

Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und seine Anwendung in der Praxis

Autor(en): **Götzinger, F.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **25 (1906)**

PDF erstellt am: **17.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896576>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins.

XLIV. Jahresversammlung in Lugano
den 24. und 25. September 1906.

Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und seine Anwendung in der Praxis.

Referat
von Dr. F. GÖTZINGER in Basel.

Art. 260: „Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.

Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range, der Ueberschuss ist an die Masse abzuliefern.“

„Si la masse renonce à faire valoir une prétention, il en est fait cession aux créanciers qui le demandent.

Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédant est versé à la masse.“

„Ogni creditore ha diritto di chiedere la cessione di quelle pretese, alle quali rinuncia la massa dei creditori.

La somma ricavata, dedotto le spese, serve a coprire i crediti dei cessionari secondo il loro grado rispettivo. L'eccedenza sarà versata alla massa.“

I. Entstehung.

Der Artikel 260 ist nicht eine neue Schöpfung des eidgenössischen Konkursgesetzes, sondern ist kantonalen Ursprungs. Eine Reihe von Kantonen besaßen Bestimmungen, welche einen ähnlichen Zweck verfolgten. Allerdings in einem be-

schränkteren Umfange als unser Artikel; denn die kantonalen Gesetze behandelten die Frage der Ueberlassung von Ansprüchen der Masse an einzelne Gläubiger in der Regel da, wo über die Aufnahme anhängiger Prozesse durch die Masse gesprochen wird.¹⁾

Der gemeinsame Grundgedanke ist der, dass wo die Organe der Masse die Aufnahme eines Prozesses ablehnen, einzelne Gläubiger auf eigene Kosten in denselben eintreten können. Entweder handelt es sich nur um Prozesse, welche bei Ausbruch des Konkurses bereits anhängig sind (Zürich, Thurgau), oder auch um die Anhebung neuer Prozesse (übrige Kantone). Das für die Ablehnung zuständige Organ ist eine Amtsstelle (Konkursrichter in Zürich) oder ein Organ der Gläubigerschaft (die Gläubigerversammlungen in Bern, Thurgau, St. Gallen, Schaffhausen, in den zwei letzteren Kantonen fakultativ auch der Massaverwalter oder ein Gläubigerausschuss). In der Regel verlangt das Gesetz für das Eintrittsrecht des einzelnen Gläubigers einen Beschluss der Mehrheit der Gläubiger. In Bern genügt es, wenn nicht alle Gläubiger mit der Führung des Prozesses einverstanden sind. Charakteristisch für die Regelung im Kanton Bern ist auch, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes immer die Masse den Prozess führt, auch wo nicht alle Gläubiger denselben beschlossen haben; diejenigen Gläubiger, welche den Prozess aufnehmen wollen, haften aber für die Kosten.

Sodann findet sich überall der Gedanke der bevorzugten Beteiligung des in den Prozess eintretenden Gläubigers am Erlös, die Prämierung desselben mit dem Prozessgewinn, als Korrelat des übernommenen Risikos für die Prozesskosten. Und dem entspricht dann wieder der Anspruch der Masse auf einen eventuellen Ueberschuss über die Forderungen der streitenden Gläubiger.

¹⁾ Bern, Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsachen von 1850, § 566; Zürich, Konkursgesetz, §§ 38, 62; Thurgau, Konkursgesetz von 1853, §§ 46, 47; St. Gallen, Konkursgesetz von 1845, §§ 31, 32; Schaffhausen, Konkursgesetz von 1850, §§ 78, 80; Luzern, Konkursgesetz von 1849, §§ 37, 40.

Man sieht, die Ansätze zum Artikel 260 waren in allen Teilen vorhanden: die Voraussetzung eines die Rechtsverfolgung ablehnenden Beschlusses; das Recht der Minderheit, den Prozess selbständig weiter zu führen; das Vorrecht des Ob-siegenden auf Sonderbefriedigung seiner Forderung, und der Anspruch der Masse auf den Ueberschuss.

An dieses kantonale Recht und besonders an die bernische Ausgestaltung des Institutes knüpfte der erste Heuslersche Entwurf zum eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetz (1870) an. Der Vorschlag umfasst sowohl bereits in Prozess gezogene Ansprüche als auch „die Anhebung gerichtlicher Schritte irgend welcher Art behufs Einbringung illiquider Guthaben des Gemeinschuldners,“ bezog sich dagegen nicht auf die Bestreitung von Vindikationsansprüchen, weil diese zugleich mit den Konkursforderungen im Kollokationsplane behandelt wurden und auf dem Wege des Kollokationsprozesses anzufechten waren. Sind nun, nach dem Entwurf, alle in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger zum Vorgehen entschlossen, so findet der Prozess auf Rechnung und Gefahr der Masse statt. Reichen die Mittel der Masse dazu nicht aus oder verlangt nur ein Teil der Gläubiger die Prozessführung, so wird der Rechtsstreit diesen überlassen, auf ihre Gefahr, aber auch zu ihren Nutzen, insofern sie nur einen Ueberschuss des Gewinnes über ihre Forderungen an die Masse abzuliefern haben.

Dieser erste Heuslersche Entwurf enthielt aber noch eine weitere sehr wichtige Bestimmung, welche ebenfalls unser Gebiet streift, aber später nicht mehr aufgenommen worden ist. Die Gläubiger konnten nämlich an der Konkursverhandlung, in welcher über die Kollokation einschliesslich der Vindikationen, über illiquide Guthaben des Kridars etc. eine Aussprache stattfand, sich darüber äussern, ob sie an einer von der Konkursbehörde beschlossenen Abweisung eines Ansprechers festhalten wollten. Hielt kein Gläubiger daran fest, so wurde der Ansprecher zugelassen, der Kollokationsplan also zu seinen Gunsten abgeändert. Beharrten alle Gläubiger auf der Wegweisung, so musste er gegen die Masse klagen. Hielten aber

nur einige Gläubiger an der Abweisung fest, so hatte der Ansprecher gegen diese zu klagen. Im Fall der bestreitende Gläubiger siegte, ersetzte ihm die Masse die Prozesskosten. Damit war jedem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, in Fällen, wo die Konkursbehörde einen Ansprecher abgewiesen hatte, diesen zur Klage gegen ihn zu zwingen und den Kollokationsprozess selbst zu führen, während heute der abgewiesene Ansprecher gegen die Masse klagt und der einzelne Gläubiger keinen Einfluss auf den Prozess erhält, sich also gegen eine allfällige Anerkennung der Klage oder einen für die Masse ungünstigen Vergleich nicht wehren kann.

Im zweiten Heuslerschen Entwurf von 1871 und im ersten Kommissionsentwurf von 1874 fehlen diese Bestimmungen. „Die darin gegebenen Direktiven,“ wird in den Motiven bemerkt, „waren wohl nicht ausnehmend ansprechend und gefielen darum der Kommission auch nicht.“ Ebenso schweigen diese Entwürfe über unser Thema. Man wollte in jenem Stadium der Vorberatung die Einzelgestaltung der Konkursverwaltung den Kantonen überlassen.

Inzwischen hatte die vom bernischen Regierungsrat niedergesetzte Kommission zur Prüfung des Entwurfes neue Vorschläge gemacht, welche aus dem bernischen Konkursrecht geschöpft waren und sich im grossen und ganzen mit dem § 566 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren von 1850 deckten (S. 76 des Kommissionsberichtes). Die Berner Kommission verlangte dabei in erster Linie, dass die Frage der Aufnahme von Prozessen niemals der Konkursbehörde, sondern nur der Gläubigerversammlung anheimgestellt werden dürfe. Der letztere Vorschlag fand zunächst keinen Beifall. Dagegen treffen wir im sogen. zweiten Entwurf (April 1875, § 158) doch eine Wiederaufnahme des Gedankens: die Konkursbehörde beschliesst über die Fortsetzung schwebender und die Anhebung neuer Prozesse; entscheidet sie sich für Nichtaufnahme, so hat sie den Gläubigern binnen angemessener Frist die Uebernahme des Prozesses „im Namen der Masse“ auf eigene Rechnung und Gefahr anzubieten; die siegenden Gläubiger haben Anspruch auf den Erlös bis zur Deckung

ihrer Kosten und Forderungen, der Ueberschuss fällt in die Masse. Wichtig ist sodann die Vorschrift, dass Vergleiche über erhebliche Streitobjekte nur dann von der Konkursbehörde abgeschlossen werden dürfen, wenn nach Mitteilung an die Gläubiger keiner derselben „unter Sicherstellung des Vergleichsquantums“ zur Uebernahme sich bereit erklärt. Die letztere Anregung wurde später in den Kommissionsberatungen aufgegriffen, ist aber nicht in das Gesetz übergegangen.

