschluss von ungünstigen Vergleichen verhindern. Dieses Ziel wird aber bei Anwendung der hier vorgeschlagenen Verzichtsformel ebenfalls erreicht. Ist das Vergleichsangebot krass ungünstig, dann ist eben auch die Wahrscheinlichkeit entsprechend der Formel gegeben, dass die Masse ein günstigeres Ergebnis erzielen könnte.

Ziegler (S. 78) ist ebenfalls der Meinung, dass Vergleich und Verzicht sich ausschliessen. Da bei für die Masse krass ungünstigen Vergleichen die Gläubiger benachteiligt werden, verlangt er, dass die Konkursverwaltung den Vergleich gar nicht abschliesse, sondern den Anspruch direkt abtrete. In diesen Fällen entsteht aber das Problem, dass ein Abtretungsgläubiger das ungünstige Vergleichsangebot dennoch (zu seinem alleinigen Nutzen) annimmt bzw. mit dem Schuldner neu vereinbart. In diesen Fällen möchte Ziegler die Abtretung nur unter der Bedingung gestatten, dass der Abtretungsgläubiger Vergleichsabschlüsse durch die Konkursverwaltung zu genehmigen habe.

Mit der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise entstehen diese Probleme nicht. Der Vergleich kann im Interesse der Gläubigergesamtheit abgeschlossen werden, muss dann aber unter den erwähnten Voraussetzungen zur Abtretung offeriert werden.

2.2 Auch das *Bundesgericht* befasste sich mehrfach mit dieser Frage. Es stellte sich dabei regelmässig auf den Standpunkt, dass ein Vergleich eine Art der Geltendmachung des Anspruches und damit gerade keinen Verzicht darstelle. Dies schliesse eine Abtretung nach Art. 260 SchKG aus

(BGE 52 III 67, 67 III 39, 67 III 102 f., 75 III 63, 78 III 138, 86 III 129). Ein Verzicht liege nur dann vor, wenn ein Anspruch «kampflos und auch ohne nur die gegnerischen Akten einzusehen und zu prüfen», preisgegeben werde (BGE 86 III 130).

Im Entscheid *BGE 93 III 23 ff.* schränkt das Bundesgericht die Pflicht zur Abtretung noch stärker ein. Danach muss schon dann keine Abtretung erfolgen, wenn der Konkursverwaltung Kaufangebote für den streitigen Anspruch vorliegen, «die anzunehmen sich im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger jedenfalls dann aufdrängt, wenn kein Gläubiger seinerseits ein noch besseres Angebot macht» (BGE 93 III 28). Dieser Entscheid widerspricht – entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes – Art. 79 Abs. 2 KOV, wonach streitige Rechtsansprüche der Masse erst versteigert (bzw. auf dem Weg des Freihandverkaufs veräussert; BGE 58 III 111) werden dürfen, nachdem die Mehrheit der Gläubiger auf deren Geltendmachung verzichtet hat und keine Abtretungsbegehren erfolgt sind. Die unterschiedliche Behandlung der Versteigerung und des Freihandverkaufs im vorliegenden Zusammenhang überzeugt nicht. Liegt nämlich ein gutes Angebot eines Dritten vor, so handelt es sich in vermögensmässiger Hinsicht – was schliesslich auch nach Meinung des Bundesgerichts ausschlaggebend ist – um eine mit der Steigerung vergleichbare Situation. Das Urteil tangiert denn entgegen der Ansicht des Bundesgerichts die Interessen der Gläubiger (vgl. dazu vor allem Schlaepfer, S. 25 f.; Flachsmann S. 27 ff.).

Dieser Entscheid ist auch im Bankenkonkurs nicht gerechtfertigt. Die Forderung war offensichtlich trotz «Überschuldung» des Schuldners der Masse noch lange kein Nonvaleur. Dem risikofreudigen Gläubiger (und der Masse) sind das Abtretungsrecht, das genau für diese Fälle überhaupt geschaffen wurde, entzogen worden.

2.3 Mit einem Vergleich wird ein Streit durch gegenseitige Zugeständnisse endgültig erledigt (Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979, S. 372; BGE 111 II 349). Der dem Vergleich zugrunde liegende Anspruch kann danach prozessual nicht mehr geltend gemacht werden. Auch hier muss die Frage der Abtretungspflicht, bzw. ob ein Verzicht vorliegt, mit der vorgeschlagenen Formel beantwortet werden.

Bei einem Vergleich liegt jedenfalls ein Verzicht nicht automatisch vor, nur weil es seinem Wesen entspricht, Zugeständnisse zu machen. Auch prozessual lassen sich Maximalforderungen nur selten durchsetzen. Zudem sind die Prozesskosten in der Regel beträchtlich höher als die Kosten für einen Vergleichsabschluss, so dass ein Vergleich trotz Zugeständnissen per Saldo von Vorteil sein kann.

Demnach muss ein Vergleichsabschluss nur, aber immer dann zur Abtretung offeriert werden, wenn mit mittlerer bis hoher Wahrscheinlichkeit usw. für die Masse ein besserer Vergleich oder ein besseres prozessuales Ergebnis möglich wäre.

3. Zusammenfassung

Die kategorische Verneinung eines Verzichts bei Vergleichsabschlüssen hält nicht stand. Gemäss der vorgeschlagenen Definition können Vergleiche sehr wohl Teilverzichte beinhalten, die zwingend die Pflicht zur Abtretung auslösen.

E. Schlussfolgerungen

Sicher kommt die in dieser Arbeit vorgeschlagene Definition des Verzichts dem eigentlichen – letztlich wirtschaftlichen – Ziel des Artikels 260 SchKG näher. Dies zeigt auch die *Entstehung und Zielsetzung des Art. 260 SchKG.*

So schreibt *Schlaepfer* (S. 38):

«Vor der Vereinheitlichung der verschiedenen kantonalen Konkursgesetze durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 bestanden bereits in einigen Kantonen Bestimmungen, die dem späteren Art. 260 SchKG inhaltlich sehr nahe kamen. Allen gemeinsam war die Idee, den Gläubigern eine Möglichkeit zu geben, auf eigene Rechnung und Gefahr Ansprüche prozessual zu verfolgen, auf deren Geltendmachung die Konkursmasse verzichtet hat». Weiter schreibt er: «Eigentliches Ziel dieser Bestimmung ist es also, eine optimale Auswertung der zu liquidierenden Konkursmasse zu erreichen» (Schlaepfer, S. 41 und S. 64 ff.).

