

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Herausgegeben von / Editées par
François Bohnet, Tanja Domej, Ulrich Haas, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin,
Ramon Mabillard, Alexander R. Markus, Paul Oberhammer, Ivo Schwander,
Daniel Staehelin, Thomas Sutter-Somm, Denis Tappy

Jonas Stähli

**Die aktive uneigentliche
notwendige Streit-
genossenschaft nach
Art. 260 SchKG in der ZPO**

DIKE 

Jonas Stähli

Die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft
nach Art. 260 SchKG in der ZPO

Herausgegeben von / Editées par

Prof. Dr. François Bohnet, Université de Neuchâtel

Prof. Dr. Tanja Domej, Universität Zürich

Prof. Dr. Ulrich Haas, Universität Zürich

Prof. Dr. Jacques Haldy, Université de Lausanne

Prof. Dr. Nicolas Jeandin, Université de Genève

Prof. Dr. Ramon Mabillard, Universität Fribourg

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Universität Bern

Prof. Dr. Paul Oberhammer, Universität Wien

Prof. Dr. Ivo Schwander, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Daniel Staehelin, Universität Basel

Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel

Prof. Dr. Denis Tappy, Université de Lausanne

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse**

Band / Volume 49

Jonas Stähli

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Die aktive uneigentliche
notwendige Streit-
genossenschaft nach
Art. 260 SchKG in der ZPO**

DIKE 

ST. GALLER DISSERTATION

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Jonas Stähli 2024

ISBN (Hardback): 978-3-03891-678-9 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-053-6

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-053-6>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



*Für meine Familie
und Selina*

Vorwort

Das Verfassen einer Dissertation ist wie eine lange Reise: Egal wie gut man sie vorbereitet, der Weg ist immer anders als gedacht. Manchmal verliert man sich und muss neu planen, manchmal bleibt man an einem Ort hängen, manchmal überspringt man gewisse Destinationen, manchmal muss man rasten und manchmal kommt man besser voran als geplant. Auch wenn die Reise im Grossen und Ganzen allein bestritten werden muss, wäre sie ohne die Unterstützung von diversen Personen nicht möglich gewesen. Ihnen möchte ich meinen Dank in diesem Vorwort ausrichten.

In fachlicher Hinsicht gebührt Prof. Lorandi mein besonderer Dank. Seine kritische Geisteshaltung und besondere Fähigkeit, Schwächen in der Argumentation zu erkennen und offenzulegen, verhalf dieser Dissertation, das zu werden, was sie nun ist. Dabei verlor Prof. Lorandi nie das Menschliche aus den Augen und war stets ein fairer Sparringspartner. Prof. Roberto danke ich für die Anstellung als wissenschaftlicher Assistent am IRP der Universität St. Gallen während meiner Dissertationsphase.

Für das kritische Gegenlesen des Manuskripts und/oder die Diskussionen über zivilprozessuale Aspekte gebührt mein Dank Stefan Marti, Leonard Baumann, Nick Mezger, Milivoje Mitrovic, Michael Balmer und Christoph Grüninger. Für das ausgezeichnete Lektorat danke ich Stefan Seiler.

Meinen Eltern gebührt ein besonderer Dank. Sie haben mir die Dissertation durch ihre allzeit bedingungslose Unterstützung erst ermöglicht. Und schliesslich danke ich Selina Müller. Ohne sie wäre die Dissertation nicht möglich gewesen.

St. Gallen, im Juni 2023

Jonas Stähli

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Materialienverzeichnis	XXXVII
Zusammenfassung	XXXIX
Résumé	XL
Abstract	XLI
 Teil 1: Einführung	1
A. Einleitung ins Thema	2
B. Definition des Untersuchungsgegenstands	3
C. Methodik	3
D. Aufbau	5
E. Begriffliches	6
 Teil 2: Grundlagen	9
A. Zivilprozessuale Grundlagen	10
B. Betreibungs- und konkursrechtliche Grundlagen	50
C. Zusammenfassung von Teil 2	60
 Teil 3: Art. 260 SchKG im Besonderen	63
A. Abtretung	64
B. Erlösverteilung	84
C. Abgrenzung von Art. 260 SchKG zu anderen Rechtsinstituten	88
D. Zusammenfassung von Teil 3	92
 Teil 4: Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG	95
A. Übersicht über die Eigenschaften	96
B. Umgang mit dem Einzelklagerecht	99
C. Prozessführung der Streitgenossen	131
D. Jederzeitiges Rücktrittsrecht	170

E.	Dogmatische Einordnung	173
F.	Zusammenfassung von Teil 4.....	179

**Teil 5: Weitergehende Auseinandersetzung mit der uneigentlichen
notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG..... 185**