Was nun in der Folge an der Bestimmung geändert wurde, betraf fast nur die Fassung, das Grundprinzip blieb. Der Entwurf des Justiz- und Polizeidepartements von 1885 (§ 245) spricht zum erstenmal von einer „Abtretung zweifelhafter Rechtsansprüche,“ auf deren Geltendmachung die Konkursverwaltung oder die Kommissäre (der spätere Gläubigerausschuss) verzichten. Eine prinzipielle Einwendung gegen das System des Artikels 260 erfolgte dann allerdings von seiten der Kantone Waadt und Genf, deren Spezialkommissionen übereinstimmend die Befürchtung aussprachen, es werde entweder Nachtragsverteilungen nach Schluss des Konkursverfahrens oder eine Verzögerung des Schlusses zur Folge haben, weshalb die Versteigerung aller streitigen Ansprüche vorzuziehen sei. Die Bedenken fanden aber keinen Widerhall, denn der bundesrätliche Entwurf von 1886 (§ 256) brachte nur eine redaktionelle Aenderung, behielt aber inhaltlich die Bestimmung vollständig bei.

In den Kommissionen der eidgenössischen Räte wurde nur eine einzige bleibende Aenderung beschlossen. Die ständerätliche Kommission (Antrag Hoffmann) verlangte zum Verzicht auf den zweifelhaften Rechtsanspruch die Einwilligung der Gläubigerversammlung (S. 128 des Protokolls) und dies ging auch in das Gesetz über. Der Antrag Estoppey, dass die Masse die Wahl haben sollte zwischen der Abtretung und dem Verkauf („es sei denn, dass die Masse es vorziehe, diesen Anspruch sonstwie zu verwerten“) wurde abgelehnt. In der nationalrätlichen Kommission (S. 80) wurde auf Anfrage Lachenal als selbstverständlich erklärt, dass wenn niemand die Abtretung verlange, die Forderung versteigert werden

dürfe. Dem Beschluss, die Abtretung den Gläubigern in der Reihenfolge ihrer Rangordnung zu gestatten, wurde in der Bundesversammlung nicht nachgelebt. Endlich wurde zum Antrag Bachmann, es solle die Minderheit gegen Hinterlegung der von der Mehrheit genehmigten Vergleichssumme auf eigene Rechnung den Prozess führen können, bemerkt, diese Frage werde besser der Praxis überlassen; übrigens stehe es einer Minderheit stets frei, weiter Risiken zu übernehmen, sobald sie die Mehrheit schadlos halte.

Eine nur vorübergehende Aenderung brachte der Beschluss der Bundesversammlung (zweite Lesung) vom 29. Juni 1888: die einzelnen Gläubiger können den Anspruch „unter Aufsicht der Konkursverwaltung“ rechtlich geltend machen. In den Protokollen über die Debatten der Bundesversammlung findet sich keine Aeusserung über den Art. 260.

II. Interpretation und Anwendung in der Praxis.

Die Legitimation. Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung zu verlangen. Legitimiert ist also jede Person, welche mit einer Konkursforderung rechtskräftig admittiert worden ist, mithin auch Pfandgläubiger und privilegierte Gläubiger, selbst wenn deren vollständige Befriedigung durch den Wert des Pfandes oder den Stand der Masse garantiert scheint, so lange sie nicht ausgewiesen sind (vergl. Jäger, Kommentar). Auch der Gläubiger, welcher in der Versammlung gegen die Geltendmachung des Anspruchs durch die Masse gestimmt hat, wird nicht ausgeschlossen werden dürfen. Die Legitimation fehlt aber, so lange die Admittierung nicht rechtskräftig ist, so lange also eine von der Konkursverwaltung abgewiesene oder eine von ihr zugelassene, aber von einem andern Gläubiger angefochtene Forderung nicht auf dem Prozesswege zugelassen und damit die Gläubigerschaft festgestellt ist. Andererseits besteht die Gefahr, dass ein Gläubiger durch eine trölerische Kollokationsanfechtungsklage eines andern Gläubigers oder durch die Zufälligkeiten eines mehr oder weniger langsamen Prozessverfahrens von dem Gebrauche des Art. 260 ausgeschlossen werden kann. Der Jägersche Kommentar em-

pfiehlt deshalb, die Abtretung auch in solchen Fällen vorzunehmen und alsdann den Prozess, den der angefochtene Gläubiger auf Geltendmachung des bestrittenen Massanspruchs angestrengt hat, zu sistieren. Dies scheint richtig, denn es ginge nicht an, dass ein ausserhalb des Konkurses stehender Dritter rechtliche für die Masse verbindliche Schritte vornimmt. Da aber möglicherweise der Richter, bei welchem diese Klage eingereicht wird, keine Kenntnis von der Bestreitung der Gläubigerschaft des Klägers hat, so wäre es zweckmässiger, die Abtretung nur bedingt, unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Admittierung, zu erteilen. Dasselbe muss gelten von den bedingten Forderungen des Art. 210, sofern der Eintritt der Bedingung sich während des Konkursverfahrens erwarten lässt. Ist aber z. B. eine Konventionalstrafe dadurch bedingt, dass ein Konkurrenzgeschäft innert einer Anzahl von Jahren eröffnet wird, so kann dieser Termin von der Konkursverwaltung nicht abgewartet werden, und es wird nichts anderes übrig bleiben, als einem solchen Gläubiger die Legitimation zu versagen.

Auf den Rang der die Abtretung begehrenden Gläubiger kommt nichts an.

Das Recht auf Abtretung. Das Recht, die Abtretung zu verlangen, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes an keine Frist gebunden. Allein praktische Rücksichten erheischen, wie der Jägersche Kommentar mit Recht hervorhebt, eine zeitliche Begrenzung. Damit nämlich die Konkursverwaltung weiss, ob von der Abtretung Gebrauch gemacht wird oder ob sie zur Versteigerung des Rechtsanspruches schreiten darf, muss sie die Gläubiger zu einer Erklärung provozieren können, und zwar, damit ihre Aufforderung rechtlich von Bedeutung sei, mit der Wirkung der Präklusion. Auch das Interesse an einer möglichst beförderlichen Beendigung des Konkursverfahrens macht eine Befristung des Rechts auf Abtretung notwendig. Die Aufforderung hat von der Konkursverwaltung auszugehen, auch wenn nicht sie, sondern die Gläubigerversammlung, welche auf Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat, die Ansetzung einer Frist beschliesst. Gegen die

Verweigerung der Abtretung steht dem Gläubiger das Beschwerderecht zu.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob das Recht auf Abtretung der Versteigerung des Anspruchs vor- oder nachgehe, ob also die Gesamtheit der Gläubiger die Versteigerung (oder den auf gleicher Linie stehenden freihändigen Verkauf) beschliessen und damit die Abtretung abschneiden könne. In den Kommissionen scheint darüber kein Zweifel geherrscht zu haben, dass die Abtretung vorgehe; denn ein gegenteiliger Antrag wurde in der Kommission des Ständerats verworfen und die Kommission des Nationalrats teilte denselben Standpunkt. Aber auch die Ratio der Bestimmung spricht für diese Lösung. Gerade die Verschleuderung eines Massaanspruches um minimales Entgelt an einen beliebigen Gantkäufer soll vermieden werden, und eine solche Verschleuderung ist um so eher zu befürchten, wenn die Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung verzichtet und damit den Anspruch als aussichtslos diskreditiert hat. Sobald die Mehrheit sich auf diesen Standpunkt stellt, wird sie auch leicht geneigt sein, den kleinen aber sicheren und sofort präsenten Steigerungserlös einem langfristigen Procedere vorzuziehen. Damit wird sie aber in den meisten Fällen das Abtretungsrecht der Minderheit illusorisch machen. Solche Erwägungen haben denn auch den Bundesrat im Rekursfalle Hürlimann (Archiv V, Nr. 42) dazu geführt, die Versteigerung als das subsidiäre zu erklären, und ein gegenteiliger Entscheid ist seither nicht gefällt worden. Freilich scheint auf den ersten Blick die Versteigerung, als eine normale Art der Verwertung, auch eine Geltendmachung des Anspruches zu bedeuten. Allein es wurde in jenem Entscheid zutreffend hervorgehoben, dass der Ausdruck Geltendmachung (*faire valoir*) sonst nicht im Gesetze gebraucht wird und nicht gleichbedeutend sein kann mit Verwertung.

Das Recht, die Abtretung zu verlangen, ist als solches nicht übertragbar. Es ist an die Konkursforderung des einzelnen Gläubigers geknüpft und nicht ein selbständiges Vermögensrecht, das von Hand zu Hand gehen kann. Es hängt, wie das Stimmrecht und die übrigen Sonderrechte des Gläu-

bigers, mit der Konkursforderung unlöslich zusammen (Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, § 65). Selbstverständlich kann es mit der Konkursforderung übertragen werden und geht auch als Nebenrecht von Gesetzeswegen über. Ebenso selbstverständlich ist die Zulässigkeit einer Vertretung in der Ausübung des Rechtes.

Die Abtretung. Das Recht, das dem Einzelgläubiger nach Art. 260 zusteht, geht auf Abtretung (Cession). So ist der Wortlaut der Bestimmung und dies hat wohl am meisten Anlass zu Kontroversen gegeben.