Schon in der nationalrätlichen Kommission zur Prüfung des Entwurfes vom 23. Februar 1886 stellte ein Herr Bachmann den Antrag, es solle einer Minderheit der Gläubiger gestattet werden, gegen Hinterlegung der Vergleichssumme auf eigene Rechnung einen Prozess führen zu dürfen. Analog müsste die Überlegung für eine prozessual erstrittene Teilsumme sein. Die Regelung wurde aber in der Meinung abgelehnt, dass diese der Praxis überlassen werden sollte. Es wurde dann aber ausdrücklich als Ansicht der Kommission festgehalten, « . . . dass es einer Minderheit stets frei stehe, weitere Risiken zu übernehmen, sobald sie die Mehrheit schadlos hält» (Verhandlungen über den Bundesgesetzentwurf vom 23. Februar 1886. Auszug aus dem Protokoll der Kommission des Nationalrates, Art. 247, Schweizerisches Bundesblatt (BBl), 1887 II S. 336).

Die einseitige und gläubigerunfreundliche Definition des Verzichts durch das Bundesgericht entspricht daher kaum den Intentionen des Gesetzgebers.

Dieser hat die Interessen der Gläubiger eindeutig stärker gewichtet. Diese Gewichtung verdient auch heute noch vollste Zustimmung und hat auch bei geltungszeitlicher Auslegung nichts von ihrer Aktualität verloren.

Die Benachteiligung der Gläubiger im Konkursfall ist enorm. Trotz guter Wirtschaftslage hat die Zahl der Konkurse in der Schweiz von 1977 bis 1987 um mehr als die Hälfte zugenommen. Zirka ein Drittel aller Konkurse wurde mangels Aktiven eingestellt, nur zirka 6 %! wurden im ordentlichen Verfahren durchgeführt, der Rest wurde im summarischen Verfahren erledigt. Die Verluste für die Gläubiger betrugen jährlich gegen Fr. 1 Mia. . Dazu müssten die Verluste bei den mangels Aktiven eingestellten Verfahren addiert werden. Das SchKG hat dies nicht verhindert (vgl. Gilliéron Pierre-Robert, Insolvabilité et insuffisance d'activs des entreprises – Préventions et remèdes, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 62 (1990) S. 89 ff.). Art. 260 SchKG stellt oftmals die einzige Chance für den Gläubiger dar, für seine Forderung über die bescheidene Dividende hinaus Befriedigung zu erfahren. Diese Möglichkeit sollte deshalb nicht restriktiv gehandhabt werden.

Der Entscheid, ob ein Verzicht vorliegt, ist bei Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraussehbarer als nach der hier vorgeschlagenen Formulierung, weil das Bundesgericht bei prozessualer Geltendmachung eines Anspruches einen Verzicht grundsätzlich ablehnt (siehe oben I. Teil C 2.). Dass diese Ansicht zu undifferenziert und daher in dieser Absolution nicht zutreffend ist, wurde bereits ausgeführt.

Demgegenüber kann im Abschluss eines Vergleichs auch nach Meinung des Bundesgerichts (ausnahmsweise) ein Verzicht liegen (siehe oben I. Teil D 2. Ziffer 2). Das alleinige Abstellen auf den Umfang der Prüfung des Anspruches ist jedoch zu eng und berücksichtigt das Wesen des Vergleichs und die Interessen der Konkursgläubiger nur unvollkommen. Zudem ist die Umschreibung der Lausanner Richter nicht erheblich praktikabler als die hier vorgeschlagene Formulierung. Die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls ist unerlässlich.

II. Teil: Zulässigkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG

A. Einleitung

Besteht keine Pflicht zur Abtretung eines Anspruches nach Art. 260 SchKG, so stellt sich die Frage, ob dieser nicht freiwillig zur Abtretung offeriert werden kann.

Der Spielraum für die Beurteilung, ob ein Verzicht vorliege, ist erheblich. Es ist leicht möglich, dass Gläubiger der Ansicht sind, der Anspruch sei durch die Masse nicht optimal verwertet worden. Selbst für die Konkursverwaltung ist es oftmals schwer zu entscheiden, ob sie nicht zumindest teilweise einen Anspruch preisgegeben hat. Sie wird dazu neigen, im Zweifelsfall den Gläubigern die Abtretung des Anspruches anzubieten.

B. Verpflichtung gegenüber dem Schuldner, auf die Abtretung zu verzichten

Die Praxis zeigt, dass der Schuldner in der Regel darauf hin tendiert, sein Vergleichsangebot mindestens so hoch anzusetzen, dass die Masse im Sinne der Formel keinen Verzicht eingeht. Nur dann kann er damit rechnen, dass die Angelegenheit sofort erledigt ist. Der Wunsch, eine Streitigkeit beizulegen, ist denn auch ein treibendes Motiv für den Schuldner, einen Vergleich abzuschliessen. Unter Umständen wird er den Vergleich

sogar nur bedingt abschliessen, und zwar unter der Bedingung, dass keine Abtretungsofferte an die Gläubiger erfolge.

Die Masse kann natürlich nicht gezwungen werden, den Gläubigern die Abtretung nicht trotzdem zu offerieren (vgl. BGE 86 III 126). Stellt der Schuldner den Vergleichsabschluss ausdrücklich (oder stillschweigend) unter die genannte Resolutivbedingung, so fällt sein Vergleichsangebot dahin, wenn die Masse den Anspruch trotzdem zur Abtretung offeriert. Dann können die Abtretungsgläubiger auch nicht mehr zur Sicherstellung der Vergleichssumme angehalten werden.

C. Freiwillige Abtretung

1. Zulässigkeit

In der Praxis wird den Gläubigern ein streitiger Anspruch häufig freiwillig zur Abtretung angeboten. Das Bundesgericht hat dies akzeptiert (BGE 52 III 67, 67 III 100 ff., 78 III 138, 86 III 129 f.). Es geht dabei vom Gedanken aus, dass die Masse den Gläubigern selbstverständlich zusätzliche Rechte, die über die ihnen von Gesetzes wegen zustehenden hinausgehen, einräumen dürfe (vgl. BGE 52 III 67 f.).

In der Literatur äussern sich nur wenige Autoren zu dieser Frage. Bei *Götzinger* (S. 518 f.), *Jaeger* (Art. 260, N. 6), *Schlaepfer* (S. 135 ff.) und Flachsmann (S. 59 ff.) rührt das daher, dass diese Autoren die Abtretungsofferte als Pflicht bezeichnen.

