



Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger

Die Entzauberung der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft

FRANCO LORANDI*

Verlangen mehrere Konkursgläubiger die Abtretung eines Rechtsanspruches gemäss Art. 260 SchKG, so bilden sie nach der Rechtsprechung eine bedingt notwendige Streitgenossenschaft. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist in Lehre und Rechtsprechung unklar. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind teilweise widersprüchlich, wobei (soweit ersichtlich) die jeweiligen Ausführungen des Bundesgerichts nicht entscheidungstragend waren. Die Besonderheit einer Abtretung nach Art. 260 SchKG ist, dass jeder Gläubiger jederzeit «aussteigen» kann. Diese Besonderheit wirkt sich unmittelbar auf die spezielle Kategorie der notwendigen Streitgenossenschaft aus. Der Aufsatz zeigt, wie sich diese besondere Art der Streitgenossenschaft einfach in das bestehende zivilprozessuale Regime einordnen lässt.

Lorsqu'une pluralité de créanciers exigent la cession d'une créance au sens de l'art. 260 LP, ils forment, d'après la jurisprudence, une consorité nécessaire improprement dite. Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne parviennent à expliquer clairement ce que cela signifie en détail. Les déclarations du Tribunal fédéral sont en partie contradictoires, les déclarations respectives du Tribunal fédéral n'étant (pour autant que l'on puisse en juger) pas déterminantes dans les cas d'espèce. La particularité d'une cession au sens de l'art. 260 LP réside dans le fait que chaque créancier peut «sortir» à tout moment. Cette particularité a un impact direct sur la catégorie spéciale de la consorité nécessaire. L'article montre comment ce type particulier de consorité peut être facilement intégré dans le régime de procédure civile existant.

Inhaltsübersicht

- I. Die Fragestellung
- II. Die Grundlagen
- III. Die bedingt notwendige Streitgenossenschaft
 - A. Die Prämissen
 - B. Die Umsetzung der Prämissen
 1. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 2. Die Entzauberung der «SchKG 260»-Streitgenossenschaft
 3. Zulässigkeit von Vergleichen einzelner Abtretungsgläubiger
 4. Beschränkte Kompetenzen des Konkursamtes

I. Die Fragestellung

Wenn mehrere Konkursgläubiger eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangen, so bilden sie eine Gemeinschaft – eine sog. bedingt notwendige Streitgenossenschaft.¹ Was dies im Einzelnen bzw. in der Praxis für die konkrete Vorgehensweise bedeutet, ist weitgehend unklar bzw. umstritten.² Nach der hier vertretenen Auffassung

lässt sich diese Sonderform der Streitgenossenschaft relativ einfach in das bestehende System einordnen (und damit entzaubern).

II. Die Grundlagen

Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein Akt der Verwertung.³ Sie ist die Alternative zur Versteigerung und zum Freihandverkauf und gilt als ein *vollstreckungsrechtliches Institut sui generis*.⁴ Sie findet in der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) Anwendung (Art. 260, Art. 325 SchKG) und kann strittige (oder sonst schwer einbringliche) Forderungen oder Verteidigungsrechte (etwa in Bezug auf Aussonderungsansprüche Dritter; Art. 47 ff. KOV) zum Gegenstand haben.

Der Abtretungsgläubiger agiert im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr, aber aus fremdem

* FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich.

¹ Zu den unterschiedlichen Bezeichnungen vgl. III.

² Vgl. dazu 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, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, 195 ff.; FRANCO LORANDI, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Nicolas Jeandin et al. (Hrsg.), Sviluppo e orientamenti del diritto esecutivo federale, Basel 2012, 63 ff., 86 f.

³ ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 790, 799, 807; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 47 N 14, N 27, N 30.

⁴ AMONN/WALTHER (FN 3), § 47 N 33; OSKAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. A., Bern 2010, Kap. 5 N 40; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. A., Basel 2012, N 2049; BGE 113 III 135 E. 3; 109 III 27 E. 1a m.w.H.; BGer, 5A_879/2017, 13.12.2017, E. 3.1; ZR 1996, Nr. 56, 171. Vgl. auch BGer, 4A_215/2009, 6.8.2009, E. 3.2 in Bezug auf Art. 131 Abs. 2 SchKG, dessen Institut der Spezialexécution der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG entspricht.

