

## **BGE 105 III 135**

Bundesgericht (BGE), 1979-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_105 III 135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_105_III_135)

FR: ATF 105 III 135

IT: DTF 105 III 135

### **Regeste**

Regeste Abtretung nach Art. 260 SchKG. Der Abtretungsgläubiger ist gestützt auf die Abtretung berechtigt, aber nicht verpflichtet, anstelle der Masse in einen bereits hängigen Prozess des Gemeinschuldners einzutreten. Dem Bundesrecht ist aber nur zu entnehmen, dass der Prozesseintritt nicht bereits mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde oder mit der Mitteilung der Abtretung an das Gericht bewirkt werde. Ob der Abtretungsgläubiger in der Folge den Prozess tatsächlich aufgenommen habe, bestimmt sich nach kantonalem Prozessrecht (E. 3). Mit dem Prozesseintritt übernimmt der Abtretungsgläubiger nach Bundesrecht das ganze Prozessrisiko (E. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG kann jeder Konkursgläubiger die Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat. Die Rechtsnatur dieser Abtretung ist von der BGE 105 III 135 S. 138 Literatur, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem obligatorischen Konkursformular Nr. 7 in dem Sinne umschrieben worden, dass es sich um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis handelt, das Ähnlichkeit mit der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und dem Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR aufweist ( BGE 93 III 63 , BGE 86 III 157 /158, BGE 84 III 43 , je mit Hinweisen und Literaturzitatzen; FLACHSMANN, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG , Zürcher Diss. 1927, S. 6 ff.). Danach wird der Gläubiger durch die Abtretung ermächtigt, den streitigen Rechtsanspruch anstelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Zur Abtretung können Ansprüche gelangen, die noch nicht Gegenstand eines Prozesses bilden. In diesem Fall ist der Abtretungsgläubiger nach feststehender Lehre und Rechtsprechung nicht verpflichtet, den Prozess auch anzuheben und bis zum Urteil durchzuführen. Er kann vielmehr von der Klageeinleitung überhaupt absehen, einen aussergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleich abschliessen oder aber eine eingeleitete Klage wieder zurückziehen ( BGE 102 III 30 mit Hinweisen). Der Gläubiger wird durch die Abtretung aber auch in die Lage versetzt, anstelle der Masse als Partei in einen bereits hängigen Prozess einzutreten und diesen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr weiterzuführen. Dabei handelt es sich ebenfalls um ein Recht und nicht um eine Pflicht des Abtretungsgläubigers. In der Abtretungsurkunde wird der Gläubiger denn auch nicht verpflichtet, sondern lediglich ermächtigt, den angehobenen Prozess weiterzuführen. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 260 SchKG ist durchwegs von einem Prozessführungsrecht und nirgends von einer entsprechenden Pflicht oder von einer Übertragung des Prozessrechtsverhältnisses durch die Abtretungsurkunde die Rede( BGE 93 III 63 , BGE 86

III 157 , BGE 61 III 2 , BGE 43 III 163 , 41 III 76; vgl. auch das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 12.12.67 in ZR 67/1968 Nr. 115; STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N. 8 zu § 49). Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb der Abtretungsgläubiger wohl auf die Anhebung, nicht aber auf die Fortsetzung eines Prozesses sollte verzichten können. In diesem Zusammenhang ist auch auf BGE 84 III 44 zu verweisen, wo entschieden wurde, eine Abtretung könne von der Konkursverwaltung widerrufen werden, BGE 105 III 135 S. 139 wenn der streitige Anspruch vom Drittschuldner anerkannt werde, bevor der Abtretungsgläubiger zu seiner Realisierung irgendwelche Vorkehren getroffen habe. Dasselbe muss auch gelten, wenn der Prozessgegner die Klage anerkennt bzw. zurückzieht, bevor der Abtretungsgläubiger Schritte zur Fortsetzung des Verfahrens unternommen hat. Muss dieser sich den Widerruf der Abtretung gefallen lassen, so muss ihm folgerichtig auch das Recht zugestanden werden, nach erfolgter Abtretung noch auf den Eintritt in den Prozess zu verzichten. Die kantonalen Instanzen haben demnach im vorliegenden Fall Sinn und Tragweite von Art. 260 SchKG verkannt, wenn sie davon ausgegangen sind, dass bereits mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde bzw. mit der Mitteilung der erfolgten Abtretung an das Gericht der Eintritt des Abtretungsgläubigers in den Prozess bewirkt werde. Insofern haben sie gegen Bundesrecht verstossen. Über den Zeitpunkt des Eintritts des Abtretungsgläubigers in den Prozess sagt das Bundesrecht indessen nichts aus. Es ist ihm nur zu entnehmen, dass mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde nicht automatisch der Eintritt in den Prozess vollzogen werde. Ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufgenommen habe, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechts. Dieses hat zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande kommt. Die Vorinstanz hat somit auch insofern Bundesrecht verletzt, als sie die Frage des Prozesseintritts der drei Abtretungsgläubiger unter dem Gesichtspunkt des Bundesrechts geprüft hat, anstatt das kantonale Prozessrecht anzuwenden ( BGE 93 II 191 ). Das angefochtene Urteil muss daher aufgehoben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Diese wird zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall die drei Abtretungsgläubiger nach kantonalem Recht in den Prozess des Gemeinschuldners mit der Beklagten eingetreten sind.

#### **E. 4**

Kommt das Obergericht aufgrund seiner Prüfung zum Schluss, die drei Abtretungsgläubiger seien in den Prozess eingetreten, so stellt sich die Frage, wer das Risiko für die bereits aufgelaufenen Prozesskosten zu tragen habe. Ob hierfür die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger haften, ist nach Bundesrecht zu beurteilen. Dabei ist zu beachten, dass der Abtretungsgläubiger nach der Rechtsprechung zu Art. 260 BGE 105 III 135 S. 140 SchKG den Prozess in eigenem Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr weiterzuführen hat. Er übernimmt somit das ganze Prozessrisiko. Gewinnt er den Prozess, so kann er seine Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner aus dem Prozessergebnis vorweg befriedigen ( Art. 260 Abs. 2 SchKG ) und hat ihm der Prozessgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen. Er ist daher nur recht und billig, dass der Abtretungsgläubiger, wenn er den Prozess verliert, die gesamten Prozesskosten - auch die vor seinem Prozesseintritt aufgelaufenen - und die Kosten der Gegenpartei zu tragen hat. Sollte sich demnach im vorliegenden Fall ergeben, dass die Berufungskläger nach kantonalem Prozessrecht in den Prozess des Gemeinschuldners eingetreten sind, so bedeutet ihr Verzicht auf die Fortführung des Prozesses einen Klagerückzug, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen und sie zur Leistung einer Entschädigung an die

Gegenpartei zu verpflichten sind.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.