A.	Gemeinsame oder individuelle Rechtsvertretung	186
B.	Verjährungsunterbrechende Handlungen	187
C.	Vergleich	192
D.	Aktivlegitimation und ausgewählte Prozessvoraussetzungen.....	199
E.	Alternativen zum Verfahren vor dem Sachgericht	209
F.	Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung	217
G.	Zession der Konkursforderung.....	221
H.	Prozesskosten.....	226
I.	Zusammenfassung von Teil 5.....	241

Teil 6: Empfehlungen und Schlussbetrachtung..... 245

A.	Empfehlungen für die Abtretungsgläubiger	246
B.	Schlussbetrachtung.....	250

Stichwortverzeichnis..... 255

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Materialienverzeichnis	XXXVII
Zusammenfassung	XXXIX
Résumé	XL
Abstract	XLI

Teil 1: Einführung

1

A. Einleitung ins Thema	2
B. Definition des Untersuchungsgegenstands	3
C. Methodik	3
D. Aufbau	5
E. Begriffliches	6

Teil 2: Grundlagen

9

A. Zivilprozessuale Grundlagen	10
I. Prozessstandschaft	10
1. Grundlage und Voraussetzung	10
2. Zweck	11
3. Rechtsfolgen	11
3.1 Einräumung der Prozessführungsbefugnis	11
3.2 Prozessvoraussetzung	12
3.3 Verfahrensführung	13
3.4 Wirkung des Urteils	13
3.5 Rechtsmittel	14
3.6 Vollstreckung	14
4. Von der Prozessführungsbefugnis abzugrenzende Begriffe	15
4.1 Sachlegitimation	15
4.2 Verfügungsbefugnis	16
II. Streitgenossenschaft	16
1. Streitgenossenschaft im Allgemeinen	16
2. Notwendige Streitgenossenschaft	17
2.1 Grundlage und Voraussetzung	17
2.2 Zweck	17
2.3 Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft	18

2.4	Rechtsfolgen.....	19
2.4.1	Prozessvoraussetzungen.....	19
2.4.2	Sachlegitimation im Besonderen.....	20
2.4.3	Verfahrensführung.....	22
2.4.4	Wirkungen des Urteils.....	28
2.4.5	Rechtsmittel.....	29
3.	Einfache Streitgenossenschaft	30
3.1	Grundlage und Voraussetzung	30
3.2	Zweck	31
3.3	Fälle der einfachen Streitgenossenschaft	31
3.4	Rechtsfolgen.....	31
3.4.1	Prozessvoraussetzungen.....	31
3.4.2	Verfahrensführung.....	32
3.4.3	Wirkungen des Urteils.....	35
3.4.4	Rechtsmittel	35
4.	Generelle uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft.....	36
4.1	Grundlage und Voraussetzungen	36
4.1.1	Fehlende gesetzliche Grundlage	36
4.1.2	Terminologie	36
4.1.3	Definition der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.....	38
4.1.4	Fazit.....	40
4.2	Anwendungsfälle der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.....	41
4.2.1	Beschlussanfechtungsklagen.....	41
4.2.2	Statusklagen	42
4.2.3	Leistungsklagen.....	43
4.2.4	Klage bzgl. der Familienwohnung Art. 273a OR.....	45
4.3	Diskussion der Anwendungsfälle	46
4.3.1	Kategorisierung	46
4.3.2	Uneinheitliche Qualifikation in der Lehre.....	48
4.4	Zweck der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.....	49
B.	Betreibungs- und konkursrechtliche Grundlagen.....	50
I.	Wirkung der Konkurseröffnung.....	51
1.	Bildung der Konkursmasse.....	51
2.	Wirkung auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners.....	51
3.	Wirkung auf Prozesse des Gemeinschuldners	55
II.	Formelles Konkursrecht.....	55
1.	Inventaraufnahme	55
2.	Anwendbares Konkursverfahren	55
3.	Aussonderung und Admassierung	56

4. Erhaltung von Konkursforderungen	58
5. Verteilung.....	58
6. Schluss des Konkursverfahrens	59
7. Nachkonkurs	59
C. Zusammenfassung von Teil 2.....	60
Teil 3: Art. 260 SchKG im Besonderen	63
A. Abtretung.....	64
I. Einordnung im Konkursverfahren	64
II. Rechtsnatur	65
1. Zession.....	65
2. Auftrag	66
3. Prozessstandschaft	67
III. Voraussetzungen	68
1. Laufendes Konkursverfahren.....	68
2. Abtretbare Rechtsansprüche	68
3. Gläubigereigenschaften	69
3.1 Gläubiger kraft Kollokation	69
3.2 Zulässigkeit der Kettenabtretung	70
3.3 Ausnahmen.....	72
4. Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit.....	73
4.1 Notwendigkeit eines Verzichtsbeschlusses	73
4.2 Modalitäten des Verzichtsbeschlusses.....	73
5. Abtretungsbegehren.....	74
IV. Abtretungsverfügung	75
1. Inhalt	75
2. Darlegung gewisser zwingender Bedingungen.....	75
3. Weitere Bedingungen.....	77
V. Rechtsfolge des Erlasses der Abtretungsverfügung	78
VI. Wegfall der Prozessführungsbefugnis.....	79
1. Verzicht auf Konkursforderung, bedingte Abtretung und Widerruf des Konkurses	79
2. Erfüllung der Konkursforderung	80
3. Erfüllung des Anspruchs des Gemeinschuldners.....	80
4. Widerrufsverfügung durch die Konkursverwaltung	81
5. Feststellungsurteil durch das Sachgericht.....	81
6. Schluss des Konkursverfahrens	83
7. Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts.....	83