Recht;⁵ nämlich aus dem Recht der Masse.⁶ Der abgetretene Anspruch steht materiellrechtlich nach wie vor der Masse zu.⁷

Es handelt es sich nicht um eine Zession im Sinne des Zivilrechts (Art. 164 OR).⁸ Übertragen wird nicht der materiellrechtliche Anspruch, sondern nur das *Prozessführungsrecht*.⁹ Zivilprozessual liegt ein Fall der *Prozessstandschaft* vor.¹⁰

⁵ AMONN/WALTHER (FN 3), § 47 N 34, N 54; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 41, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Commentaire Romand, Basel 2005; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, Art. 260 LP N 8; BGE 139 III 391 E. 5.1; 138 III 628 E. 5.3.2; 132 III 342 E. 2.2; 122 III 488 E. 3b; BGer, 4C.273/2004, 25.8.2005, E. 3.1; 5C.242/2004, 7.4.2005, E. 3.1; 5C.140/2003, 23.2.2004, E. 3.2.

⁶ AMONN/WALTHER (FN 3), § 47 N 33, N 55; FRANCO LORANDI, Besprechung von BGE 121 III 488 ff., AJP 1996, 1302 ff.; LEUENBERGER (FN 2), 196.

⁷ BGE 139 III 504 E. 3.4; 139 III 391 E. 5.1; 139 III 384 E. 2.2.2; 138 III 628 E. 5.3.2; 132 III 342 E. 2.2; 121 III 488 E. 2a, E. 2b; BGer, 4C.312/2005, 10.1.2006, E. 2.2; 4C.273/2004, 25.8.2005, E. 3.1; 4C.263/2004, 23.5.2005, E. 1.1; ZR 1996, Nr. 56, 171. Der Drittschuldner kann sich deshalb nach wie vor durch Leistung an die Masse befreien (AMONN/WALTHER [FN 3], § 47 N 55).

⁸ HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, 2. A., Zürich 1967–68, § 51 N 21; BGE 122 III 176 E. 6f.

⁹ AMONN/WALTHER (FN 3), § 47 N 34, N 54; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260 N 4, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, Art. 159–352, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Verfasser); RALF C. SCHLÄPFER, *Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs*, Diss. Zürich, Zürich 1990, 49; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. A., Zürich 1997/99, Bd. II, Art. 260 SchKG N 9; GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 LP N 15; BGE 139 III 504 E. 3.4; 139 III 391 E. 5.1; 139 III 384 E. 2.2.2; 138 III 628 E. 5.3.2; 132 III 564 E. 3.2.2; 122 III 176 E. 6f; 122 III 488 E. 3b; 121 III 488 E. 2b; BGer, 4A_215/2009, 6.8.2009, E. 3.2; 4C.273/2004, 25.8.2005, E. 3.1; 5C.140/2003, 23.2.2004, E. 3.2.

¹⁰ VOGEL/SPÜHLER (FN 4), Kap. 5 N 40; LEUENBERGER (FN 2), 195 f.; GILLIÉRON (FN 5), Art. 260 LP N 22; KUKO SchKG-BÜRGI, Art. 260 N 2, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014; BGE 139 III 504 E. 3.4; 139 III 391 E. 5.1; 139 III 384 E. 2.2.2; 132 III 342 E. 2.2; 121 III 488 E. 2b; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.2; 5A_879/2017, 13.12.2017, E. 3.1; 4A_446/2009, 8.12.2009, E. 2.4; 4C.312/2005, 10.1.2006, E. 2.2; 5C.140/2003, 23.2.2004, E. 3.2; ZR 1996, Nr. 56, 171. Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO). Fehlt es an dieser, dann tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (BGE 121 III 488 E. 2e).

III. Die bedingt notwendige Streitgenossenschaft

Da jeder Gläubiger die Abtretung verlangen kann, kann die Abtretung desselben Anspruchs (bzw. desselben Verteidigungsanspruchs) auch an mehrere Abtretungsgläubiger erfolgen. Jeder Gläubiger erhält eine Abtretungsverfügung, womit eine Mehrzahl von Abtretungsgläubigern gegeben ist.