Dass der Gläubiger nicht eigene Rechte, sondern nur Rechte der Gesamtheit der Gläubigerschaft geltend machen könne, ist schon in einem Entscheid des Bundesgerichts von 1893 ausgesprochen worden (Bd. 19, 288. Soller c. Kolb). Ex professo hat sich dann mit der Frage befasst der ausführliche Entscheid des Bundesgerichts in der Sache Schweizerische Volksbank c. Stettler & Mosimann (Bd 272, 123): Abtretung ist nicht Cession im civilrechtlichen Sinne, wodurch der Anspruch aus dem Massavermögen ausscheidet, sondern der Gläubiger klagt aus dem Beschlagsrecht der Gesamtgläubigerschaft am schuldnerischen Vermögen. Eigentliche Prozesspartei ist immer noch die Gläubigerschaft. Sie hat nur ihre Vertretung für den Prozess gewechselt und das Prozessrisiko auf andere Schultern abgewälzt. Als procurator in rem suam wird der Abtretungsgläubiger in einem spätern Entscheide (Bd 29¹, 95) bezeichnet. Für diese Auffassung werden acht Argumente ins Feld geführt.

Bei Widerruf des Konkurses fällt die Abtretung dahin und geht der abgetretene Anspruch wieder auf den Kridar über;

der Anspruchserlös fällt in die Masse, soweit er die Forderungen der Abtretungsgläubiger übersteigt, diese haben nur eine Prämie für das Prozessrisiko;

eine weitere Abtretung seitens des Abtretungsgläubigers ist unstatthaft;

die Realisierung des bestrittenen Anspruchs gehört in die Kompetenz der Konkursverwaltung, das Ergebnis gilt als Massagut;

die Verteilung des Erlöses hat von der Konkursverwaltung auszugehen, mit dem Recht der Beschwerdeführung gegen die Art der Verteilung;

der Erlös kann einem einzigen privilegierten Gläubiger zufallen, während die Abtretung an alle erfolgte;

die Konkursverwaltung setzt die Klagefrist an, auch wenn die Konkursverwaltung den Anspruch nicht selbst geltend machen will;

ein aus dem Kollokationsplan weggewiesener Gläubiger verliert das Recht zur Weiterführung des Prozesses um den streitigen Anspruch.

Man wird nicht allen Argumenten dieselbe Schlüssigkeit zuerkennen dürfen, sie sind zum Teil erst Konsequenzen des zu beweisenden Satzes. Entscheidend ist aber jedenfalls, was sich aus der vom Gesetze gegebenen Konstruktion im zweiten Lemma ergibt, wo die Vorschriften über das Ergebnis aufgestellt sind: Das Ergebnis gehört nicht schlechthin dem obliegenden Gläubiger, sondern er hat nur Anspruch auf Deckung seiner Kosten und seiner Forderung und zwar werden bei einer Abtretung an mehrere erst die Kosten bezahlt und aus dem Ueberschuss die Gläubiger nach ihrem Rang befriedigt. Was übrig bleibt, wird unter die anderen Gläubiger verteilt. Das ganze Verfahren des Art. 260 spielt sich also innerhalb des Rahmens des Konkurses ab. Die Masse behält einen Anspruch auf das Resultat, das Interesse der Gläubiger geht nicht weiter als ihre admittierte Konkursforderung reicht, bei Konkurrenz mehrerer Gläubiger treten die Feststellungen des Kollokationsplanes in Wirksamkeit, d. h. die vorhergehenden Klassen erhalten jeweils zuerst ihre Zuteilung, und wenn der Erlös nicht reicht um alle auszuzahlen, so wird eine besondere Verteilungsliste aufgestellt. Alles das widerspricht der juristischen Natur einer Abtretung im civilrechtlichen Sinne.

Dazu kommt ein weiterer Punkt. Wäre nämlich die Abtretung im eigentlichen Sinne zu verstehen, so könnte der Debitor cessus (um im Sprachgebrauch des Gesetzes zu bleiben) dem Erwerber der Forderung alle Einreden aus seinem persönlichen Verhältnisse zu ihm entgegensetzen und damit den

abgetretenen Rechtsanspruch zum Nachteil der Masse aus dem Felde schlagen. Das kann niemals die Meinung des Gesetzes sein.

Aber auch der Ursprung des Art. 260 weist klar darauf hin, dass eine Abtretung im Rechtssinne nicht beabsichtigt war. Die kantonalen Gesetze sprachen überall nur von einem Recht der Prozessführung an Stelle der Masse auf eigene Rechnung, und Bern betrachtete direkt stets nur die Masse als Prozesspartei und liess den einzelnen Gläubiger überhaupt nur passiv als Garant für die Kosten auftreten. Darum hatte auch der Entwurf von 1875 von einer Uebernahme streitiger Ansprüche im Namen der Masse gesprochen. Der Ausdruck Abtretung tauchte zehn Jahre später im Entwurf von 1885 auf, ohne dass die Absicht einer prinzipiellen Abweichung irgendwie ersichtlich wäre.

Auch die Annahme eines fiduziarischen Verhältnisses in dem Sinne, dass der einzelne Gläubiger gegenüber der Masse Mandatar, gegenüber dem Dritten Cessionar in eigenem Namen wäre, schliesst sich aus, denn auch da stünden dem Dritten alle persönlichen Einreden gegen den Cessionar zu.

Lehnt man aber die Konstruktion einer Abtretung ab, so ist das Verhältnis als Mandat zu betrachten und treten die Mandatsfolgen ein, also namentlich: Verpflichtung des Einzelgläubigers zur Verfolgung des Anspruchs, Verantwortlichkeit für richtige Besorgung, Verbot der Kündigung zur Unzeit. Dem einzelnen Gläubiger steht es also nicht frei, den ihm zur Rechtsverfolgung anvertrauten Anspruch auf sich beruhen zu lassen, mit der Verfolgung beliebig zuzuwarten, auf Einreden zu verzichten, überhaupt nach Gutdünken rechtlich zu disponieren. Er entgeht nirgends den Pflichten eines Beauftragten und kann nicht einmal die mildere Beurteilung des Art. 113 O. R. zu seinen Gunsten anrufen; denn obschon er das Mandat unentgeltlich ausführt, bezweckt er doch daraus einen Vorteil für sich. Es wird somit dem Gläubiger nicht verwehrt werden können, von einer Durchführung der Rechtsverfolgung bis ans Ende abzustehen, sofern er nur damit seine Mandatspflichten nicht verletzt, sofern also nach der Lage des Prozesses oder

der übrigen Umstände ein Rückzug sich rechtfertigen lässt. Im Uebrigen bringt aber das Recht auf Uebertragung der Massaansprüche auch die Pflicht mit sich, dieselben durchzuführen.

Was die Form der Abtretung anbelangt, so hat das Bundesgericht (Bd 21, 279) eine besondere Willenserklärung der Gesamtheit der Gläubiger als unnötig erklärt und den Uebergang des Rechtsanspruchs als gesetzlich im Sinne von Art. 183 O. R. bezeichnet. Die Auffassung ist nicht haltbar, wie sich aus dem Ausgeführten schon ohne weiteres ergibt. Vielmehr muss der Wille des Einzelgläubigers, den Anspruch geltend zu machen und die Erteilung der Ermächtigung hiezu von der Konkursverwaltung ausdrücklich durch eine Erklärung festgestellt werden, welche den Gläubiger legitimiert.

Die Rechtsansprüche. Gegenstand der Abtretung (der Einheitlichkeit halber wird dieser Ausdruck auch fernerhin gebraucht) bilden alle Rechtsansprüche der Masse (*prétentions, pretese*). Wie weit reicht dieser Begriff? Das Bundesgericht verfolgt die Tendenz, ihn möglichst weit zu fassen, immerhin mit der Beschränkung auf Ansprüche materiell-rechtlicher Natur, auf Vermögensrechte, welche realisiert werden können. Im Gegensatz zu einem Urteil vom Jahre 1893 (Pfister c. Eisenhut, Bd 19, 305) hat deshalb das Bundesgericht die Anwendung des Art. 260 abgelehnt in einem Fall, wo ein von der Konkursverwaltung im Kollokationsplan abgewiesener Gläubiger auf Zulassung geklagt und in erster Instanz den Prozess gewonnen hatte. Daraufhin erklärte die Masse den Verzicht auf Weiterziehung und wies das Begehren eines Gläubigers, den Prozess selbst fortzuführen, ab. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen gutgeheissen, weil kein realisierbares Vermögensrecht in Frage steht. Wenn auch der Cessionar vor zweiter Instanz die Wegweisung des Gläubigers erwirke, so sei damit nicht ein verwertbarer Anspruch gewonnen; der Cessionar habe somit kein Interesse, sich das Recht auf Aufrechterhaltung der Bestreitung des eingeklagten Anspruches abtreten zu lassen. Trifft auch das letztere Argument nicht ganz zu — da das Interesse immerhin darin be-

steht, die Passiven zu verringern und damit die Dividende zu erhöhen — so läge doch jedenfalls kein der Verwertung fähiges Ergebnis vor. Dazu kommt allerdings noch die weitere Erwägung, die eigentlich in erster Linie den Ausschlag gibt, dass nämlich die Frage der Legitimation im Kollokationsstreit durch Art. 250 endgültig und erschöpfend geordnet ist und danach der einzelne Gläubiger kein Recht hat, sich in den Kollokationsstreit zwischen der Masse und einem abgewiesenen Gläubiger zu mischen, auch nicht auf dem Umwege des Art. 260.