Soweit die Masse sich nicht zum Verzicht auf die Abtretungsofferte verpflichtet hat (s. oben, II. Teil B) oder sich im Vergleich gar ausdrücklich die Abtretung vorbehalten hat – was die vorsichtige Konkursverwaltung insbesondere bei bedeutenden Ansprüchen anstrebt – sollte in der Tat die *freiwillige Abtretung des Anspruchs möglich* sein.

Liegt kein Verzicht vor, so findet Art. 260 SchKG, namentlich dessen Abs. 2 nur *analog* Anwendung. Der Grundgedanke dieser Norm, dass sich Risikobereitschaft bei positivem Ausgang für den Gläubiger auszahlen soll, kann auch ohne Vorliegen eines Verzichts verwirklicht werden. Ob verzichtet wurde, entscheidet sich eben nach objektiven Gesichtspunkten durch Vergleich mit dem aufgrund einer Prognose zu erwartenden Ergebnis. Jeder Gläubiger, der glaubt, der Anspruch sei nicht optimal verwertet worden, erhält die Möglichkeit, auf eigenes Risiko die Verwertung zu optimieren. Durch den Zwang, die Vergleichssumme oder den gerichtlich erstrittenen Betrag sicherstellen zu müssen, geht er allerdings ein erhebliches Risiko ein. (Auf die Frage, ob die Masse daher den Vergleich mit dem Schuldner als einseitig, das heisst in jedem Fall für diesen verbindlich eingehen müsste, soll hier nicht detailliert eingegangen werden. Der Gläubiger hätte in diesem Fall den Vorteil, dass er nach der Abtretung des Anspruches und nach dessen genauer Prüfung den Vergleich auch seinerseits als verbindlich erklären könnte. Er gewinnt somit zumindest die hinterlegte Vergleichssumme wieder zurück und trägt kein Risiko).

Auch wenn die Masse sich gegenüber dem Schuldner die Möglichkeit zur Abtretung ausdrücklich vorbehält, ändert dies nichts daran, dass mangels Verzicht im Sinne von Art. 260 SchKG keine gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung besteht. Eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter, das heisst der Gläubiger, würde diesen gegenüber nur dann bestehen, wenn die vergleichsschliessenden Parteien diesen ein selbständiges Erfüllungsrecht zukommen lassen wollten, was in der Regel aber nicht dem Willen der Parteien entsprechen dürfte. Eine diesbezügliche Übung besteht gleichfalls nicht (Art. 112 Abs. 2 OR).

2. Gläubigerschutz oder Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen?

Die Praxis zeigt, dass unter der Voraussetzung der Einwerfung des Vergleichsbetrages oder der bereits gerichtlich erstrittenen Summe praktisch nie ein Gläubiger die Abtretung verlangt. Dies ist verständlich, wurde der Anspruch doch gemäss der Verzichtsformel bereits durchgesetzt und krass unvorteilhafte Vergleiche oder Prozessausgänge praktisch ausgeschlossen. Zudem ist das Risiko für einen Gläubiger nur schwer abschätzbar.

Die freiwillige Abtretungsofferte ist trotzdem sehr populär. Diese Praxis ist allerdings weniger vom Gläubigerschutzgedanken geleitet, als vielmehr vom Gedanken des Schutzes vor Verantwortlichkeitsansprüchen. Sollte sich nämlich je herausstellen, dass der Vergleich oder ein weiterziehbarer Gerichtsentscheid für die Masse doch unvorteilhaft ausfiel, so wird das verantwortliche Organ den Gläubiger, der sich an ihm schadlos halten will, darauf aufmerksam machen, dass er sich den Anspruch hätte abtreten lassen können (desgleichen Ziegler, S. 77; vgl. auch BGE 114 III 21 ff., wo dies unterlassen wurde).

III. Teil: Zeitpunkt der Abtretung nach Art. 260 SchKG

A. Einleitung

Weder Art. 260 SchKG noch eine andere Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung spricht sich über den Zeitpunkt der Abtretungsofferte aus. Unbestritten ist, dass spätestens ab der zweiten Gläubigerversammlung und damit nach Vorliegen des Kollokationsplanes die Abtretung möglich ist. Hier soll der Frage nachgegangen werden, ob diese auch schon vorher zulässig ist. Die Frage ist von einiger praktischer Relevanz, wird doch die Frist von Art. 247 SchKG, wonach die Konkursverwaltung innerhalb von 20 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist den Kollokationsplan aufzustellen habe, selbst in kleineren Konkursverfahren selten eingehalten. In grösseren Verfahren kann diese Frist gar auf Jahre ausgedehnt werden. Dazu kommt, dass selbst zwischen Konkurseröffnung und Schuldenruf schon Monate verstreichen können. Der Gesetzgeber war sich dessen auch bewusst (Art. 247 Abs. 2 SchKG).

B. Die Voraussetzungen der Abtretung im allgemeinen

Damit der gesetzliche Anspruch des Gläubigers auf Abtretung entsteht, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (an Stelle vieler: Schlaepfer, S. 77 ff.):

- Abtretbarer Rechtsanspruch
- Verzicht der Gläubiger auf Geltendmachung durch die Masse
- Abtretungsbegehren innert Frist
- Gläubigerqualität des Ansprechers
- Keine Aufhebung des Konkurses

Zu welchem Zeitpunkt eine Abtretungsofferte erfolgen kann oder muss hängt demnach davon ab, wie und wann die Gläubiger auf Geltendmachung des Anspruches durch die Masse verzichten können und ob die Gläubigerqualität des Ansprechers vorhanden ist. Diese Voraussetzungen müssen daher hier eingehend geprüft werden.

C. Die Voraussetzungen der Abtretung im einzelnen

1. Verzicht der Gläubiger auf Geltendmachung durch die Masse

Das Recht der Gläubiger, sich einen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten zu lassen, entsteht immer dann, wenn die Masse bzw. das dafür kompetente Organ in gesetzeskonformer Weise auf einen streitigen Anspruch verzichtet. Die Frage der zeitlichen Zulässigkeit der Abtretungsofferte hängt somit eng mit der Verteilung der *Verzichtskompetenz* zusammen.

Bei Beschlüssen der ersten Gläubigerversammlung und bei Beschlüssen vor der Erstellung des Kollokationsplanes durch den Gläubigerausschuss oder auf dem Zirkularweg durch die Gläubigergesamtheit besteht immer die Gefahr, dass dabei Personen mitwirken, die schlussendlich mangels Gläubigereigenschaft gar kein Stimmrecht hätten (BGE 56 III 161). Sofern diese Organe aber im Rahmen ihrer gesetzlichen Kompetenzen Beschlüsse vor Erstellung des Kollokationsplanes fassen können, (vgl. nachfolgend a] und b]) nimmt der Gesetzgeber diese Gefahr bewusst in Kauf.

a) Summarisches Verfahren

Im *summarischen Verfahren* finden in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt und es wird kein Gläubigerausschuss bestellt (Art. 96 lit. a KOV; *Amonn,* § 49 N. 8).