Mehrere Abtretungsgläubiger (in Bezug auf den gleichen Anspruch) gelten bei gerichtlicher Geltendmachung als *uneigentlich*¹¹ oder *bedingt notwendige*¹² *Streitgenossenschaft*¹³ bzw. als eine *notwendige Streitgenossenschaft sui generis*.¹⁴

Schon die sprachlichen Neuschöpfungen (und deren Vielfalt) offenbaren, dass eine Einordnung schwerfällt. Das SchKG schafft eine eigene Kategorie von Streitgenossenschaft, welche zwischen den beiden klassischen zivilprozessualen Instituten der einfachen (Art. 71 ZPO) und der notwendigen Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) steht. Die grössere Nähe besteht (wie die Namensgebung

¹¹ FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 51 Fn 75; WALTHER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. A., Basel 1990, N 284; BSK SchKG II-BERTI (FN 9), Art. 260 N 57; ISAAK MEIER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010, 171; BGE 138 III 628 E. 5.3.2; 136 III 534 E. 2.1; 121 III 488 E. 2c; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 5P.204/2004, 11.8.2004, E. 5.3; 4C.263/2004, 23.5.2005, E. 1.1 (nicht abgedruckt in BGE 132 III 222).

¹² MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, *La consorité en procédure civile*, Diss. Neuenburg, Neuenburg 1993, 372; ZR 1990, Nr. 68.

¹³ BGE 121 III 488 E. 2; BGer, 4C.263/2004, 23.5.2005, E. 1.1; ZR 1999, Nr. 24; THIERRY LUTERBACHER, *Die Schadenminderungspflicht*, Diss. Zürich, Zürich 2005, N 336; MATTHEW T. REITER, *Prozessrechtliche Probleme im Verantwortlichkeitsverfahren*, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zürich 2003, 165 ff., 178; vgl. dazu im Einzelnen LORANDI (FN 6), AJP 1996, 1302 ff.; LEUENBERGER (FN 2), 195 ff.; CORDULA LÖTSCHER, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*, Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel, Basel 2016, N 1179 ff.

¹⁴ KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts*, 7. A., Zürich 2007, N 214; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. A., Zürich 2008, § 13 N 43; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. A., Bern 2016, N 3.41; ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 2016, Art. 70 ZPO N 43; ANNE-CATHERINE HAHN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010, Art. 70 ZPO N 10.

zum Ausdruck bringt) zur notwendigen Streitgenossenschaft.

Die («normale») *notwendige Streitgenossenschaft* gründet auf dem materiellen Recht und rührt daher, dass mehrere Personen gemeinschaftlich am Anspruch materiell berechtigt sind. Es müssen zwingend alle Streitgenossen gemeinschaftlich vorgehen, sei es bei rechtsgeschäftlichen Handlungen (etwa beim Abschluss eines Vergleichs) oder sei es bei gerichtlichem Vorgehen. Treten im Aktivprozess nicht alle Streitgenossen zusammen auf, so fehlt es den handelnden Streitgenossen an der Aktivlegitimation (und ihre Klage wird abgewiesen).

Die *Streitgenossenschaft unter Abtretungsgläubigern gemäss Art. 260 SchKG* gründet auf dem Vollstreckungsrecht (SchKG) und rührt daher, dass ihnen in Bezug auf denselben materiellen Anspruch das Prozessführungsrecht eingeräumt wurde. Die Abtretungsverfügung begründet eine Ermächtigung, aber keine Pflicht, den «abgetretenen» Anspruch zu verfolgen.¹⁵ Jedem Abtretungsgläubiger steht es frei, zu agieren oder nicht, eine einmal eingeleitete Klage weiterzuverfolgen oder nicht.¹⁶ Selbst wer sich einmal am Prozess beteiligt hat, kann jederzeit «aussteigen» (Opting-out).¹⁷ Damit stellt das *Besondere* der Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG das *Opting-out* dar. Treten im Aktivprozess nicht alle Abtretungsgläubiger zusammen auf, so fehlt es den handelnden Abtretungsgläubigern an der Prozessführungsberechtigung (und auf ihre Klage wird nicht eingetreten).