Dass das Resultat unbefriedigend ist, wird man nicht leugnen können, aber es entspricht dem geltenden Recht. In Art. 250 sind die beiden Fälle von Kollokationsklagen verschieden behandelt. Der abgewiesene Gläubiger hat seine Klage auf Zulassung gegen die Masse zu richten, als Vertreterin der Gesamtgläubigerschaft, womit dann die Frage der Kollokation in einem einzigen Prozessverfahren entschieden wird. Verlangt aber ein Gläubiger die Wegweisung eines anderen, zugelassenen Gläubigers, so hat er gegen diesen zu klagen, und nur für diesen Fall sieht das Gesetz ein Vorrecht des Siegers auf den Prozessgewinn vor. Die Organe der Masse vertreten diese in ihrer Gesamtheit in verbindlicher Weise für alle Gläubiger, wo nicht ausdrücklich eine Ausnahme statuiert wird. Art. 260 gibt aber dem Gläubiger nur ein subsidiäres Recht zur Geltendmachung der darin vorgesehenen Ansprüche. Würde jeder Gläubiger bei jeder Prozesshandlung des Organs der Masse Einsprache erheben oder Anträge stellen können, so würde die Vertretung der Masse beständig gehemmt und die Folge wäre eine Verschleppung des Verfahrens. Darum ist auch der Konkursverwaltung nirgends die Pflicht auferlegt, die Gläubiger von einem ungünstigen Urteil oder einem Verzicht auf Weiterziehung in Kenntnis zu setzen. Ein Recht zur Intervention im Kollokationsprozess ist im Gesetze den Gläubigern nicht gewährt. Dies sind in Kürze die unseres Erachtens durchschlagenden Motive des Bundesgerichts. Es liesse sich noch beifügen, dass auch der Ursprung des Art. 260 in den früheren kantonalen Konkursgesetzen diese

Auffassung durchaus bestätigt. Ueberall handelte es sich lediglich entweder um die Aufnahme bereits anhängiger Prozesse oder um die Einleitung neuer Prozesse zur Verfolgung von streitigen Aktivposten, nie aber um Kollokationsstreitigkeiten. Anders das deutsche Recht. Hier wird der Prozess immer nur zwischen dem Ansprecher und dem die Ansprache im Prüfungstermin bestreitenden Gegner, sei es ein Gläubiger oder der Konkursverwalter, geführt. Der Grundsatz der Abtretung bildete von jeher und bildet auch im heutigen Gesetz einen Bestandteil der Vorschriften über die Verwertung. Seine Wirkung kann nicht in das frühere Stadium der Erhaltung der Konkursforderungen eingreifen. Gibt man zu, wie es die im Archiv (Bd VIII, S. 202) enthaltene bemerkenswerte Kritik der bundesgerichtlichen Praxis tut, dass ein von der Konkursverwaltung abgeschlossener Vergleich in einem Kollokationsprozess oder der Abstand vom Prozess für die Konkursgläubiger bindend ist, so ist das Weitere ebenfalls gegeben. Denn ob die Konkursverwaltung ein unhaltbares Urteil hinnimmt und auf Weiterziehen verzichtet oder einen ungünstigen Vergleich abschliesst, oder ob sie die Klage sofort etwa auf Grund neuer Belege oder besserer Begründung anerkennt, kann im Prinzip kein Unterschied machen. Schliesslich vergegenwärtige man sich auch die praktische Gestaltung des Verfahrens. Würde Art. 260 auch für die Aufnahme von Kollokationsstreitigkeiten der Masse verwendet werden können, so müsste die Konkursverwaltung in allen Fällen, wo sie nicht den Prozess bis zum Ende durchführt, eine Gläubigerversammlung einberufen und diese über das weitere Vorgehen abstimmen lassen. Erst bei einem negativen Entscheide könnte die Abtretung begehrt werden. Ein solches Verfahren hätte das Gesetz vorsehen müssen, wenn es zulässig sein sollte, von den Schwierigkeiten bezüglich Einhaltung von prozessualen Fristen ganz zu schweigen.

Wie schon erwähnt, konnte nach dem ersten Heuslerschen Entwurfe jeder Gläubiger durch die blosser Erklärung, dass er auf der durch die Konkursbehörde verfügten Abweisung eines andern Gläubigers beharre, diesen in die Kläger-

rolle drängen. Damit übernahm er freilich das Risiko und die Mühe eines Prozesses. Er war aber auch nicht darauf angewiesen, wie gut oder schlecht die Konkursbehörde den Prozess führe. Nach dem bestehenden Gesetz wird eine Konkursverwaltung je nach Umständen, ja nach der Person des Konkursverwalters, leicht geneigt sein, eine Kollokationsanfechtungsklage anzuerkennen oder den Prozess nicht mit dem erforderlichen Nachdruck zu führen, und dagegen sind die Gläubiger vollständig machtlos. Die Argumente des Bundesgerichts beruhen auf der jetzigen Fassung des Gesetzes, treffen aber de lege ferenda keineswegs zu und es ist in dieser Beziehung den Ausführungen der erwähnten Kritik durchaus beizustimmen. Allein ein Mittel hiegegen kann den Gläubigern nicht aus dem Art. 260 gegeben werden, sondern nur dadurch, dass jede auf Klage hin erfolgte Admittierung des abgewiesenen Gläubigers als Nachtrag zum Kollokationsplan publiziert und der Anfechtung der übrigen Gläubiger unterstellt wird, oder, was vielleicht eine raschere Erledigung bringen würde, dass den Gläubigern das Recht der Intervention im Prozess zwischen der Masse und dem abgewiesenen Gläubiger eingeräumt wird, was alles vorerst eine Revision des Gesetzes bedingen würde.

Einen wichtigen Fall von Abtretung bilden die Vindikationen Dritter einschliesslich der Aussonderungsansprüche nach Art. 201 bis 203. Verzichtet die Konkursverwaltung und die Gläubigerversammlung auf die Bestreitung eines solchen Anspruches, so können die Gläubiger die Abtretung verlangen. Auch hier macht der Einzelne das Beschlagsrecht der Masse geltend, das sie durch Inventarisierung und Gewahrsam bereits ausübt, nicht etwa das prozessuale Recht auf Bestreitung oder auf Ansetzung einer Klagefrist. Es kann sich fragen, ob neben dem Recht auf Abtretung auch das Beschwerderecht gewährt werden muss gegen die Verfügung einer Konkursverwaltung, mit welcher sie das Recht des Dritten anerkennt. Das Bundesgericht hat die Frage in einem Rekursfall von 1902 bejaht (Spar- und Leihkasse Entlebuch, Bd 28¹, 383). Ein früherer Entscheid (Eidg. Bank c. Cusin, Bd 23, 342), ebenso ein Entscheid des Bundesrates von 1894 (Archiv III, 75),

hatten sie verneint und diesen Entscheiden folgt auch der Jägersche Kommentar. Es handelt sich hiebei in der Tat nicht um eine Frage des Verfahrens, sondern des materiellen Rechtes, welche ihrer Natur nach vor den Richter gehört. Ganz klar wird die Sache, wenn man sich die praktische Folge des Entscheides von 1902 vergegenwärtigt. Wird eine Beschwerde für zulässig erklärt und von den Aufsichtsbehörden die Anerkennung des Vindikationsanspruches gutgeheissen, die Beschwerde des Gläubigers also materiell abgewiesen, so hat dieser Entscheid gar keinen praktischen Wert. Denn nebenher kann jeder Gläubiger die Abtretung der Massrechte verlangen und vom Richter einen gegenteiligen Entscheid provozieren. Umgekehrt könnte die Aufsichtsbehörde die Vindikation abweisen, während der Richter sie schützt. Nach dem späteren Entscheide der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer könnte jeder einzelne Gläubiger die Konkursverwaltung dazu zwingen, den Vindikationsanspruch zu bestreiten, dem Vindikanten eine Klagfrist zu setzen und den Prozess namens der Masse zu führen. Das würde aber dem Rechte der Gläubigerversammlung, über die Verwertung zu disponieren, widersprechen und diesem unbeschränkten Verfügungsrechte darf die Aufsichtsbehörde nicht vorgreifen. Dagegen kann gegen eine Herausgabe von vindizierten Gegenständen an den Ansprecher Beschwerde geführt werden, wenn die Herausgabe erfolgen sollte, bevor über den Anspruch rechtskräftig entschieden worden ist, d. h. bevor entweder kein Gläubiger die Abtretung verlangt hat oder bevor die Abtretung erfolgt und der Vindikationsprozess durchgeführt ist.