Für die Abtretung streitiger Rechtsansprüche ist ein Gläubigerverzichtsbeschluss – in der Regel durch Zirkular – unabdingbar (BGE 79 III 11). Die Verwertung ist an keine Fristen gebunden, sie erfolgt mit bestmöglicher Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger nach freiem Ermessen (Art. 96 lit. b KOV; *Amonn,* § 50 N. 10). *Die Abtretung nach Art. 260 SchKG ist daher im summarischen Verfahren zweifellos vor Erstellung des Kollokationsplanes möglich.*

Nichts anderes kann aus BGE 79 III 11 abgeleitet werden. Die Abtretung wurde in diesem Entscheid aufgehoben, weil es an einem Verzicht der Masse mangelte. Die Ausführungen, es liege noch kein Kollokationsplan vor, waren nicht entscheidtragend, was schon daraus erhellt, dass sie bloss in Klammern gesetzt wurden. Ein Schluss wurde aus diesem Umstand denn auch nicht gezogen.

Flachsmann (S. 56) scheint für das summarische Verfahren nicht auszuschliessen, dass Abtretungen unter Umständen sogar schon *vor* dem Schuldenruf möglich seien. Unklar ist, wie dabei der notwendige Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit eingeholt werden soll.

Ob eine vorzeitige Abtretung (das heisst vor der zweiten Gläubigerversammlung) auch im ordentlichen Verfahren zulässig ist, soll im folgenden untersucht werden.

b) Ordentliches Verfahren

aa) Zweite Gläubigerversammlung

Art. 260 SchKG knüpft an den Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger auf Geltendmachung von Rechtsansprüchen an. Dies geschieht in der Regel in der zweiten Gläubigerversammlung (bzw. auf dem Zirkularweg) oder auch danach (an Stelle vieler: *Ziegler,* S. 80), da diese nach der Grundkonzeption des Gesetzes über die Verwertung von Konkursaktiven und damit auch über die Geltendmachung von Masseansprüchen entscheidet (Art. 243 Abs. 3, Art. 253 Abs. 2 und Art. 256 SchKG). Daraus wird denn nach herrschender Lehre und in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich folgerichtig geschlossen, dass eine Abtretung nach Art. 260 SchKG in der Regel erst nach Erstellen des Kollokationsplanes möglich ist (*Amonn,* § 47 N. 3 und 7; *Schlaepfer,* S. 80 mit weiteren Verweisen; BGE 113 III 138 Erw. 4). Dies trifft denn, der grundsätzlichen Chronologie und Kompetenzverteilung des Gesetzes folgend, an sich auch zu. Weder Wortlaut noch Sinn von Art. 260 SchKG verlangen aber, dass die zweite Gläubigerversammlung stattgefunden hat, oder dass ein definitiver Kollokationsplan besteht, sondern nur dass die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung des Anspruches verzichtet.

Entsprechend dieser Chronologie wurde Art. 260 SchKG denn auch gesetzessytematisch nach dem Kollokationsverfahren (Art. 244–251 SchKG) bei der «Verwertung» (Art. 252–260 SchKG) eingeordnet. Dieser Aspekt darf aber nicht überbewertet werden. Im Gesetzesentwurf des Bundesrates für das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. Februar 1886 war Art. 256 des Entwurfes (der heutige Art. 260) gesetzessystematisch noch vor dem Kollokationsverfahren eingeordnet (BBl 1886 II S. 156). Daran haben weder die Beratungen in der Kommission des Ständerates noch in derjenigen des Nationalrates etwas geändert (BBl 1886 III S. 605 ff., 1887 II S. 257 ff.).

Erst nach Abschluss der Beratungen hat der Bundesrat bei der endgültigen Abfassung des Gesetzestextes « . . . um eine durchaus chronologische Reihenfolge zu gewinnen . . .» (Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezem-

ber 1888, BBl 1888 IV. S. 1149), die Reihenfolge abgeändert (*Flachsmann*, S. 24 f.). Die systematische Einordnung von Art. 260 SchKG erfolgte jedoch zweifellos zu Recht. Das Institut der Abtretung von Rechtsansprüchen zur Geltendmachung durch die Gläubiger ist von seinem Wesen her eindeutig eine *Massnahme zur Verwertung von Aktiven.*

bb) Art. 243 Abs. 2 SchKG

Die vorzeitige Verwertung ist zulässig für Sachen, welche einer *schnellen Wertverminderung* ausgesetzt sind oder einen *kostspieligen Unterhalt* erfordern (Art. 243 Abs. 2, 1. Halbsatz SchKG). Diese Verwertung wurde vom Gesetzgeber nicht auf nichtstreitige Ansprüche beschränkt (im Gegensatz zu Art. 243 Abs. 1 SchKG). Müsste in diesen Fällen mit der Abtretung bis zur Auflage des Kollokationsplanes zugewartet werden, würde die vorzeitige Verwertung verunmöglicht. Die Abtretung als Teil der Verwertung muss daher vorzeitig möglich sein.

Hier seien einige Beispiele aufgezählt: Streitige Aussonderungsansprüche oder paulianische Ansprüche an Sachen, welche einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, die die Konkursverwaltung bei ersterem nicht bestreiten oder die sie durch Vergleich erledigen will; Geltendmachung einer bestrittenen Forderung gegen einen Schuldner mit sich verschlechternder Bonität usw. (Der Entscheid über die Verwertung bestrittener und dringlich zu verwertender Forderungen, deren Geltendmachung nicht rechtshängig ist, könnte unter Umständen auch der ersten Gläubigerversammlung zustehen. Dies hängt unter anderem davon ab, ob der Terminus «Sachen» in Abs. 2 von Art. 243 SchKG auch Forderungen umfasst. Dazu wird aber hier nicht Stellung genommen.)

Art. 243 Abs. 2 SchKG gilt sowohl für bewegliche Sachen als auch für Grundstücke (Art. 128 VZG; BGE 111 III 78, 96 III 84). Bei der Verwertung solcher Aktiven, namentlich bei Grundstücken, kann es ebenfalls vorkommen, dass auftretende oder hängige Streitigkeiten vergleichsweise oder gerichtlich in einer Weise erledigt werden, die im Sinne der vorgeschlagenen Verzichtsformel einen Teilverzicht der Masse beinhalten und daher zwingend eine Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen.