A. Die Prämissen

Üben mehrere Abtretungsgläubiger das Prozessführungsrecht aus, so tun sie dies in Bezug auf *denselben* materiellen Anspruch. Entsprechend kann über diesen Anspruch auch nur einheitlich in einem *einzigem Urteil*¹⁸ vor *demselben Richter*¹⁹ entschieden werden. Es soll *vermieden* werden, dass verschiedene, sich *widersprechende Urteile* *ergehen* (können).²⁰

Eine beklagte Gegenpartei muss sich deshalb nicht auf einen Prozess eines einzelnen (von mehreren prozesswilligen) Abtretungsgläubigers einlassen²¹ und der Richter ist von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet, die Klage bloss einzelner prozesswilliger Abtretungsgläubiger zu behandeln;²² er ist auch nicht berechtigt, auf einzelne Klagen einzutreten, wenn z.B. wegen verschiedener Gerichtsstände die Klagen sämtlicher Abtretungsgläubiger nicht vereint werden können.²³

Jedem Abtretungsgläubiger steht es frei, von der Abtretungsverfügung Gebrauch zu machen oder nicht. Er kann jederzeit «aussteigen».²⁴ Der «Ausstieg» eines Abtretungsgläubigers darf keinen Rechtsverlust für die übrigen zur Folge haben.²⁵

B. Die Umsetzung der Prämissen

1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich seit mehr als hundert Jahren damit schwergetan, was diese Vorgaben konkret bedeuten.²⁶ Es hat es abgelehnt, generelle Regeln aufzustellen, wie sich mehrere Abtretungsgläubiger verhalten müssen, sondern dafürgehalten, es müsse in jedem einzelnen Fall eine geeignete und sachgerechte Lösung für das sich stellende prozessuale Problem gefunden werden.²⁷

Dass die Prozessstandschaft gemäss Art. 260 SchKG vordergründig zwei sich widersprechende Elemente in sich vereint (aus welchem Grund sie sich der üblichen Kategorisierung entzieht), ist an den zwei konzeptionellen Ansätzen erkennbar, welche das Bundesgericht in seinen Urteilen herausstreicht: Die Betonung der Unabhängigkeit jedes Streitgenossen einerseits und die Betonung der Zwangsgemeinschaft andererseits.

¹⁵ BGE 138 III 628 E. 5.3.2; 121 III 291 E. 3a; 105 III 135 E. 3; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 5A_483/2012, 23.8.2012, E. 5.3.2.

¹⁶ BGE 138 III 628 E. 5.3.2; 121 III 488 E. 2b, 105 III 135 E. 3; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 4C.170/2002, 11.8.2002, E. 2.2.

¹⁷ BGE 121 III 291 E. 3a; BGer, 4C.170/2002, 11.8.2002, E. 2.2; BJSchK 1999, 150.

¹⁸ BGE 136 III 534 E. 2.1; 121 III 488 E. 2e; 121 III 291 E. 3a; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; vgl. dazu LORANDI (FN 6), AJP 1996, 1305; LEUENBERGER (FN 2), 196 f.

¹⁹ BGE 121 III 291 E. 3a; 107 III 91 E. 3c.

²⁰ BGE 121 III 488 E. 2b/2d; 121 III 291 E. 3a; 107 III 91 E. 3c; LORANDI (FN 6), AJP 1996, 1305; LEUENBERGER (FN 2), 197.

²¹ BGE 121 III 488 E. 2b; 41 III 335, 338.

²² BGE 107 III 91 E. 3c; BGer, 5P.204/2004, 11.8.2004, E. 5.3.

²³ BGE 121 III 488 E. 2e.

²⁴ Vgl. vor FN 15/16.

²⁵ BGE 121 III 488 E. 2e; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 5P.204/2004, 11.8.2004, E. 5.3, E. 5.4; 4C.263/2004, 23.5.2005, E. 1.1 (nicht abgedruckt in BGE 132 III 222); 4C.170/2002, 11.8.2002, E. 2.2.