Durch die bundesgerichtliche Praxis ist ferner festgestellt, dass nach erfolgter Abtretung in Fällen von Art. 242 die Konkursverwaltung dem Dritten eine Klagfrist ansetzen muss (Archiv VI 54, VII 279 B. G. Bd 27¹, 233), während der Dritte die Ansetzung einer Frist zur Klagerhebung aus einem abgetretenen Anspruch nicht verlangen kann (Archiv VII 279; B. G. Bd 29¹, 260). Es ergibt sich dies als Konsequenz aus dem Gedanken, dass mit der Abtretung nur eine Massregel innerhalb des Artikels 242 getroffen wird, dass der Gläubiger an

die Stelle der Konkursverwaltung tritt und ihre Rechte geltend macht, dass also auch der der Masse zustehende Vorteil, den Dritten in die Klägerrolle zu versetzen und selbst in die Rolle des Beklagten treten zu können, dem Gläubiger zu gut kommen soll. Ein Grund, in dieser Beziehung den Dritten im Fall der Abtretung besser zu stellen, liegt nicht vor.

Komplizierter gestalten sich die Fälle, in denen dem Anspruch der Masse auf Leistung ein Anspruch des Dritten auf eine Gegenleistung gegenübersteht, wo also die Leistung vom Dritten nur verlangt werden kann gegen Erfüllung der Gegenleistung. Ein solcher Fall beschäftigte das Bundesgericht im Entscheide Stächelin (Bd 29¹, 95). Der Kridar Sagnol hatte vor seinem Konkursausbruch der Basler Kreditgesellschaft eine Anzahl Hypothekarobligationen hingegeben und dafür Obligationen dieses Instituts erhalten. Nachdem der Konkurs über die Kreditgesellschaft verhängt worden war, klagte er auf Unverbindlicherklärung des Geschäftes wegen Betrugs und Herausgabe der Hypothekarobligationen gegen Rückerstattung des empfangenen Gegenwertes. Darauf fiel auch Sagnol selbst in Konkurs, dessen Masse lehnte es ab, den Prozess aufzunehmen. Gleichzeitig aber wies sie auch ein Gesuch Stächelins, dem die Obligationen von Sagnol verpfändet waren und welcher nun den Prozess aufnehmen wollte, ab, mit der Begründung, die Herausgabe der Hypothekarobligationen könne nur verlangt werden gegen Rückgabe der Bankobligationen, diese aber seien Bestandteile der Masse und nicht Eigentum des St., Art. 260 beziehe sich nicht auf Ansprüche, welche mit der Verfügung über Massavermögen untrennbar zusammenhängen und welche nur gegen Herausgabe von Konkursaktiven realisiert werden können. In solchen Fällen sei es ausschliesslich Sache der Konkursverwaltung, zu entscheiden, ob sie diese ihre Aktiven behalten oder das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen sie in deren Besitz gekommen sei, anfechten wolle. Die kantonale Aufsichtsbehörde stimmte dieser Auffassung bei. Das Bundesgericht schützte dagegen die Beschwerde des St. und sprach ihm das Recht zu, von der Masse auch die Uebergabe der Bankobligationen zu verlangen, die er zurückgeben

musste, um die Rückgabe der Hypothekarobligationen zu erreichen. Denn der Gläubiger, sagt der Entscheid, an den die Abtretung erfolgt, muss von der Masse auch in die Lage gesetzt werden, die Gegenleistung zu machen, welche dem Gegner bei Gutheissung des abgetretenen Rechtsanspruches zu erstatten ist. Er muss in allen Beziehungen in die Stellung des anfechtenden Kontrahenten gesetzt werden. Allerdings hat er dafür den Gegenwert der Bankobligationen in die Masse einzuwerfen; denn nur in der Voraussetzung hatte die Masse auf den Anspruch verzichtet, dass der Vertrag in seiner Gesamtheit bestehe und sie im Eigentum der Bankobligationen bleibe.

Dieser Entscheid musste sich ebenfalls ergeben als Konsequenz aus dem Grundsatz, dass der die Abtretung verlangende Gläubiger in allen Teilen in die Stelle der Konkursmasse tritt und an ihrer Statt handelt. Wenn also auf der einen Seite der Einzelgläubiger keine Einreden aus seiner Person vom Gegner zu erwarten hat, so muss er sich auf der andern Seite alle gegen die Masse zulässigen Einreden gefallen lassen, also auch diejenige auf Rückerstattung der Gegenleistung. Das Gleiche muss gelten bei allen Ansprüchen aus zweiseitigen Rechtsgeschäften, bei denen auf Erfüllung oder auf Rückerstattung einer Leistung wegen Unverbindlichkeit oder Ungültigkeit des Vertrags geklagt wird und wo dem Kridar die Gegenleistung gemacht wurde. Ebenso gehört hieher der Fall der Anfechtungsklage des einzelnen Gläubigers nach Art. 285 Ziff. 2, sofern eine Gegenleistung nach Art. 291 zu erstatten ist.

Nicht unter die abtretbaren Rechtsansprüche des Art. 260 fällt das Recht der Konkursmasse auf Bestreitung eines angemeldeten Anspruchs auf Grund der Anfechtungsklage, also z. B. die Anfechtung eines paulianisch bestellten Faustpfandes. Hier besitzt der Streitgegenstand, das Faustpfand, Vermögenswert; aber es wird nicht ein Anspruch bestritten, welcher der selbständigen Verwertung fähig ist. Das Bundesgericht hatte im Jahre 1895 im Falle Dürsteler c. Volksbank (Bd 21, 284) den Tatbestand zu beurteilen, dass ein Konkursgläubiger

in der Frist der Auflegung des Kollokationsplanes auf Aberkennung eines von der Konkursverwaltung zugelassenen Faustpfandes eines andern Gläubigers klagte. Das Urteil gibt zu, dass der Weg des Art. 250 der einzige sei, mit dem einem admittierten Gläubiger das zuerkannte Faustpfandreht wieder abgenommen werden könne, stützt dann aber doch die Legitimation des anfechtenden Gläubigers auf Art. 260, mit dem Beifügen, dass es einer besondern Abtretenserklärung in diesem Falle nicht bedürfe, weil kraft des Gesetzes das Klagrecht jedem Gläubiger zustehe. Darum sei auch ohne ausdrückliche Willenserklärung der Gesamtheit der Gläubiger dem Art. 260 Genüge geleistet. Das Urteil zieht unrichtigerweise den Art. 260 überhaupt heran, denn diese Bestimmung gelangt gar nicht zur Anwendung. Das paulianische Anfechtungsrecht ist, sobald es verwendet wird, um eine zugelassene Kollokation zu beseitigen, im Recht auf Kollokationsanfechtung bereits enthalten. Sie ist nur eine besondere rechtliche Begründung der Kollokationsanfechtungsklage, welche ohne besondere Abtretung jedem Gläubiger von Gesetzeswegen zusteht. In einem späteren Urteil (Brauerei Uetliberg c. Schweiz. Volksbank Bd 29², 383) wurde denn auch dieser frühere Standpunkt ausdrücklich verlassen und gesagt, dass mit Art. 250 alle Anfechtungsgründe verwendet werden können, also auch Bestreitungen, die sich aus den rechtlichen Beziehungen zwischen Gemeinschuldner und Masse einerseits und dem angefochtenen Gläubiger andererseits ergeben. Dies trifft übrigens nicht bloss bei der paulianischen Anfechtung zu, sondern bei jeder civilrechtlichen Anfechtung eines admittierten Gläubigers durch einen andern Gläubiger. Erfolgt diese z. B. weil das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen eine eingegebene Forderung zugelassen wurde, wegen Betrugs unverbindlich sei, so macht der anfechtende Gläubiger Einwendungen geltend, welche ausserhalb des Konkurses nur dem Gemeinschuldner zustehen. Diese exceptio ist vom Schuldner auf die Gläubigerschaft übergegangen. Denn nach Art. 245 ist die Konkursverwaltung berechtigt, unabhängig über die Zulassung der Forderung zu entscheiden, ohne an die Anerkennung des Schuldners ge-

bunden zu sein. Sie kann also Einreden, welche der Schuldner nicht erhebt, von sich aus und entgegen dem Willen des Schuldners geltend machen, und dasselbe Recht besitzt auch der die Zulassung anfechtende Gläubiger.

Die Rechtsansprüche des Art. 260 müssen sich unmittelbar aus dem Beschlagsrecht der Gläubiger herleiten lassen. Ansprüche, die erst nach der Konkursöffnung durch Rechtshandlungen der Masse oder des Kridars entstanden sind, entziehen sich der Abtretung. Wenn beispielsweise die Konkursverwaltung ein Warenlager verkauft, so bildet die Kaufpreisforderung keinen abtretbaren Rechtsanspruch, auf welchen die Gesamtheit der Gläubiger verzichten könnte. Ganz abgesehen davon, dass das Gesetz (Art. 259 in Verbindung mit 129 und 143) für diese Fälle den Weg einer neuen Steigerung vorschreibt, ist das Beschlagsrecht durch den Verkauf der Waren bereits ausgeübt, also geltend gemacht im Sinne von Art. 260, und die aus dem Veräußerungsakte sich ergebende Forderung ist eine Forderung der Masse. Für die Gebühren der Masse hat das Bundesgericht im Entscheide Ramseier (Bd 23, 406) ausdrücklich ausgesprochen: eine Rückforderung der Gläubiger gegen einen Konkursverwalter auf Rückerstattung zu viel gezogener Gebühren fällt nicht unter Art. 260.