B.	Erlösverteilung	84
I.	Kreis der erlösberechtigten Abtretungsgläubiger	84
II.	Ablauf der Verteilung.....	84
III.	Anreizstruktur	85
1.	Potenzieller Gewinn und Verlust als ökonomischer Grundgedanke.....	85
2.	Bei einem einzigen Abtretungsgläubiger.....	86
3.	Bei einer Mehrzahl von Streitgenossen	86
4.	Abtretungsgläubiger und die restlichen Gläubiger	87
C.	Abgrenzung von Art. 260 SchKG zu anderen Rechtsinstituten.....	88
I.	Überlassung zur Eintreibung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG.....	88
II.	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach Art. 325 SchKG.....	90
III.	Abtretung nach Art. 230a SchKG.....	91
D.	Zusammenfassung von Teil 3.....	92

Teil 4: Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG 95

A.	Übersicht über die Eigenschaften.....	96
I.	Einzelklagerecht.....	96
II.	Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils.....	97
III.	Uneinheitliche Prozessführung	97
IV.	Jederzeitiges Rücktrittsrecht	98
B.	Umgang mit dem Einzelklagerecht.....	99
I.	Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung.....	100
1.	Gehalt.....	100
2.	Heilbarkeit und Bedeutung für Einzelklagen.....	101
3.	Verfahren und Zeitpunkt der Prüfung	101
4.	Beweislast und Novenregelung	103
5.	Fazit	104
II.	Koordinationsmöglichkeiten.....	105
1.	Bei einer Einzelklage	105
1.1	Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis	105
1.2	Klagebeitritt.....	106
1.2.1	Einführung.....	106
1.2.2	Anwendbare Regeln	106
1.3	Zession der Konkursforderung.....	113
2.	Bei Parallelklagen.....	113
2.1	Sperrwirkung der Rechtshängigkeit.....	113
2.2	Rechtskrafterstreckung des Urteils.....	115
2.3	Überweisung und Vereinigung.....	116

III. Die Konkursverwaltung	118
1. Einleitung und Terminologie	118
2. Befugnisse der Konkursverwaltung.....	118
3. Zwangskoordination durch die Widerrufsverfügung	120
IV. Kritische Würdigung des Einzelklagerechts.....	122
1. Analyse der Rechtsprechung	123
2. Zweck des Einzelklagerechts bei der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.....	124
3. Einzelklagerecht zur Vermeidung eines Rechtsverlusts	125
4. Zwischenfazit.....	125
V. Handhabung des Einzelklagerechts durch Gerichte	126
VI. Handhabung des Einzelklagerechts durch die Schlichtungsbehörde.....	128
1. Prüfung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung.....	128
2. Pflicht zum persönlichen Erscheinen.....	129
C. Prozessführung der Streitgenossen	131
I. Prozessführung bei notwendigen Streitgenossen.....	132
1. Einleitung.....	132
2. Einstimmigkeitsprinzip.....	132
3. Bedeutung für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG	135
II. Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens	136
1. Festlegung der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente	137
1.1 Festlegung durch die Konkursverwaltung.....	137
1.1.1 Einleitung zu den Befugnissen.....	137
1.1.2 Bei Passivität von Abtretungsgläubigern	138
1.1.3 Bei entgegenstehenden Meinungen der Abtretungsgläubiger....	139
1.2 Festlegung durch die Abstimmung nach der Wertquote der Konkursforderungen	142
1.2.1 Gehalt	142
1.2.2 Diskussion	142
1.3 Fazit.....	144
2. Formulierung der Rechtsbegehren.....	144
2.1 Möglichkeiten der Ausgestaltung.....	144
2.2 Koordination bei Rechtsbegehren	145
3. Fazit	148
III. Einleitung des Rechtsmittelverfahrens	149
1. Unterschiede bei der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und des Rechtsmittelverfahrens.....	149
2. Rechtsmittelergreifung durch die Abtretungsgläubiger	151
2.1 Einleitung	151
2.2 Gefahr widersprüchlicher Urteile als Ausgangspunkt.....	151