²⁶ Für eine Zusammenfassung der (teilweise schwankenden) Rechtsprechung zwischen 1907 und 1981 vgl. BGE 107 III 91 E. 3c.

²⁷ BGE 107 III 91 E. 3c; vgl. auch BGE 121 III 291 E. 3a. In diesem Sinne auch BALZ GROSS/ROGER ZUBER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 70 ZPO N 27.

a. Betonung der Unabhängigkeit der Streitgenossen

Die Abtretungsgläubiger bilden *kein unteilbares Ganzes*.²⁸ Keiner von ihnen wird an der prozessualen Durchsetzung seines Rechts gehindert.²⁹ Jedem Abtretungsgläubiger steht einzeln («à titre individuel») das Prozessführungsrecht zu.³⁰

Von den Abtretungsgläubigern kann *keine einheitliche Prozessführung* verlangt werden.³¹ Jeder Abtretungsgläubiger kann unabhängig von den übrigen – selbst sich widersprechende – Vorbringen (Tatsachenbehauptungen) geltend machen, seinen Rechtsstandpunkt vertreten und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten lassen.³² Art. 260 SchKG gebietet nicht, dass sämtliche gemeinsam Berechtigte den Prozess einleiten und führen sowie übereinstimmend handeln.³³

Jeder Abtretungsgläubiger kann selbst einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen *Vergleich abschliessen*.³⁴

b. Betonung der Zwangsgemeinschaft

Der Umstand, dass die Abtretungsgläubiger denselben, einheitlichen Anspruch geltend machen, spricht im Grundsatz dafür, sie auch zu einem einheitlichen prozessualen Verhalten im Sinne einer notwendigen Streitgenossenschaft zu verpflichten.³⁵

Es ist nicht denkbar, dass für einen Teil der Abtretungsgläubiger aufgrund ihrer Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträge die Klage geschützt, gegenüber einem anderen Teil aufgrund fehlender Behauptungen die Klage abgewiesen wird.³⁶

Der Beklagte kann mit befreiender Wirkung nur an sämtliche prozessführenden Gläubiger leisten.³⁷

Es besteht eine notwendige Streitgenossenschaft unter jenen Abtretungsgläubigern, welche sich entschieden haben, von der Abtretung Gebrauch zu machen.³⁸

c. Zwischenfazit

Die beiden konzeptionellen Ansätze widersprechen sich teilweise. Zudem lassen sie sich auch nur zum Teil mit den genannten Prämissen in Einklang bringen. Dies zeigt, dass ein in sich stimmiges Konzept fehlt.

2. Die Entzauberung der «SchKG 260»-Streitgenossenschaft

Vorab zu verwerfen ist der Ansatz, davon abzusehen, generelle Regel zu entwickeln, wie sich mehrere Abtretungsgläubiger verhalten müssen, und stattdessen im Einzelfall nach geeigneten und sachgerechten Lösungen für das sich jeweils stellende prozessuale Problem zu suchen.³⁹ Dieser mehr aus der Not geborene Schluss kommt einer Kapitulation vor dem Problem gleich. Weder ist er der Rechtssicherheit zuträglich noch ist er notwendig.

Der Schlüssel liegt darin, sich die *Besonderheit der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG* in Erinnerung zu rufen.⁴⁰ Die Abtretungsverfügung stellt nur eine Ermächtigung, aber keine Pflicht des Abtretungsgläubigers dar, den abgetretenen Anspruch zu verfolgen. Jeder Abtretungsgläubiger kann sich von Anfang an fernhalten oder, wenn er einmal «mitgemacht» hat, jederzeit «aufhören». Das Besondere an dieser Prozessstandschaft ist damit das optionale bzw. die Möglichkeit des jederzeitigen Opting-out jedes Abtretungsgläubigers. Dieses Element gilt es, in eine Regel zu verpacken.

Die Schlüsselerkenntnis lässt sich in einem Satz als Regel formulieren, wobei diese Regel mit einer geringfügigen Modifikation⁴¹ einer Erwägung des Bundesgerichts entnommen werden kann:⁴²

«Die Verpflichtung zu gemeinsamem Vorgehen trifft freilich nur diejenigen Gläubiger, welche tatsächlich von der Abtretung Gebrauch machen und gerichtlich vorgehen wollen, und zwar nur so lange, als sie gerichtlich vorgehen wollen.»