Im Uebrigen wird man die Rechtsansprüche des Art. 260 keiner Beschränkung unterwerfen dürfen. Alle Vermögensstücke, welche überhaupt Gegenstand des Beschlagsrechts bilden können, sind der Abtretung fähig. Also auch das Beschlagsrecht der Masse, wenn ein Gemeinschuldner nach der Konkursöffnung ungültig über Massagut verfügt hat. Tritt die Konkursverwaltung jedoch auf ein solches Veräußerungsgeschäft ein, weil sie es für vorteilhaft hält, so vollzieht sie eine Verwertung aus freier Hand und die Gegenleistung bildet eine Massaforderung, wie das Guthaben aus einem Steigerungserlös.

Ansprüche gegen sich selbst sind selbstverständlich der Abtretung entzogen, auch wenn eine Weiterbegebung an einen Dritten stattgefunden hat. Es kann also ein Konkursgläubiger, welcher zugleich Schuldner der Masse ist (etwa aus anfecht-

barer Empfangnahme von Waren an Zahlungsstatt) nicht die Abtretung des Anspruchs verlangen, da er ihn nicht gegen sich selbst einklagen kann (B. G. Bd 29¹, 365).

Der Rechtsanspruch geht im gleichen rechtlichen Bestande über, wie er der Masse zusteht, also behaftet mit allen Einreden materieller und prozessualer Natur; bei anhängigen Prozessen in dem Stadium, in welchem er sich zur Zeit des Konkursausbruches befand (B. G. Bd 18, 536).

Rechtsansprüche, welche erst nach Schluss des Konkursverfahrens entdeckt werden, sind nach Art. 269 zu behandeln. Ein schon während des Konkursverfahrens den Gläubigern bekannter Anspruch kann dagegen nicht mehr auf Grund einer Abtretung nachträglich von einem Gläubiger geltend gemacht werden (B. G. Bd 23, 1724).

Der Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger. Dass mit dem Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger nicht ein einstimmiger Beschluss sämtlicher Konkursgläubiger überhaupt oder aller in der Gläubigerversammlung erschienenen und vertretenen Gläubiger gemeint sein kann, ist ohne weiteres klar. Hat aber der Verzicht von der Konkursverwaltung und von der Gläubigerversammlung auszugehen oder nur von der letzteren? Bedarf es also immer ausser dem Beschluss der Konkursverwaltung auch einer Aeusserung der Gläubiger, und kann die Mehrheit der Gläubiger die Konkursverwaltung entgegen ihrem Beschluss zur Rechtsverfolgung anhalten? Nach dem Wortlaut der Bestimmung genügt ein Verzicht der Konkursverwaltung nicht, und dies entspricht auch der Stellung und Bedeutung des Art. 260 im Gesetz. Es handelt sich um die Verwertung der Massagüter, wie denn auch der Artikel unter der Rubrik der Verwertung eingereiht ist, und für alle diese Fragen ist der Entscheid der Gläubigerversammlung vorbehalten. Ein Grund, bei der Verwertung der zweifelhaften Ansprüche anders zu verfahren, liegt nicht vor. Die Konkursverwaltung soll nicht gegen den Willen der Mehrheit der Gläubiger einen aussichtslosen Prozess führen können. Darum muss der Wille dieser Mehrheit zuerst ermittelt werden. Nur bei Beschlussunfähigkeit der Versammlung, wo also die

Funktion dieses Organs versagt und die Gläubiger auf eine Beteiligung an der Verwaltung des Konkurses keinen Wert legen, hat die Konkursverwaltung ausschliesslich zu handeln. Dagegen hat die Verzichtserklärung jeweils von der Konkursverwaltung auszugehen. Denn sie ist das ausführende und nach aussen die Konkursmasse vertretende Organ.

Dass die Aufnahme einer Forderung im Kollokationsplane ohne Berücksichtigung anfechtbarer Rechtshandlungen, z. B. anfechtbarer Zahlungen des Gemeinschuldners, keinen Verzicht der Masse auf das Anfechtungsrecht bedeutet, liegt auf der Hand. Die Konkursverwaltung kann in einem solchen Falle selbstverständlich nichts anderes tun, als die angemeldete (und infolge Abzugs der anfechtbarerweise getilgten Beträge verminderte) Forderung aufnehmen. Ueber das Recht, vom Gläubiger die vor Konkurs bezahlten Beträge zur Masse zurückzufordern, hat sie sich damit nicht ausgesprochen und nicht aussprechen können (B. G. Bd 29², 190. Kayser c. Sparkasse Zofingen).

Für die Verzichtserklärung ist eine Form nicht vorgeschrieben. Dass der Verzicht erfolgt ist, wird von der Konkursverwaltung auf Grund eines Beschlusses der Gläubigerversammlung oder beim summarischen Verfahren einer auf dem Zirkularwege eingeholten Erklärung der Mehrheit konstatiert.

Der Abschluss eines Vergleichs durch die Gesamtheit der Gläubiger wird vom Bundesgericht nicht als Verzicht, sondern als Geltendmachung des Anspruches bezeichnet (Rekurs Schenk Bd 24¹, 389). Der Rekursentscheid spricht sich freilich sehr vorsichtig aus: in dem Beschluss einer Gläubigerversammlung, einen Vergleich mit einem Massschuldner abzuschliessen, liege jedenfalls nicht schon zum vornherein ein Verzicht, vielmehr sei der Vergleich aller Regel nach eine besondere Art der Geltendmachung. Die Frage ist in der Tat sehr diskutabel, aber keine von Fall zu Fall zu beantwortende Ermessensfrage, sondern wird sich nicht anders als prinzipiell entscheiden lassen, wenn man nicht der Minderheit der Gläubiger ein Rekursrecht an die Aufsichtsbehörde gegen

den Beschluss der Mehrheit gewähren will, was doch wiederum gegen das unbeschränkte Verfügungsrecht der Gläubigerversammlung verstossen würde. Nach dem Wortlaut des Gesetzes unterstehen Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung — und um solche wird es sich meist handeln — überhaupt nicht der Beschwerdeinstanz; nach bundesgerichtlicher Praxis sind Rekurse zulässig, wenn Rechte der Gläubiger oder Dritter verletzt oder die Kompetenzen der Gläubigerversammlung überschritten worden sind, beides Voraussetzungen, welche bei Vergleichsabschlüssen in der Regel nicht zutreffen werden. Wird der Abschluss eines Vergleichs als Geltendmachung aufgefasst, so steht es einer Mehrheit frei, aus übertriebener Aengstlichkeit einen mageren Vergleich zu erzwingen und die Minderheit an der Verfolgung des Anspruchs auf eigene Kosten zu verhindern. Es scheint darum immer noch der Antrag Bachmann in der nationalrätlichen Kommissionsberatung und der Entwurf von 1875 als empfehlenswert, wonach die Minderheit die Abtretung verlangen und den Vergleichabschluss verhindern kann, sofern sie die Vergleichssumme sicherstellt. Ein Recht, diese Sicherstellung zu verlangen und ein Recht, gegen Sicherstellung die Abtretung zu begehren, ist im Gesetze nicht statuiert und wird von der Praxis auch kaum, wie erwartet wurde, in das Gesetz hinein interpretiert werden können.

Die Verwendung des Ergebnisses. Das Ergebnis ist im Sinne des Art. 260 der Barerlös aus der durchgeführten Anspruchsverfolgung. Wer die Verteilung des Ergebnisses vorzunehmen hat, wird im Gesetz nicht gesagt, wie denn überhaupt die Vorschriften über das Verfahren dürftig sind. Es kann aber nur die Konkursverwaltung sein, da der Ueberschuss der Masse verbleibt, diese mithin ein rechtliches Interesse an einer richtig vor sich gehenden Verteilung besitzt. Auch zur Vormerkung der verteilten Beträge in der Verteilungsliste und zur Ausstellung der Verlustscheine müsste der Konkursverwaltung Kenntnis und Kontrolle über die Verteilung eingeräumt werden. Die Berechtigung, die Verteilung vorzunehmen, ergibt sich aber auch schon aus dem Prinzip

des Art. 260, der lediglich das Risiko einer Rechtsverfolgung gegen Gewährung einer Risikoprämie von der Masse abwälzen will, im übrigen aber keine Entäusserung von Befugnissen der Konkursverwaltung bezweckt. Man wird aber noch weiter gehen und auch den Inkasso des Ergebnisses der Konkursverwaltung übertragen dürfen. Denn die Einzelgläubiger klagen nicht aus eigenem Recht und in eigenem Namen, sondern im Namen der Masse und zu deren Gunsten. Sobald also die Rechtsverfolgung beendet und der Erlös ohne weitere Kosten greifbar ist, liegt kein Anlass vor, die Behändigung des Ergebnisses nicht der Konkursverwaltung zu überlassen. Die Gläubiger haben kein Interesse daran, das Ergebnis selbst einzuziehen, wohl aber daran, dass nicht unter ihnen Streit über die Art des Einzugs entsteht oder gar ein Gläubiger sich am Erlöse vergreift. Es wird also richtiger sein, wenn die Klage der Einzelgläubiger direkt zu Gunsten der Masse als Destinatärin gestellt wird, so dass die Zahlung oder sonstige Leistung nur an die Konkursverwaltung gültig erfolgen kann.