2.3	Rücktrittsrecht und Widerrufsverfügung als Lösungsmöglichkeit.....	154
2.3.1	Bei koordinationswilligen Abtretungsgläubigern	155
2.3.2	Bei Passivität von Abtretungsgläubigern	156
2.3.3	Obstruktion.....	156
2.3.4	Fazit.....	157
2.4	Kein Widerspruch zur erstinstanzlichen Prozesseinleitung	158
3.	Erlösverteilung im Rechtsmittelverfahren.....	158
4.	Problemfall der Anschlussberufung.....	159
IV.	Uneinheitliche Prozessführung	161
1.	Diskussion der uneinheitlichen Prozessführung	161
1.1	Befürwortende Meinung	162
1.2	Ablehnende Meinung	164
2.	Umgang mit der uneinheitlichen Prozessführung.....	166
2.1	Bei Passivität von Abtretungsgläubigern	166
2.2	Bei entgegenstehenden Meinungen der Abtretungsgläubiger.....	167
3.	Verhältnis zur erstinstanzlichen Prozesseinleitung und Rechtsmittelergreifung.....	168
3.1	Bei der erstinstanzlichen Prozesseinleitung	168
3.2	Bei der Rechtsmittelergreifung	169
D.	Jederzeitiges Rücktrittsrecht	170
I.	Wirkung auf die Prozessführungsbefugnis	170
II.	Wirkung auf den Prozess	170
III.	Wirkung auf den Streitwert.....	172
IV.	Wirkung auf die Erlösberechtigung	172
E.	Dogmatische Einordnung	173
I.	Art. 260 SchKG, Art. 80 KOV und Formular 7K.....	174
II.	Prozessstandschaft	174
III.	Einfache und notwendige Streitgenossenschaft.....	175
IV.	Keine materielle Regelung des Innenverhältnisses	177
V.	Schlussfolgerung.....	178
F.	Zusammenfassung von Teil 4.....	179
 Teil 5: Weitergehende Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG.....		185
A.	Gemeinsame oder individuelle Rechtsvertretung	186
B.	Verjährungsunterbrechende Handlungen	187
I.	Einzelklage.....	188
II.	Einzelbetreibung	189

C.	Vergleich	192
I.	Terminologie	193
II.	Eigentlicher Vergleich.....	194
1.	Vergleichsschluss durch alle vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger	194
2.	Vergleichsbefugnis	195
III.	Separater Vergleich	197
D.	Aktivlegitimation und ausgewählte Prozessvoraussetzungen.....	199
I.	Aktivlegitimation	199
II.	Rechtsschutzinteresse	201
III.	Schiedsvereinbarung	202
1.	Vertragliche Schiedsvereinbarung	202
2.	Statutarische Schiedsklausel	203
IV.	Örtliche Zuständigkeit	204
1.	Gesetzliche Gerichtsstände	204
2.	Vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung	205
3.	Statutarische Gerichtsstandsvereinbarung	205
V.	Sachliche Zuständigkeit	206
1.	Handelsgerichtliche Zuständigkeit	206
2.	Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit.....	208
VI.	Verweis auf weitere Prozessvoraussetzungen.....	209
E.	Alternativen zum Verfahren vor dem Sachgericht	209
I.	Arrestverfahren	209
II.	Rechtsöffnungsverfahren	212
1.	Aktive Betreuungsgenossenschaft.....	212
2.	Die Identitätsprüfung	215
F.	Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung	217
I.	Zulässigkeit des Erlasses einer nachträglichen Abtretungsverfügung.....	217
II.	Einzelfragen	218
1.	Zwangskoordination durch die Konkursverwaltung.....	218
2.	Auswirkung auf die sachliche Zuständigkeit.....	220
3.	Forderungsbegehren.....	220
G.	Zession der Konkursforderung.....	221
I.	Zession der gesamten Konkursforderung	222
1.	Zession noch vor hängigem Prozess	222
2.	Zession während des hängigen Prozesses.....	222
3.	Fragen im Zusammenhang mit der Prozessführungsbefugnis.....	224
II.	Zession eines Teils der Konkursforderung	225
H.	Prozesskosten	226
I.	Gerichtskosten	226

1. Gerichtskosten beim Endentscheid.....	226
1.1 Grundlagen.....	226
1.2 Festlegung der Gerichtskostenanteile.....	227
1.2.1 Bei vollständigem Unterliegen.....	228
1.2.2 Bei teilweisem Unterliegen.....	231
1.3 Solidarhaftung.....	232
2. Gerichtskosten beim Rücktritt eines Streitgenossen.....	234
2.1 Grundlagen.....	234
2.2 Festlegung der Gerichtskostenanteile.....	235
2.3 Solidarhaftung.....	236
3. Gerichtskostenvorschuss.....	236
II. Parteientschädigung.....	238
1. Grundsatz.....	238
2. Sicherheit für die Parteientschädigung.....	238
3. Mehrfache Rechtsvertretung.....	240
III. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.....	240
I. Zusammenfassung von Teil 5.....	241
Teil 6: Empfehlungen und Schlussbetrachtung.....	245
A. Empfehlungen für die Abtretungsgläubiger.....	246
I. Vertragliche Koordination.....	246
1. Prozessuale Vorgehensweise.....	246
2. Kostentragung.....	247
3. Vergleichsbetrag.....	248
4. Rechtsmittelverfahren.....	249
II. Gemeinsame Vertretung.....	249
B. Schlussbetrachtung.....	250
I. Erfassung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG	250
II. Wichtigste Erkenntnisse.....	252
Stichwortverzeichnis.....	255