Dies bedeutet gleichzeitig, dass für die Dauer, da mehrere Abtretungsgläubiger von der Abtretung Gebrauch machen, eine (ganz normale) *notwendige Streitgenossenschaft* besteht mit allen Konsequenzen wie etwa, dass in jeder Hinsicht eine *einheitliche Prozessführung* erforderlich ist.

²⁸ BGE 121 III 488 E. 2b; 121 III 291 E. 3a; 107 III 91 E. 3c.

²⁹ BGE 121 III 488 E. 2b; 121 III 291 E. 3a.

³⁰ BGE 138 III 628 E. 5.3.2; BGer, 5A_483/2012, 23.8.2012, E. 5.3.2.

³¹ BGE 136 III 534 E. 2.1; 121 III 488 E. 2c/2e; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 5A_879/2017, 13.12.2017, E. 3.1; 4C.263/2004, 23.5.2005, E. 1.1 (nicht abgedruckt in BGE 132 III 222).

³² BGE 121 III 488 E. 2b/2e; 107 III 91 E. 3c.

³³ BGE 121 III 488 E. 2b.

³⁴ BGE 138 III 628 E. 5.3.2; 121 III 488 E. 2b; 105 III 135 E. 3; 102 III 29, 30; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 4C.170/2002, 11.8.2002, E. 2.2.

³⁵ BGE 121 III 488 E. 2b.

³⁶ BGE 136 III 534 E. 2.1.

³⁷ BGE 121 III 488 E. 2b.

³⁸ BGE 121 III 488 E. 2; 121 III 291 E. 3a; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 4A_77/2014, 21.5.2014, E. 5.1.

³⁹ So aber BGE 107 III 91 E. 3c.

⁴⁰ Vgl. III.

⁴¹ Im unten stehenden Text mit Unterstreichung hervorgehoben.

⁴² BGE 121 III 488 E. 2. Im ähnlichen Sinne auch BGE 121 III 291 E. 3a; BGer, 5A_344/2018, 18.9.2018, E. 4.1.1; 4A_77/2014, 21.5.2014, E. 5.1, wo der Satz im französischen Original (nicht modifiziert) wie folgt lautet: «*Il n'y a ainsi consorité qu'entre les cessionnaires qui ont décidé de faire usage de la cession.*»

Der optionale «Ausstieg» eines Abtretungsgläubigers (namentlich der Rückzug aus einem Prozess) stellt einen Verzicht auf seine Abtretungsverfügung dar. Damit können die übrigen (prozesswilligen) Abtretungsgläubiger weiteragieren, ohne dass sie vom Ausstieg des anderen betroffen sind.

Damit ist eine einfache Lösung gefunden, welche dem Opting-out-Recht des Abtretungsgläubigers Rechnung trägt. Den Prämissen, die sich aus der Natur der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ergeben,⁴³ wird vollumfänglich Rechnung getragen: Es muss vor demselben Richter in einem (und damit in einem einheitlichen) Prozess und in einem einheitlichen Urteil für alle (prozesswilligen) Abtretungsgläubiger gleich entschieden werden. Zudem tangiert das «Aussteigen» eines Abtretungsgläubigers die anderen nicht.

Indem alle prozesswilligen Abtretungsgläubiger (während der Dauer ihrer Prozesswilligkeit) gemeinsam vorgehen müssen, besteht Rechtssicherheit für die Parteien und die Gerichte. Es erübrigt sich, im Einzelfall situativ neue prozessuale Regeln zu schaffen.