Ein anderes Beispiel von dringlicher Verwertung liegt vor, wenn es gilt, innerhalb bestimmter, vorgegebener (meist gesetzlicher) Fristen zu handeln. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Konkursmasse mit einem Aktivanspruch in einem anderen Konkurs- (oder Nachlassverfahren) ganz oder teilweise abgewiesen wurde und daher innert 10 Tagen eine Kollokationsklage anzustrengen hat, um der gewünschten Kollokation nicht verlustig zu gehen (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Verzichtet die Mehrheit der Gläubiger (zum Beispiel in der ersten Gläubigerversammlung oder durch den Gläubigerausschuss) – nach vorsorglicher Klageanhebung durch die Konkursverwaltung – auf die Fortführung des Kollokationsprozesses, so muss auch diesfalls *sofort* den Gläubigern Abtretung gemäss Art. 260 SchKG angeboten werden, ansonsten alle Drittverfahren auf eventuell längere Zeit blockiert würden. In grossen Konkursverfahren, wenn ganze Konzerne in Konkurs fallen, würde dies heissen, dass alle Verfahren blockiert sind, bis für die letzte Konzerngesellschaft die zweite Gläubigerversammlung stattgefunden hat.

cc) Art. 238/207 SchKG

In dringlichen Fällen kann die *erste Gläubigerversammlung* Entscheide treffen, die an sich der zweiten Gläubigerversammlung vorbehalten sind. Dies gilt insbesondere für die Fortsetzung schwebender (dringlicher) Prozesse (Art. 238 Abs. 1 und Art. 207 Abs. 1 SchKG; ZR 88 (1989) Nr. 92 Erw. d; *Schlaepfer,* S. 5, Anm. 15 und 16; *Blumenstein,* S. 721). Verzichtet nun die erste Gläubigerversammlung auf die Fortführung solcher Prozesse, so ist wiederum den einzelnen Gläubigern die Abtretung nach Art. 260 SchKG anzubieten (*Amonn,* § 41 N. 16), und zwar sofort, da es um dringliche Prozesse geht. Der Anspruch würde sonst rechtlich oder wirtschaftlich entwertet oder ganz verfallen.

In BGE 45 III 219 verneinte das Bundesgericht die Zulässigkeit der Abtretung eines Anspruches durch die erste Gläubigerversammlung. Die Verwertung des Anspruches war in casu aber nicht dringlich.

dd) Art. 237 Abs. 3 SchKG

Einen grossen Bereich vorzeitiger Handlungsmöglichkeiten sieht das Gesetz bei *Einsetzung eines Gläubigerausschusses* vor (Art. 237 Abs. 3 SchKG). Diesem kann namentlich die Ermächtigung zur Führung von Prozessen sowie zum Abschluss von Vergleichen und Schiedsverträgen übertragen werden (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG), und zwar auch in Fällen ohne Dringlichkeit. Gerade diese Möglichkeit ist in umfangreicheren Konkursverfahren ein wichtiges Instrument, um der Konkursmasse zum Beispiel zur Weiterführung des Verfahrens notwendige finanzielle Mittel zuzuführen. Schliesst nun der Gläubigerausschuss einen Vergleich ab, oder begnügt er sich mit einem Urteil, das nur einen Teilerfolg bedeutet und das weiterziehbar ist, so muss die Abtretung nach Art. 260 SchKG den Gläubigern angeboten werden, sofern ein Verzicht vorliegt (BGE 67 III 101, 103 III 25 f.; siehe oben I. Teil).

Die genannten Kompetenzen des Gläubigerausschusses sind in Art. 237 SchKG festgehalten und werden auch durch Art. 243 SchKG nicht eingeschränkt. Dieser Artikel richtet sich nämlich an die Konkursverwaltung und gilt für diese unabhängig davon, ob ein Gläubigerausschuss bestellt wird oder nicht. Die Kompetenzen des Gläubigerausschusses sind im Rahmen von Art. 237 SchKG unbeschränkt. Insbesondere wird nicht Dringlichkeit der in dessen Kompetenz fallenden Geschäfte verlangt. Der Gläubigerausschuss kann endgültige Entscheidungen fällen und darf Verzichte eingehen (vgl. auch Art. 66 Abs. 3 KOV; BGE 114 III 21 ff.). Seine Befugnisse sind umfassend und enthalten auch Befugnisse, die ordentlicherweise einem anderen Organ zuständen (vgl. oben aa) – cc); vgl. auch BGE 103 III 25 bezüglich der Erledigung von Prozessen gemäss Art. 207 SchKG).

ee) Zirkularbeschlüsse und ausserordentliche Gläubigerversammlungen

Könnten die Aktiven ebenfalls vor der zweiten Gläubigerversammlung und vor Vorliegen des Kollokationsplanes verwertet und damit auch abgetreten werden, wenn diese Beschlüsse von der Konkursverwaltung auf dem Zirkularweg oder durch die Einberufung ausserordentlicher Gläubigerversammlungen erwirkt werden?

Diese Frage ist unseres Erachtens zu verneinen. Die Möglichkeiten der vorzeitigen Verwertung sind im Gesetz *abschliessend* geregelt. Regel bleibt, dass die Verwertungen nach der zweiten Gläubigerversammlung stattfinden (vgl. auch BGE 56 III 158).

ff) Folgerungen

Sowohl die Konkursverwaltung, die erste Gläubigerversammlung als auch der Gläubigerausschuss haben unter bestimmten Voraussetzungen die Kompetenz, vor Erstellung des Kollokationsplanes Ansprüche der Masse geltend zu machen bzw. auf deren Geltendmachung zu verzichten.

Diese Kompetenzverschiebung von der zweiten Gläubigerversammlung auf die genannten Konkursorgane soll den Handlungsspielraum im oft lange dauernden Konkursverfahren erhöhen, indem Verwertungshandlungen schon vor Auflage des Kollokationsplanes und damit vor der zweiten Gläubigerversammlung zulässig sind. Dieser klaren Zweckbestimmung des Gesetzgebers würde es jedoch entgegenlaufen, wenn solche Handlungen, die, wie aufgezeigt, allesamt eine Abtretung nach Art. 260 SchKG nach sich ziehen können, nicht zu Ende geführt werden könnten, weil eine Abtretung frühestens nach Erstellung des Kollokationsplanes erlaubt sein soll.