Literaturverzeichnis

Hinweis zur Zitierweise: Bei Kommentaren wird auf die Angabe von Art. xx N yy im Literaturverzeichnis verzichtet. Die Angabe findet sich jeweils in der Fussnote. Bei mehr als drei Autoren oder Herausgebern wird nur der erste mit dem Zusatz et al. genannt.

ABBET STÉPHANE/VEUILLET AMBRE (Hrsg.), *Commentaire Stämpfli, La mainlevée de l'opposition: Commentaire des articles 79 à 84 LP*, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SHK LP-BEARBEITER/IN).

ALLEMANN RICHARD, *Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision*, GesKR 2018, S. 339 ff.

ALLEMANN RICHARD/VON DER CRONE HANS CASPAR, *Ausdehnung der Tragweite statutarischer Schiedsklauseln bei Kapitalgesellschaften*, Bundesgerichtsurteil 4A_344/2017 vom 21. Dezember 2017, SZW 2018, S. 215 ff.

AMMANN DARIO, *Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)*, Basel 2020.

AMONN KURT, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts veröffentlicht im Jahre 1995 – Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, ZBJV 1996, S. 654 ff.

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Bern 2013.

AMSTUTZ MARC/ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG*, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK FusG-BEARBEITER/IN).

ANCESCHI FABIO/VISCHER MARKUS, BGer 4A_19/2020: *Löschung der AG im HR während pendenter Verantwortlichkeitsklage: BGer auf juristischer Irrfahrt*, AJP 2020, S. 1619 ff.

ANTOGNINI DANIEL, *Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts*, Zürich 2022.

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-BEARBEITER/IN).

BAKER & MCKENZIE ZÜRICH (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts*, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK FusG-BEARBEITER/IN).

BAUM OLIVER, *Legitimation zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen Organe einer liquidierten und im Handelsregister gelöschten Gesellschaft: Besprechung des Urteils 4A_19/2020 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2020*, GesKR 2021, S. 114 ff.

BAUMGARTNER SAMUEL et al., *Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts*, 10. Aufl., Bern 2018.

BERGAMIN CHRISTOF, *Unterbrechung der Verjährung durch Klage: Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe*, Zürich 2016.

- BERGER BERNHARD et al., Zivilprozessrecht: Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 2. Aufl., Bern 2021.
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- BLATTMANN ANDREAS/MORETTI ENRICO, Zivilprozessuale Aspekte der Streitgenossenschaft, SJZ 2012, S. 589 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.
- BOHNET FRANÇOIS, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse: clarifications terminologiques et dogmatiques, SZP 2018, S. 69 ff. (zit. BOHNET, Parties).
- BOHNET FRANÇOIS, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, SZP 2017, S. 465 ff. (zit. BOHNET, Prozessführungsrecht).
- BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018.
- BOHNET FRANÇOIS et al. (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-BEARBEITER/IN).
- BOPP LUKAS/GROB MILENA, Vergleichskompetenz der Konkursmasse, Jusletter vom 29. Mai 2017, S. 1 ff.
- BRÖNNIMANN LUCAS/SIEGENTHALER ALEXANDRA/LANZ SASCHA, Abschreibungsentscheid und Abschreibungsverfügung, ZZZ 2022, S. 334 ff.
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. DIKE Komm. ZPO-BEARBEITER/IN).
- BRUNNER FLORIAN, Verfahren mit mehreren Parteien im öffentlichen Recht: Von Verfügungsadressatinnen, Streitgenossen, Beigeladenen und anderen Parteien, Zürich 2021.
- BUFF FELIX/REICHART Peter, Statutarische Gerichtsstandsklauseln, SZW 2021, S. 605 ff.
- CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Basel 2021 (zit. PC CPC-BEARBEITER/IN).
- CHABLOZ ISABELLE/SCHILTER IRÈNE, Das Gesellschaftsrecht 2020/2021 – Le droit des sociétés 2020/2021, SZW 2021, S. 359 ff.
- DAETWYLER GEORGE/STALDER CHRISTIAN, Zum Verfahren des Zürcher Handelsgerichts: Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Alexander Brunner/Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866–2016: Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklung, Zürich 2016, S. 139 ff.
- DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Commentaire romand, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel 2005 (zit. CR LP-BEARBEITER/IN).
- DASSER FELIX/ROTH DAVID, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: Rolf Sethe/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 247 ff.