3. Zulässigkeit von Vergleichen einzelner Abtretungsgläubiger

Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Es umfasst nicht nur das Recht, Klage bei Gericht zu führen (Prozessführungsrecht i.e.S.), sondern erlaubt auch, rechtsgeschäftlich vorzugehen, etwa einen Vergleich abzuschliessen. Damit stellt sich die Frage, ob jeder Abtretungsgläubiger unabhängig von den anderen einen Vergleich schliessen kann.⁴⁴

Einzelne Abtretungsgläubiger können *keinen* Vergleich mit der Gegenpartei abschliessen, solange die anderen nicht auf ihre Abtretungsverfügung verzichtet haben oder diese nicht widerrufen wurde, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen gilt der Grundsatz, dass die gerichtliche Geltendmachung einem Vergleichsschluss vorgeht bzw. dass die prozesswilligen Abtretungsgläubiger den Vorrang vor den vergleichswilligen Abtretungsgläubigern geniessen.⁴⁵ Zum anderen können nicht einzelne Abtretungsgläubiger einen (*echten*) Vergleich mit der Gegenpartei abschliessen (z.B. dass diese den Betrag X bezahlt und ihr dafür der Restbetrag erlassen wird), da sie damit über die abgetretene Forderung disponieren würden. So wenig einzelne Abtretungsgläubiger ohne die anderen prozessual über den Streitgegenstand verfügen können, so

wenig können sie rechtsgeschäftlich über diesen (bzw. die abgetretene Forderung) disponieren.⁴⁶ Es fehlt ihnen an der (alleinigen) Verfügungsbefugnis über die abgetretene Forderung.

Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sich ein Abtretungsgläubiger im Sinne eines *unechten Vergleichs* zu einem *Prozessabstand* bereit erklärt und sich diesen von der Gegenseite entgelten lässt. Der Vergleichsbetrag (das «Abstandsgeld») ist in diesem Fall die Gegenleistung für den Prozessabstand (d.h. das «Ausscheiden» aus dem Prozess). Eine Verfügung über die abgetretene Forderung findet in diesem Fall *nicht* statt. Der Prozessgegner erhält keinen Forderungsnachlass. Die übrigen (prozesswilligen) Abtretungsgläubiger werden von einem solchen unechten Vergleich nicht tangiert. Sie können unbesehen des unechten Vergleichs des ausscheidenden Abtretungsgläubigers den bisher eingeklagten Betrag geltend machen und müssen sich das Abstandsgeld nicht anrechnen lassen. Der Prozessgegner kann sich denn auch nicht durch Leistung an einzelne Abtretungsgläubiger gültig befreien.⁴⁷ Ob sich der Prozessgegner auf einen unechten Vergleich im Sinne eines Abstandsgeldes einlässt, ist eine andere (mehr ökonomische) Frage.

4. Beschränkte Kompetenzen des Konkursamtes

Das Bundesgericht hat entschieden, dass in gewissen Fällen das Konkursamt (sozusagen als Schiedsrichter) auf Begehren eines Abtretungsgläubigers die *erforderlichen Weisungen zu erteilen* habe, um ein gemeinsames prozessuales Vorgehen sicherzustellen. Dies soll gelten, wenn verschiedene *Gerichtsstände* zur Verfügung stehen oder sich die prozesswilligen Abtretungsgläubiger nicht auf ein *prozessual abgestimmtes Vorgehen* einigen können.⁴⁸

Das Konkursamt hat zwar die Abtretungsverfügung erlassen, welche die Abtretungsgläubiger zur Geltendmachung ermächtigt. Zudem fällt ein Überschuss theoretisch⁴⁹ an die Masse (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Insofern ist es funktional nicht falsch, gewisse Restkompetenzen beim Amt zu belassen.

⁴³ Vgl. III.A.

⁴⁴ Das Bundesgericht bejaht dies; vgl. vor FN 34.

⁴⁵ BGE 107 III 91 E. 3c; 49 III 122 E. 2.

⁴⁶ Vgl. BGE 49 III 122 E. 2.

⁴⁷ Vgl. oben vor FN 37.

⁴⁸ BGE 121 III 488 E. 2d in fine. Soweit ersichtlich, wurde dieser Aspekt in der seither ergangenen Rechtsprechung nicht mehr thematisiert.

⁴⁹ In der Praxis ist ein Überschuss etwa ähnlich selten wie ein Konkurs mit Aktivenüberschuss.