Wo das Ergebnis nicht in Barzahlung, sondern in einer andern Leistung besteht, z. B. in der Rückgewähr von Waren, welche an Zahlungsstatt hingegeben worden waren, wird eine private Verwertung nach den früheren Ausführungen ohne weiteres ausgeschlossen erscheinen. Uebrigens auch aus praktischen Rücksichten, denn die Verwertung kann unparteiisch nur durch die Konkursverwaltung nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgen, damit ein von den Privatinteressen der Beteiligten ganz unabhängiges Resultat erzielt werde.

Die Verteilung hat in der Weise vor sich zu gehen, dass zuerst die Verteilung der Hauptmasse vorgenommen wird und erst hernach die Separatverteilung an die in der Hauptverteilung sich ergebenden Verlustforderungen der Abtretungsgläubiger stattfindet. Ergibt sich dann noch ein Ueberschuss, so wird dieser als Nachtragsverteilung an alle übrigen Gläubiger ausgeschüttet. In diesem Sinn hat sich auch das Bundesgericht in einem Rekurs geäussert (Jurt, Bd 25, 597). Würde die Separatverteilung zuerst vorgenommen, so hätte dies zur Folge, dass wenn sich unter den Abtretungsgläubigern privi-

legierte Gläubiger befinden, diese zuerst aus dem Separatergebnis befriedigt würden und die übrigen Abtretungsgläubiger nur den Rest, eventuell nichts mehr bekommen. Wenn aber die Befriedigung dieser privilegierten Gläubiger zuerst aus der Hauptmasse erfolgt, wird sich die Separatverteilung für die übrigen günstiger gestalten. Die Mehrheitsgläubiger sollen nicht davon profitieren, dass ein privilegierter Gläubiger für seine Forderung vom Separatergebnis den Rahm abschöpft und damit die Hauptmasse entlastet.

Die Kosten der Rechtsverfolgung werden vorab gedeckt. Der Jägersche Kommentar nimmt an, dass darüber eine Ergänzung des Kollokationsplanes notwendig werde, und man wird diesem Antrage beistimmen müssen. Allerdings wachsen die Prozesskosten nicht der Konkursforderung des Abtretungsgläubigers zu, so dass sie sich um diesen Betrag erhöhen würde. Reicht z. B. der Erlös des Prozesses nicht hin, um die Kosten zu decken, so kann der Verlust nicht etwa zur Konkursforderung des Gläubigers, der diesen Pyrhussieg errungen hat, hinzugeschlagen, darauf die Dividende bezogen und ein Verlustschein verlangt werden. Die Prozesskosten qualifizieren sich als Impensen ad promovendam massam und haben äusserlich allerdings ähnlichen Charakter wie die Auslagen der Konkursverwaltung zur Erhaltung des Massagutes, deren Höhe nur im Beschwerdeverfahren angefochten werden kann. Allein beim Art. 260 handelt es sich nicht um Gebühren oder Spesen des amtlichen Organs, der Konkursverwaltung, sondern um eine Forderung eines Konkursgläubigers, für welche er Befriedigung aus einem besondern Massaerlös beansprucht und wobei er in Konkurrenz mit anderen Gläubigern tritt. Den letzteren muss Gelegenheit geboten werden, die Kostenforderung zu bestreiten.

Verläuft der Prozess ungünstig, so kann sich der unterliegende Abtretungsgläubiger selbstverständlich für die aufgewendeten Kosten nicht bei der Masse erholen. Die Grundsätze des Mandates cessieren also für diese Seite des Verhältnisses.

Für die Verteilung des Ergebnisses an die Konkursfor-

derungen der Abtretungsgläubiger bedarf es jedoch eines neuen Kollokationsplanes nicht. Das Bundesgericht hat in einem (nicht publizierten) Rekursentscheid (Weber u. Kons., 10. Oktober 1903, Archiv VIII Nr. 6) ausgesprochen, dass Streitigkeiten über die Zuteilung des Erlöses an die Abtretungsgläubiger von den Gerichten, nicht von den Aufsichtsbehörden, zu entscheiden seien, indem die Separatverteilungsliste soweit Kollokationsplan sei, als darin das Vorzugsrecht des Abtretungsgläubigers anerkannt werde. In zwei früheren Entscheiden (Rekurs Schürmann, 10. August 1903, Bd 29¹, 367; Rekurs Jurt, s. o.) war die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer stillschweigend davon ausgegangen, dass diese Fragen ihrer Kompetenz unterstellt sind, und dieser Standpunkt verdient den Vorzug. Der Kollokationsplan hat den Zweck, die Passivmasse zu bereinigen. Es soll damit festgestellt werden, mit welchen Summen und in welcher Reihenfolge die Gläubiger bei der Ausschüttung der Aktiven teilnehmen. Bei der Verteilung des Erlöses nach Art. 260 nun tritt neben die Hauptverteilung eine Separatverteilung, für welche aber ebenfalls die Feststellungen des Kollokationsplanes massgebend sind. Die Ausscheidung des Separaterlöses behufs Bildung einer besonderen Verteilungsmasse und die Verteilung desselben unter die Abtretungsgläubiger ist aber ein reines Verteilungsgeschäft, genau so wie wenn ein Gläubiger, der im Kollokationsprozess die Wegweisung eines anderen durchgesetzt hat, auf den Prozessgewinn angewiesen wird. Der Unterschied etwa zwischen einem Pfandgläubiger, der ebenfalls auf abgesonderte Befriedigung Anspruch hat, und einem Abtretungsgläubiger besteht darin, dass für das Pfandrecht eine besondere Klasse im Kollokationsplan vorgesehen ist, und dass sich das Pfandrecht auf Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners stützt, welche bei Ausbruch des Konkurses vorgelegen haben, während bei Art. 260 kein Pfandrecht in Frage steht und der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung auf der Abtretung der Konkursverwaltung beruht, also auf einem Vorgang innerhalb des Konkursverfahrens selbst. Es erscheint deshalb die von der bernischen Aufsichtsbehörde (Jahresbericht 1903, S. 30) und

im Archiv (l. c.) am Entscheide Weber geübte Kritik als berechtigt.

III. Zusammenfassung. De lege ferenda.

Der Art. 260 will der Gefahr, dass zweifelhafte Vermögenswerte der Masse um jeden Preis verschleudert werden, vorbeugen und dem einzelnen Gläubiger die Möglichkeit eröffnen, solche Ansprüche voll einzubringen. Er bildet die Parallelbestimmung zu Art. 131, l. 2 im Betreibungsverfahren, welcher den pfändenden Gläubigern das Recht einräumt, auf ihre Gefahr die Eintreibung eines gepfändeten Anspruchs zu übernehmen. Die Minderheit der Konkursgläubiger gewinnt dabei den Vorteil, dass sie vor der Mehrheit aus dem Erlös Befriedigung suchen kann. Den Einsatz, um den sie diesen Vorteil erringt, bilden die Kosten der Anspruchsverfolgung. Die Mehrheit verliert die Möglichkeit, den Abtretungsanspruch an der Steigerung als Käufer an sich zu ziehen und es entgeht ihr der Steigerungserlös. Dafür kann sie ohne Gegenleistung die Abtretung des Anspruchs verlangen. Es fragt sich nun, ob das Prinzip des Art. 260 im System des Konkursgesetzes eine taugliche Funktion ausübt und ob es beizubehalten ist, eventuell in welcher Fassung.