- DOMEJ TANJA, Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 113 ff.
- DROESE LORENZ, *Res iudicata ius facit*: Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015.
- EICHEL FLORIAN/MARKUS ALEXANDER/STUCKI LOÏC, Schiedsfähigkeit bei Konkurs im hängigen Verfahren, ZZZ 2021, S. 784 ff.
- EMCH DANIEL, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz: Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligungen von Aktiengesellschaften, Bern 2006.
- FACINCANI NICOLAS/WYSS DOMINIC, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 2013, S. 416 ff.
- FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. Komm. BGFA-BEARBEITER/IN).
- FISCHER DAMIAN, *Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht: Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems*, Zürich 2019.
- FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich 2016 (zit. HaftpflichtKomm. OR-BEARBEITER/IN).
- FLACHSMANN JEAN, *Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG*, Diss. 1927.
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976*, 3. Aufl., Zürich 1997.
- FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. I, Zürich 1984 (zit. FRITZSCHE/WALDER, Bd. I).
- FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. II, Zürich 1993 (zit. FRITZSCHE/WALDER, Bd. II).
- FUCHS NICOLAS, *Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB: Mit rechtsvergleichen den Hinweisen und unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zürich 2018 (zit. FUCHS, Besitzesschutzklagen).
- FUCHS NICOLAS, *Die Kündigungsanfechtung bei Familienwohnungen – Aspekte der Prozessstandschaft*, BJM 2017, S. 11 ff. (zit. FUCHS, Kündigungsanfechtung).
- GASSER DOMINIK/PFÄFFLI DANIEL, *Abtretung ist nicht gleich Abtretung – ein Vergleich von Art. 230a und 260 SchKG*, BISchK 2022, S. 45 ff. (zit. GASSER/PFÄFFLI, Abtretung).
- GASSER DOMINIK/PFÄFFLI DANIEL, *«Erben» trotz Ausschlagung – die Abtretung nach Art. 230a Abs. 1 SchKG*, ZZZ 2022, S. 113 ff. (zit. GASSER/PFÄFFLI, Erben).
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl., Zürich 2014.

- GATTLEN THOMAS, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Zürich 2010.
- GAUCH PETER, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, S. 3 ff.
- GEHRI MYRIAM/JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OFK ZPO-BEARBEITER/IN).
- GEIER EVA, Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis, Bern 2005.
- GEIGER JÜRIG, Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechts, Zürich 1969.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN).
- GEISER THOMAS/WOLF STEFAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN).
- GILLARD FRANÇOIS, La transaction judiciaire en procédure civile, Zürich 2003.
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159–270, Lausanne 2001 (zit. GILLIÉRON, Commentaire LP).
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. GILLIÉRON, Poursuite).
- GLASL DANIEL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess: Auswirkungen der freien Überprüfung von Gläubigerforderungen im Abtretungsprozess auf Aktivlegitimation, Schaden und Verteilung des Prozessergebnisses, SZW 2005, S. 157 ff.
- GOTTINI MELANIE CATALINA, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht: Grundlagen und ausgewählte Problembereiche, Zürich 2019.
- GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, S. 479 ff.
- GÖTZINGER FRIEDRICH, Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes und seine Anwendung in der Praxis, ZSR 1906, S. 497 ff.
- GOZZI NICCOLÒ, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Zürich 2009.
- GRAF DAMIAN, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, S. 380 ff.
- GRIEDER DAVID, Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Basel 2019.
- GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung – Zum Obligatorium des Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, in: Roland Frankhauser et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Zürich 2016, S. 137 ff.
- GUHL THEO et al., Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. BEARBEITER/IN, in: Guhl et al.).

- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- HAAS ULRICH/MARGHITOLA RETO (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020 (zit. FHB ZPO-BEARBEITER/IN).
- HABSCHEID WALTHER, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990.
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011.
- HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN).
- HANDSCHIN LUKAS/JUNG PETER, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK OR-BEARBEITER/IN).
- HANDSCHIN LUKAS/VONZUN RETO (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530–551 OR, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN).
- HÄNNI LINO, La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme, Basel 2017.
- HÄNZI BRIGIT, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Zürich 1979.
- HARISBERGER SEVERIN, Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR im Konkurs der Gesellschaft: Ein Beitrag insbesondere zur Bedeutung von Art. 678 Abs. 6 E-OR, in: Matthias Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zürich 2020, S. 389 ff.
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, 2. Aufl., Zürich 2017.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bd. I, Bern 2012 (zit. BK ZPO I-BEARBEITER/IN).
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Bd. II, Bern 2012 (zit. BK ZPO II-BEARBEITER/IN).
- HEGNAUER CYRILL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999.
- HENNIG MATHILDE (Hrsg.), Duden, Das Wörterbuch der sprachlichen Zweifelsfälle: Richtiges und gutes Deutsch, 8. Aufl., Berlin 2016 (zit. DUDEN, Zweifelsfälle).
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Introduction et théorie générale, Bd. I, Bern 2016.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-BEARBEITER/IN).
- HOSTETTLER YANNICK, Die Gerichtsstandsvereinbarung im Binnen- und im internationalen Verhältnis, Zürich 2021.
- HUBER MELANIE, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Basel 2016.