Eine der *Systematik des Gesetzes* und dem *Telos* dieser Regelung Rechnung tragende Auslegung kann daher nur zum Ergebnis führen, dass bei allen im Gesetz vorgesehenen vorzeitigen Entscheiden über die Geltendmachung von Ansprüchen, ein Angebot nach Art. 260 SchKG unabhängig vom Bestehen eines Kollokationsplanes erfolgen kann, ja zulässig sein muss. Eine andere Auslegung hiesse, die Konsequenzen aus der klaren Absicht des Gesetzgebers, frühzeitig handeln zu können, nicht zu ziehen und seinen Willen zu missachten. Die vorzeitige Abtretung liegt zweifellos im Interesse der Gläubiger.

Inwiefern das Erfordernis der Gläubigerqualität durch diese Lösung verletzt wird, bleibt nachfolgend zu prüfen.

2. Gläubigerqualität des Ansprechers

a) Allgemeines

Grundsätzlich ist jeder Konkursgläubiger berechtigt, die Abtretung zu verlangen (an Stelle vieler: *Schlaepfer,* S. 87). Dies ergibt sich aus dem Sinn und Wortlaut von Art. 260 SchKG. Die genannte Bestimmung bezweckt, Ansprüche, deren Geltendmachung der Gesamtheit der Gläubiger als nicht vorteilhaft erscheint, einzelnen Gläubigern zur Durchsetzung abzutreten, unter Gewährung eines Vorrechts des prozessführenden Gläubigers auf das Prozessergebnis. Das Vermögen der Masse und daher auch das Recht aus der Abtretung auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Prozessergebnis soll daher nur wirklichen Konkursgläubigern zugute kommen (*Flachsmann,* S. 63; BGE 100 III 30). Dritte kommen erst später zum Zug (Art. 79 Abs. 2 KOV).

Unbestritten ist, dass erst nach Eintritt der Rechtskraft des Kollokationsplanes feststeht, wer definitiv Gläubigereigenschaft besitzt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Abtretung davon abhängig gemacht werden soll oder muss, ob die Gläubigereigenschaft im Zeitpunkt der Abtretung definitiv oder provisorisch ist (provisorisch ist sie spätestens dann, wenn die Forderungseingabe erfolgt).

b) Gläubigerqualität

1. Weder Art. 260 SchKG noch eine andere Gesetzesbestimmung gibt Hinweise darauf, welcher Art die Gläubigerqualität sein müsse. Überhaupt spricht das SchKG ausschliesslich vom «Gläubiger» schlechthin und unterscheidet nirgends zwischen provisorischen und definitiven Gläubigern.

Eine ganze Reihe von Rechten im SchKG stehen allen «Gläubigern» zu, zum Beispiel das Recht, die eigene Forderung im Konkurs geltend zu machen, an der ersten Gläubigerversammlung oder bei Zirkularbeschlüssen das Stimmrecht auszuüben, und/oder in den Gläubigerausschuss gewählt zu werden (a.M. *Jaeger,* Art. 237 N. 8, der verlangt, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses unzweifelhaft Gläubiger seien. Unklar ist, ob *Jaeger* «unzweifelhaft» nur auf die Anforderungen an die Gläubigerqualität entsprechend Art. 235 Abs. 2 SchKG bezieht), als Gläubigerausschuss sämtliche Rechte gemäss Art. 237 SchKG auszuüben, bei Freihandverkäufen höhere Angebote zu unterbreiten (BGE 101 III 56, 82 III 62), oder Beschwerde zu führen (Art. 17 ff. SchKG).

Nichts spricht dagegen, einem provisorischen Gläubiger in den erwähnten, gesetzlich vorgesehenen Fällen vorzeitigen Verzichts auf streitige Ansprüche (oben III c) die Abtretung nach Art. 260 SchKG zu ermöglichen.

2. Sichergestellt werden muss einzig (gleich wie im summarischen Verfahren), dass der allfällige Prozessgewinn einem definitiven Gläubiger zukommt. Daraus erhellt, dass die Voraussetzung der «Gläubigerqualität des Ansprechers» (s. oben, III B) nicht präzise genug formuliert ist. Zu verlangen ist, *dass der Prozessgewinn nur einem definitiven Gläubiger zukommt;* das entspricht dem eigentlichen Sinn von Art. 260 SchKG. Dieses Ziel wird aber auch bei beschränkter Zulassung einer vorzeitigen Abtretung erreicht und gewahrt.

Unbestritten (zweifelnd Blumenstein, S. 804 Anm. 30) ist, dass die Abtretung nach Art. 260 SchKG bedingt (*Götzinger,* S. 503; *Favre,* III; *Amonn,* § 47 N. 40) oder vollgültig (*Jaeger,* Art. 260 N. 1; *Flachsmann,*

S. 63; wohl auch *Schlaepfer,* S. 60, 87 f., 163) an einen nicht rechtskräftig kollozierten Gläubiger nach Auflage des Kollokationsplans erfolgen kann.

BGE 48 III 91 zählt diverse Gründe für die Zulässigkeit der Abtretung an einen solchen Gläubiger auf. Schon BGE 43 III 76 Erw. c hält fest, dass für die Legitimation zur Abtretung die Aufnahme im Kollokationsplan genügt. Somit würde es unseres Erachtens ausreichen, wenn ein Gläubiger seine Forderung im Konkurs auch nur eingegeben hat, denn dann ist er zwingend in den Kollokationsplan aufzunehmen (Art. 232 und 248 SchKG) und daher zur Stellung von Abtretungsbegehren befugt (vgl. auch ZR 84 Nr. 94).

3. Die Abtretung an einen nicht definitiv kollozierten Gläubiger kann also erfolgen, wenn der Gläubiger von der Konkursverwaltung abgewiesen wurde und dieser fristgerecht Kollokationsklage angehoben hat, oder wenn er zwar zugelassen wurde, aber von einem anderen Gläubiger eine Kollokationsklage auf dessen vollständige Abweisung angestrengt wurde. Diese bereits heute anerkannte Ausnahme ist nicht anders zu behandeln, als die hier erwähnten Fälle. Namentlich kommt dem Gläubiger, der sich bereits in einem Kollokationsprozess befindet, keine bessere Gläubigerqualität zu, als einem Gläubiger, über dessen Kollokation mangels Kollokationsplan noch gar nicht entschieden wurde. Im Gegenteil lässt sich wohl mit Fug behaupten, dass derjenige, der seine Zulassung im Kollokationsplan erst noch gerichtlich erstreiten muss, keinesfalls grössere Chancen hat, rechtskräftig kolloziert zu werden, als ein (noch) nicht abgewiesener Gläubiger, der später vielleicht oppositionslos kolloziert wird (argumentum a fortiori).