In der Sache ist das Konkursamt jedoch fachlich nicht (hinreichend) befähigt, über materiellrechtliche,⁵⁰ zivilprozessuale,⁵¹ taktische und ökonomische⁵² Fragen im Zusammenhang mit der gerichtlichen Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs zu befinden (und darüber durch Weisung zu entscheiden). Gleichermassen ist das Amt nicht wirklich berufen, solche Entscheide zu treffen, nachdem die Masse vorgängig gerade auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet (Art. 260 Abs. 1 SchKG) und sich damit desinteressiert gezeigt hat.⁵³

Meines Erachtens sind deshalb die *Restkompetenzen des Konkursamtes äussert beschränkt*. Sie umfassen die Verlängerung der (gemäss Ziff. 6⁵⁴ des obligatorischen⁵⁵ Konkursformulars Nr. 7K) anzusetzenden Frist zur klageweisen Geltendmachung. Allenfalls kann auch die Verletzung von sonstigen Bedingungen der Abtretungsverfügung zu deren Widerruf führen. Wenn ein Abtretungsgläubiger sich sodann als *renitent* erweist und *offenkundig sachfremde Ziele verfolgt* (etwa als «trojanisches Pferd» im Interesse der Gegenseite eine [gerichtliche] Vorgehensweise blockiert⁵⁶), so kann das Amt die Abtretungsverfügung dieses Gläubigers zufolge Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB⁵⁷) widerrufen. Ansonsten soll und kann m.E. das Konkursamt nicht eingreifen. Es ist dafür kein geeigneter Schiedsrichter.

Es liegt wie bei jeder (echten) notwendigen Streitgenossenschaft vielmehr an den (prozesswilligen) Streitgenossen, ihr prozessuales Verhalten abzustimmen, wie dies denn auch Ziff. 5 des Abtretungs-Formulars 7K⁵⁸ verlangt.⁵⁹ Der Umstand, dass es allenfalls zahlreiche Abtretungsgläubiger gibt und sich diese (trotz des der Abtre-

tung inhärenten Bestrebens, ihren Verlust im Konkurs zu minimieren) von verschiedenen Interessen leiten lassen und verschiedene Pläne verfolgen,⁶⁰ ändert daran nichts. Solche Umstände treten denn auch bei anderen (echten) notwendigen Streitgenossenschaften immer wieder zutage.

⁵⁰ Wie gross sind die Prozesschancen zur erfolgreichen Durchsetzung des abgetretenen Anspruchs?

⁵¹ An welchem Gerichtsstand soll gegen welche Beklagten aufgrund welchen Klagefundamentes geklagt werden? Welche Beweismittel (wie etwa Zeugen, Gutachten) sollen wann angerufen werden? Sollen vorsorgliche Massnahmen beantragt werden? Soll ein Rechtsmittel ergriffen werden?

⁵² Welcher Betrag ist einzuklagen? Wie steht es mit der Bonität der Beklagten? Kann ein Urteil im Ausland vollstreckt werden?

⁵³ LORANDI (FN 2), 87 f.

⁵⁴ Ziff. 6 lautet: «Die Konkursverwaltung behält sich die Annullierung der Abtretung für den Fall vor, dass nicht binnen einer von ihr anzusetzenden Frist gerichtliche Geltendmachung erfolgt.»

⁵⁵ Art. 2 Ziff. 6, Art. 80 Abs. 1 KOV; BGE 139 III 391 E. 5.1; 121 III 488 E. 2; 109 III 27 E. 1a; BGer, 5C.54/2007, 29.1.2008, E. 2.3.2.

⁵⁶ Vgl. LORANDI (FN 2), 88 f.

⁵⁷ Zur Geltung von Art. 2 ZGB im Bereich des SchKG vgl. BGE 149 III 481 E. 2.3.1 m.w.H.

⁵⁸ Ziff. 5 lautet: «Sind hinsichtlich der gleichen Massrechte mehrere Abtretungen an verschiedene Gläubiger erfolgt, so haben diese in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen aufzutreten [...]»

⁵⁹ BGE 121 III 488 E. 2d.

⁶⁰ BGer, 5A_879/2017, 13.12.2017, E. 3.1; 7B.206/2005, 2.2.2006, E. 5; 7B.94/2003, 24.6.2003, E. 5.2.