- HUBER-LEHMANN MELANIE, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 19. August 2020, BGer 4A_19/2020 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), ZZZ 2020, S. 325 ff. (zit. HUBER-LEHMANN, Urteil).
- HUBER-LEHMANN MELANIE, Stolpersteine des Rechtsöffnungsverfahrens, in: Florian Eichel/Christoph Hurni/Alexander Markus (Hrsg.), Schneller Weg zum Recht, Bern 2020, S. 27 ff. (zit. HUBER-LEHMANN, Stolpersteine).
- HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Kuko SchKG-BEARBEITER/IN).
- HUNKELER DANIEL/SCHÖNMANN ZENO, Die Rechtsöffnung im Konkurs und im gerichtlichen Nachlassverfahren: Unter Berücksichtigung von Aberkennungs- und Anerkenungsklagen, ZZZ 2016, S. 137 ff.
- ITEN MARC'ANTONIO, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers: Sorgfaltspflichten und andere ausgewählte Rechtsprobleme, Zürich 2012.
- JAEGER CARL et al., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 159–292, Bd. II, 4. Aufl., Zürich 1997/1999.
- JAKOB MARJOLAINE, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, Zürich 2018.
- JEANDIN NICOLAS, La substitution de partie, in: François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (Hrsg.), Dix ans de Code de procédure civile, Basel 2020, S. 109 ff.
- JENNY DANIEL, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen: Ein dogmatischer Beitrag zur Einwendungen- und Einredeordnung unter Würdigung der «Raschein-Praxis», Zürich 2012.
- JENT-SØRENSEN INGRID/MEIER ISAAK, Was dürfen Zivilgerichte kosten?, ZZZ 2021, S. 605 ff.
- JENT-SØRENSEN INGRID/REISER HANS, Verfahrenskoordination, in: Alexander Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Zürich 2018, S. 503 ff.
- JUTZI THOMAS, Vergleich über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 2014, S. 500 ff.
- KELLERHALS FRANZ/GÜNGERICH ANDREAS/BERGER BERNHARD, Zivilprozessrecht: Dargestellt anhand der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 2004.
- KILLIAS LAURENT, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1053 ff.
- KNEZEVIC DUSAN, Conséquences de la radiation d'une personne morale faillie du registre du commerce, ZZZ 2021, S. 582 ff.
- KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019.
- KRATZ BRIGITTA, Berner Kommentar, Obligationenrecht: Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015 (zit. BK OR-KRATZ).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143–150 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK OR-KRAUSKOPF).

- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Orell Füssli Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/IN).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-BEARBEITER/IN).
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984.
- LEUCH GEORG et al., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000.
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Der Endentscheid nach Art. 236 und Art. 308 ZPO: Wie weit geht die Auslegung in Übereinstimmung mit dem BGG?, SZPP 2015, S. 89 ff. (zit. LEUENBERGER, Endentscheid).
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2012 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2014, S. 1 ff. (zit. LEUENBERGER, Rechtsprechung).
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, in: Hans Riemer et al. (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 195 ff. (zit. LEUENBERGER, Streitgenossenschaft).
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. x N y).
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. x).
- LIVER PETER, Zürcher Kommentar, Die Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730 bis 792 ZGB, Zürich 1980 (zit. ZK ZGB-LIVER).
- LORANDI FRANCO, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger, Die Entzauberung der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft, AJP 2019, S. 281 ff. (zit. LORANDI, Gläubiger).
- LORANDI FRANCO, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BISchK 2008, S. 41 ff. (zit. LORANDI, Vergleich).
- LORANDI FRANCO, Abtretung nach Artikel 260 SchKG, Erfolgt die Abtretung desselben Anspruches gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Konkursgläubiger, so bilden sie eine uneigentliche bzw. bedingt notwendige Streitgenossenschaft, AJP 1996, S. 1302 ff. (zit. LORANDI, Streitgenossenschaft).
- LORANDI FRANCO, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, in: Nicolas Jeandin et al. (Hrsg.), Sviluppo e orientamenti del diritto esecutivo federale: atti della giornata di studio del 20 ottobre 2011, Lugano 2012, S. 63 ff. (zit. LORANDI, Abtretung).