Es rechtfertigt sich deshalb, die Abtretung auch an einen provisorischen Gläubiger zuzulassen. Er ist gleich – jedenfalls nicht schlechter – zu behandeln wie der Gläubiger im hängigen Kollokationsprozess. Die gleiche Situation stellt sich übrigens auch im summarischen Verfahren, wo Abtretungen ebenfalls vor Erstellen des Kollokationsplans zulässig sind (s. oben III. C 1. a). Nochmals zu betonen ist, dass diese Regelung im ordentlichen Verfahren nur in denjenigen Fällen gilt, wo nach der gesetzlichen Ordnung ein Verzichtsbeschluss des zuständigen Organs überhaupt vorzeitig zulässig ist. Als Grundsatz bleibt es dabei, dass die zweite Gläubigerversammlung die Kompetenz hat, auf streitige Ansprüche zu verzichten, womit die Abtretung solcher Ansprüche auch erst danach, somit nach Erstellen des Kollokationsplans, zulässig ist (vgl. oben, III C 1. b).

4. An dieser Stelle sei auf zwei Bundesgerichtsentscheide hingewiesen:

In *BGE 102 III 78* offerierte der Konkursbeamte in einem summarischen Konkursverfahren den Gläubigern verschiedene Ansprüche zur Abtretung, *ohne* dass ein *Kollokationsplan* erstellt worden wäre. Diese Abtretungsofferten wurden vom Bundesgericht aufgehoben, weil der Konkursrichter schon vorher das Konkursverfahren gestützt auf Art. 230 Abs. 1 SchKG eingestellt hatte. Ausserdem hatte der Konkursbeamte keine Verzichtserklärung der Gläubigergesamtheit eingeholt. Das Bundesgericht hält aber fest, dass die Abtretungsgläubiger den erforderlichen Kostenvorschuss für die Durchführung des Verfahrens leisten könnten und dass nach dem Verzichtsbeschluss der Masse die Abtretung auch ohne Kollokationsplan (wenn auch nicht endgültig) vorgenommen werden könnte (S. 83).

In *BGE 103 III 21* schloss die Konkursverwaltung in einem ordentlichen Konkursverfahren mit Genehmigung des Gläubigerausschusses einen Vergleich ab. Mit Zirkular wurden die Gläubiger zur Genehmigung des Vergleiches und zur Stellung von Abtretungsbegehren aufgefordert. Der Kollokationsplan wurde erst sechs Monate später erstmals aufgelegt, was aus dem gerafften Sachverhalt des Entscheides leider nur unvollkommen ersichtlich ist. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht nicht beanstandet. Es hält vielmehr ausdrücklich fest, der Vergleich sei den Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung angeboten worden (S. 25/26).

5. Nur nebenbei soll erwähnt werden, dass sich die Frage der Abtretung nach Art. 260 SchKG an einen nicht definitiv kollozierten Gläubiger nicht nur im bereits anerkannten Falle der Hängigkeit einer Kollokationsklage stellt. Wenn zum Beispiel Liegenschaften vorzeitig verwertet werden müssen (Art. 128 VZG), was in der Regel nur mit einem rechtskräftigen Lastenverzeichnis möglich ist, werden allfällige Pfandausfallforderungen sofort rechtskräftig in die 5. Konkursklasse verwiesen. Diese Gläubiger sind definitiv kolloziert, für andere Gläubiger in demselben Konkurs, deren Forderungen nicht pfandgesichert sind (oder eventuell auf einer andern Liegenschaft pfandgesichert sind), wurde noch nicht einmal der Kollokationsplan aufgelegt. Um nicht zwei Klassen von Gläubigern zu schaffen, müsste in diesen Fällen den provisorischen Gläubigern wohl die Legitimation zur Abtretung zugesprochen werden, wie sie unbestrittenermassen den kollozierten Gläubigern zukommt.

6. Die Abtretung an einen nur provisorischen Gläubiger wirkt nur *resolutiv bedingt,* das heisst sie ist an die Bedingung der Bestätigung seiner Gläubigerqualität gebunden. Das erteilte Prozessführungsrecht ist ein eigentliches Nebenrecht der Konkursforderung im Sinne von Art. 170 OR. Es fällt daher dahin, wenn rechtskräftig feststeht, dass keine Konkursforderung besteht (BGE 109 III 29 mit weiteren Hinweisen). Der Abtretungsgläubiger, der seiner grundsätzlichen Kollokation nicht sicher ist (die bloss betragsmässige Herabsetzung ist rechtlich unerheblich), wird daher, um unnötige Kosten zu vermeiden, gut daran tun, einen Prozess noch nicht anzuheben bzw. um dessen Sistierung zu ersuchen, bis seine definitive Gläubigereigenschaft feststeht (*Flachsmann,* S. 64; *Favre,* III; *Schlaepfer,* S. 88). Eine zwingende Sistierung von Amtes wegen ist jedoch – anders lautende Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessgesetze vorbehalten – unseres Erachtens nicht erforderlich. Dies gilt namentlich für die Fortführung dringlicher Prozesse.

Der Richter hat sich mit der Abtretungsurkunde der Konkursverwaltung zu begnügen. Er ist nicht befugt, diese auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfen und hat diese als rechtsgenügenden Legitimationsausweis des Ab-

tretungsgläubigers zu akzeptieren, solange diese nicht aufgehoben oder widerrufen wurde (BGE 113 III 22).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zur Stellung eines Abtretungsbegehrens die provisorische Gläubigereigenschaft genügt. Sicherzustellen ist, dass ein allfälliger Prozessgewinn nur einem definitiven Gläubiger zukommt.

c) Definitive Wegweisung

Wird der Gläubiger nachträglich rechtskräftig kolloziert, so stellen sich keine Probleme; die Abtretung ist unbedingt geworden und voll wirksam.

Wird er rechtskräftig nicht kolloziert, so erlischt das Prozessführungsrecht des Abtretungsgläubigers, ein allfällig erstrittener Prozessgewinn geht an die Masse (vgl. *Flachsmann,* S. 64 ff.). Dem Gläubiger müssten diesfalls die Prozesskosten erstattet werden (zum Beispiel auf der Grundlage von Art. 260 Abs. 2 SchKG analog, eventuell Art. 402 OR oder zum Beispiel nach Art. 422 OR).

Wird er durch Klage eines anderen Gläubigers aus dem Kollokationsplan weggewiesen, so gehört der bereits erzielte Prozessgewinn aus der Abtretung wohl nicht zum Prozessgewinn des Kollokationsklägers gemäss Art. 250 Abs. 3 SchKG (vgl. aber BGE 114 III 117). Auf diese Frage soll aber hier nicht weiter eingegangen werden.