Der Grundgedanke des Artikels ist nicht nur historisch in einer Reihe von schweizerischen Konkursrechten begründet, sondern auch innerhalb der heutigen Ordnung des eidgenössischen Konkursrechtes zweckmässig. Die Erfahrungen, die man von jeher mit der Versteigerung von Guthaben und andern Ansprüchen gemacht hat, zumal der dubiosen, zeigen, dass sehr oft, wenn nicht in der Regel, berufsmässige Gantkäufer das Aktivum für wenig Gelder erwerben, um es nachher zu eigenem Gewinn auszubeuten. In solchen Fällen empfiehlt sich eine Art der Verwertung, welche direkt den die Kosten der Geltendmachung aufs Spiel setzenden Gläubigern, indirekt der ganzen Masse zu gut kommt. Namentlich aber erfüllt der Art. 260 seinen Zweck bei solchen Ansprüchen, welche nicht der Verwertung nach Art. 256 unterliegen, beim Beschlagsrecht gegenüber Aussonderungsansprüchen

Dritter. Es ist mit Recht gesagt worden, dass es nicht angehe, dem Gläubiger einen Einspruch gegen die kleinste Belastung der Passivmasse zu gewähren und andererseits die Preisgabe des Beschlagsrechts gegenüber Aussonderungsansprüchen von unbegrenztem Wert einzig in die Hand der Konkursverwaltung zu legen (vergl. Kohler, Konkursrecht S. 398). Allerdings will der Artikel nicht einen Schutz geben gegen bequeme oder ungenügend geschulte Konkursverwalter. Denn der Entscheid über die Geltendmachung ist der Gläubigerversammlung anheimgegeben. Aber einer unvigilanten oder schlecht beratenen Gläubigermehrheit und der Gleichgültigkeit und Passivität der Gläubiger gegenüber bietet die Bestimmung für die rührige Minderheit eine wünschbare Waffe und einen Ansporn zu eigener Tätigkeit.

Die Ausgestaltung, welche das System der Abtretung in Art. 260 erfahren und wie sie namentlich die Praxis ausgebildet hat, entspricht, wenn auch nicht überall, dem Wortlaut, so doch zweifellos dem Zwecke des Ganzen. Die Bestimmungen über die Verwendung des Ergebnisses geben für die Konstruktion die Richtschnur. Damit ist gesagt, dass die Abtretung nicht etwa den Sinn einer freihändigen unentgeltlichen Zuweisung von bestrittenen Aktiven zu beliebiger Verwendung haben darf. Die Zusicherung einer bevorzugten Befriedigung ist ein billiges Entgelt für die Mühen und das Risiko des Prozesses. Andererseits wieder soll das Interesse des einzelnen Gläubigers nicht weiter reichen, als sein Interesse im Konkurs überhaupt. Er soll die Abtretung nicht benützen dürfen, um dabei ein Geschäft zu machen, das über sein Konkursinteresse hinausgeht. Sobald daher seine Forderung gedeckt ist, hört sein Interesse auf. Es widerspräche dem sozialen Prinzip des Konkursverfahrens, den Gläubiger gleich zu behandeln wie jeden Dritten, der an der Versteigerung ein streitiges Vermögensstück erwirbt, um den ganzen Erlös in die Tasche zu stecken.

Gibt man zu, dass auch die Verwendung des Ergebnisses nicht der privaten Tätigkeit der Abtretungsgläubiger überlassen bleibt, sondern dem amtlichen ausführenden Organ des Kon-

kurses vorbehalten ist, so bleibt freilich von der *procuratio in rem suam* nur noch das gewöhnliche Mandat übrig. Denn darin bestand gerade das Kriterium des *Procurators in rem suam*, dass er das Resultat seiner Tätigkeit für sich behalten konnte, und dazu erhielt er die Klagen des Mandanten als *actiones utiles*. Der Zweck war eine möglichst *cessionsgleiche* Wirkung. Den Abtretungsgläubiger so zu stellen, liegt beim Art. 260 keine Veranlassung vor. Den verschiedenen zusammenlaufenden Interessen ist mit der Annahme eines gewöhnlichen Mandates auch in dieser Richtung hinreichend Rechnung getragen.

Es fragt sich nun, ob es bei einer Revision des Artikels nicht richtiger wäre, den letzten Schritt auch noch zu tun und die Prozessführung in die Hand der Konkursverwaltung zu legen. Freilich müsste dann den Gläubigern, welche für die Kosten des Prozesses aufkommen, ein Einfluss auf die Führung desselben eingeräumt werden, etwa in der Weise, dass man ihnen das Recht der Intervention erteilen würde. Die Schwierigkeit dürfte darin liegen, dass das Interventionsrecht nach den verschiedenen kantonalen Prozessordnungen verschieden gestaltet und so eine einheitliche Rechtsstellung im Prozesse erschwert ist. Allein dem stehen doch gewichtige Vorzüge gegenüber. Führt die Konkursverwaltung auf Kosten der Einzelgläubiger den Prozess, so steht sie unter der Kontrolle der Aufsichtsbehörde, an welche wegen Verschleppung oder Nachlässigkeit Beschwerde geführt werden kann. Die Konkursverwaltung befindet sich im Besitze der Beweismittel und ist leichter in der Lage, vor und während dem Prozess sich vom Gemeinschuldner die nötigen Aufklärungen zur Instruktion geben zu lassen als der einzelne Gläubiger. Wird der Prozess aber von den Gläubigern geführt, so hat die Konkursverwaltung keinerlei Macht, auf den Gang desselben einzuwirken, ebensowenig die übrigen Gläubiger. Sodann wäre im ersteren Falle jede Einwendung seitens der nicht prozessierenden Gläubiger gegen die Art der Prozessführung der Abtretungsgläubiger ausgeschlossen und damit eine Quelle weitläufiger und schwieriger Rechtshändel unter den

Gläubigern selbst verstopft. Die ganze Situation würde sich auf diese Weise vereinfachen. In der Regel würde sich wohl der Verlauf so gestalten, dass die Konkursverwaltung im Einverständnis mit den Abtretungsgläubigern den die Sache führenden Anwalt bestellt. Geniesst dieser das Vertrauen der Beteiligten, so ist eine Grundlage für eine glatte Abwicklung gegeben.

Damit in Zusammenhang steht, was gegen die Einführung des Art. 260 als Bedenken vorgebracht wurde. Die einzige Befürchtung, welche — soweit die Materialien Aufschluss geben — in den Beratungen geäußert wurde, bezog sich darauf, dass der Schluss des Verfahrens zu weit hinausgerückt oder dass nachträgliche Verteilungen notwendig würden. Letzteres dürfte nur dann eintreten, wenn nachträglich entdeckte Vermögensstücke in Frage stehen. Denn über bereits während des Verfahrens bekannt gewordene Ansprüche muss in der Schlussverteilung verfügt werden (vergl. dazu B. G. Bd 23, 1724). Das Zürcher Obergericht hat zwar den Schluss des Konkursverfahrens als zulässig erklärt vor Liquidierung der Ansprüche des Art. 260. Die Weisung hat praktische Vorzüge, steht aber nicht im Einklang mit der Vorschrift, dass die Verteilung erst erfolgen kann, wenn die ganze Masse versilbert ist. Sie schädigt auch die Interessen des Gemeinschuldners. Denn bei der Verteilung erhält jeder Gläubiger einen Verlustschein, auf Grund dessen der Schuldner wieder betrieben werden kann. Ein Verlustschein kann aber richtig nur ausgestellt werden, wenn die Liquidation sämtlicher Aktiven der Verteilung vorangegangen ist. Die Weisung der bernischen Aufsichtsbehörde vom Jahr 1901 (Jahresbericht S. 26) wonach ein Abschluss des Verfahrens vor Erledigung von Abtretungsprozessen nicht möglich ist, hat deshalb das Richtigere getroffen.

Nun kann freilich die Erledigung des Konkurses durch einen Prozess der Abtretungsgläubiger verzögert werden. Die Verzögerung wird aber nicht länger dauern, als wenn die Mehrheit die Prozessführung beschlossen hätte, und sie wird jedenfalls weniger eintreten, wenn die Konkursverwaltung

selbst, auch bei Verzicht der Mehrheit, den Prozess auf Kosten der Minderheit führt. Dem Interesse der Gläubiger auf Verteilung der verfügbaren Aktiven kann zudem jederzeit durch Abschlagsverteilungen entgegengekommen werden.

Endlich bedarf der Artikel 260 auch schon nach den Resultaten der seitherigen Anwendung in der Praxis einer Revision. Im Sinne der vorstehenden Erörterungen mag eine Fassung vorgeschlagen werden, deren Begründung sich aus dem bisher Gesagten ergeben wird:

Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Konkursverwaltung zur Verfolgung derjenigen Massaansprüche auf seine Kosten anzuhalten, auf deren Verfolgung die Mehrheit der Gläubiger verzichtet hat. Einem solchen Gläubiger steht das Recht zu, in einem Prozess der Masse als Intervenient aufzutreten. Wird ein solches Begehren von keinem Gläubiger gestellt, so ist der Anspruch zu versteigern.

Das Ergebnis wird von der Konkursverwaltung behändigt und zur Deckung der in den Kollokationsplan aufzunehmenden Kosten und sodann der Forderungen derjenigen Gläubiger verwendet, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Ein Ueberschuss wird unter die anderen Gläubiger verteilt.

Eventuell, falls die Gläubiger wie bisher selbst den Prozess führen (statt des obigen lemma 1):

Jeder Gläubiger ist berechtigt, auf eigene Kosten, aber im Namen der Masse, die Verfolgung derjenigen Massaansprüche zu übernehmen, auf deren Verfolgung die Mehrheit der Gläubiger verzichtet hat.