Ist eine Klage über den abgetretenen Anspruch noch nicht rechtshängig, so fällt die Abtretung mit dessen Widerruf infolge rechtskräftiger Abweisung des Abtretungsgläubigers im Kollokationsplan dahin. Auch wenn die Klage schon rechtshängig ist, hat die Masse keinerlei Nachteile. Sie kann (sofern der betreffende Gläubiger allein die Abtretung verlangt hat) den Anspruch selber weiterverfolgen oder erneut zur Abtretung anbieten. Der Anspruch stand ja unbestrittenermassen auch nach der Abtretung immer der Masse zu (*Schlaepfer,* S. 48 f. und S. 61, analog beim Verzicht auf die Konkursforderung, S. 162 Ziffer 1; *Götzinger,* S. 506 und 519 f.; *Frey Jakob,* Der Prozessgewinn nach schweizerischem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, BlSchK 11 (1947) S. 33 ff., S. 42 f.). Wie weit ein solcher Parteiwechsel prozessual möglich ist, hängt von den entsprechenden Voraussetzungen in den diversen kantonalen Zivilprozessordnungen ab. Ist ein Parteiwechsel ausgeschlossen, so wird auf die Klage nach Widerruf der Abtretungsverfügung mangels Prozessführungsrecht des Klägers nicht eingetreten bzw. diese von der Hand gewiesen. Da es sich dabei um ein Prozessurteil handelt, das keine materielle Rechtskraft erlangen kann, steht es dem neuen Kläger offen, die Klage nun in seinem Namen zu führen. Bei Zulässigkeit des Parteiwechsels hätte der wegfallende Gläubiger den Vorteil, dass im Falle eines Erfolges seine Prozesskosten aufgrund der obenerwähnten Rechtsgrundlagen zurückerstattet werden könnten.

d) Nachteile der Beteiligten

1. Abschliessend ist zu prüfen, ob die gefundene Lösung nicht berechtigte Interessen der Beteiligten ungebührlich tangiert. Die Nachteile des erst *provisorischen Gläubigers,* der die Abtretung verlangt, wurden bereits kurz angetönt. Für ihn gilt grundsätzlich dasselbe, wie für den Gläubiger, der noch einen Kollokationsprozess auszufechten hat. Beide haben nicht nur die Chancen im Abtretungsprozess, sondern auch jene des Kollokationsprozesses bzw. die Chance, dass es überhaupt soweit kommt, abzuschätzen (ZR 84 Nr. 94).

Dieses doppelte Risiko darf nicht unterschätzt werden. Namentlich ist es möglich, dass ein Gläubiger auf eine Abtretung verzichtet, weil er zuerst Klarheit über seine Kollokation haben will. Dieser Ungewissheit ist der Gläubiger jedoch auch bei einem hängigen Kollokationsprozess, der unter Umständen längere Zeit dauern kann, ausgesetzt. Ohne die bestehende Unsicherheit zu verkennen, ist allerdings festzuhalten, dass eine Ungleichbehandlung des mangels eines Kollokationsplanes noch nicht kollozierten Gläubigers mit demjenigen, der schon im Kollokationsprozess ist, nicht gerechtfertigt ist. Was diesem zuzumuten ist, kann auch der andere hinnehmen.

Anzufügen bleibt, dass sobald sich ein Gläubiger zur Stellung eines Abtretungsbegehrens entschlossen hat, sein Risiko betreffend den Abtretungsprozess unabhängig von seiner Gläubigereigenschaft ist. Ob Gläubiger oder nicht, trägt er in jedem Fall die entstehenden Kosten bei ungünstigem Prozessausgang. Bei günstigem Prozessausgang erhält er die Prozesskostenentschädigung in jedem Fall.

Ob er auch seine Konkursforderung decken kann, hängt nicht vom Ausgang dieses Prozesses, sondern vom Ausgang des Kollokationsprozesses ab.

Nicht vergessen werden darf, dass die Gläubiger die Rechtsgrundlagen ihrer Gläubigereigenschaft kennen und oft mit grosser Sicherheit mit einer definitiven Kollokation rechnen können, zumal die Konkursverwaltung Konkursforderungen bei nur oberflächlicher Prüfung nicht abweisen darf (BGE 96 III 107 Erw. 2).

2. Dem *Prozessgegner* des Abtretungsgläubigers können insofern Nachteile erwachsen, als er sich eventuell einem zweiten Prozess ausgesetzt sieht, wenn sein Gegner im hängigen Prozess aufgrund rechtskräftiger Nichtkollokation ausscheidet, ohne dass ein Parteiwechsel zulässig ist. Diese Gefahr kann er allerdings selbst wesentlich vermindern, da der Parteiwechsel in den meisten Prozessordnungen mit Zustimmung der Gegenpartei in weitem Umfang möglich ist. Ansonsten erleidet er keinen Nachteil. Er geniesst insbesondere keine «Schonfrist» bis zur Auflage des Kollokationsplanes.

3. Die *Interessen der Masse* werden durch die vorgeschlagene Lösung nicht tangiert, im Gegenteil. Je früher ein Anspruch geltend gemacht wird, desto eher kann mit einem Verwertungserlös gerechnet werden. Dies

gilt im besonderen beim Abschluss von Vergleichen und bei der prozessualen Geltendmachung von Masseansprüchen. Durch die vorgeschlagene Lösung verbessert sich vor allem die Position des zuständigen Konkursorgans bei Vergleichsverhandlungen. Wenn der Vergleichsgegner baldige Gewissheit über die beidseitige Verbindlichkeit des Vergleichs hat, wird er viel eher vergleichsbereit sein, als wenn er auf längere Zeit nicht mit dem Vollzug rechnen kann.

Nachteilig könnte sich für die Masse die Zurückhaltung der provisorischen Gläubiger, die Abtretung zu verlangen, auswirken. Dieser Nachteil konkretisiert sich allerdings nur dann, wenn gar kein Gläubiger die Abtretung verlangt. Findet sich kein Gläubiger, so wird der Anspruch versteigert oder auf dem Weg des Freihandverkaufs veräussert (Art. 79 Abs. 2 KOV; BGE 58 III 111 Erw. 3). Solange dies nicht geschehen ist, steht es der Konkursverwaltung frei, erneut Abtretung zu offerieren. Insgesamt werden die Interessen der Masse daher sicher gefördert.

Es zeigt sich, dass die Interessenlage aller Beteiligten eine in beschränktem Umfang zulässige vorzeitige Abtretung streitiger Masseansprüche nach Art. 260 SchKG erlaubt.