- LORANDI FRANCO, Aktivenüberschuss in der Generalexekution – wenn der Glücksfall zum Problemfall wird, BISchK 2013, S. 217 ff. (zit. LORANDI, Aktivenüberschuss).
- LORANDI FRANCO, Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen, AJP 2000, S. 846 ff. (zit. LORANDI, Durchführung).
- LORANDI FRANCO, Entgeltliche Verwertung von strittigen Rechtsansprüchen in der Generalexekution, Teleologische Reduktion von Art. 260 Abs. 3 SchKG, AJP 2013, S. 1758 ff. (zit. LORANDI, Verwertung).
- LORANDI FRANCO, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, S. 1396 ff. (zit. LORANDI, Gedanken).
- LORANDI FRANCO, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, Können Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG weiterhin vorgehen?, AJP 2018, S. 724 ff. (zit. LORANDI, Löschung).
- LORANDI FRANCO, Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender «Kettenabtretungen» gemäss Art. 260 SchKG, AJP 2007, S. 305 ff. (zit. LORANDI, Kettenabtretung).
- LORANDI FRANCO, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, S. 56 ff. (zit. LORANDI, Wiedereröffnung).
- LORANDI FRANCO, Zirkularbeschlüsse im SchKG, ZZZ 2019, S. 31 ff. (zit. LORANDI, Zirkularbeschlüsse).
- LÖTSCHER CORDULA, Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft, successio 2019, S. 174 ff. (zit. LÖTSCHER, Erbengemeinschaft).
- LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Basel 2016 (zit. LÖTSCHER, Prozessstandschaft).
- LÖTSCHER CORDULA, Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts, FamPra 2017, S. 621 ff. (zit. LÖTSCHER, Prozessführung).
- LUTERBACHER THIERRY, Die Schadenminderungspflicht: Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 2005.
- MABILLARD RAMON, Abtretung nach Art. 260 SchKG – Cession selon l'art. 260 LP – Cessione giusta l'art. 260 LEF, SZZP 2018, S. 158 ff. (zit. MABILLARD, Abtretung).
- MABILLARD RAMON, Streitgenossenschaften in Rückerstattungsprozessen des Aktienrechts, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris?, Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, S. 123 ff. (zit. MABILLARD, Streitgenossenschaften).
- MARKUS ALEXANDER/HUBER-LEHMANN MELANIE, Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. Trading AG gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017, SZZP 2018, S. 86 ff.
- MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, S. 20 ff.
- MAURER MATTHIAS, Der Vergleichsvertrag, Zürich 2013.
- MEIER ISAAK, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, ZZZ 2019, S. 3 ff. (zit. MEIER, Prozessfinanzierung).

- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. MEIER, Zivilprozessrecht).
- MEIER ISAAK/HAMBURGER CARLO, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht: ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik?, BLSchK 2014, S. 201 ff.
- MEIER VALENTINA, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Zürich 2017 (zit. MEIER, Schiedsklauseln).
- MEIER-DIETERLE FELIX, Arrestvoraussetzungen und Arrestbegehren – eine Checkliste, ZZZ 2017–2018, S. 37 ff.
- MILANI DOMINIK, Der schweizweite Arrestbefehl und sein Vollzug durch das Lead-Betreibungsamt, AJP 2022, S. 591 ff. (zit. MILANI, Arrestbefehl).
- MILANI DOMINIK, Die Koordination unter mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG, BLSchK 2019, S. 145 ff. (zit. MILANI, Koordination).
- MOOR ERNST, Die Gläubigerversammlung im Konkurs, Basel 1992.
- MÜLLER MATTHIAS/MITROVIC MILIVOJE, Law and Economics: ein Panoramablick, recht 2019, S. 50 ff.
- MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN).
- NAEGELI GEORG, Vortritt für die materielle Streiterledigung!, ZZZ 2021, S. 461 ff.
- NUSSBAUMER ANNEMARIE, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Zürich 2012.
- PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, Lésé, victime et action civile au pénal: questions choisies, in: François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont/André Kuhn (Hrsg.), Dix ans de Code de procédure pénale, Basel 2020, S. 97 ff.
- PESENTI FRANCESCA, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) unter besonderer Berücksichtigung der kantonalen Gebührentarife, Basel 2017.
- PETER BREITSCHMID/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN).
- PEYER DANIEL, Substanziierung und Beweis im Arrestrecht, ZZZ 2017–2018, S. 55 ff.
- PICHLER MARKUS, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen, Zürich 2011.
- PLATZ ERNST, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Zürich 2014.
- PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020.
- REINAU TIMON, Der Vergleich im Konkursverfahren, Basel 2021.
- REITER MATTHEW, Prozessrechtliche Probleme im Verantwortlichkeitsverfahren, in: Rolf Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 165 ff.

- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Die Vereine: Systematischer Teil und Art. 60–79 ZGB, 3. Aufl., Bern 1990 (zit. BK ZGB-RIEMER).
- RITTER THOMAS, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten unter Berücksichtigung der staatlichen Gerichtsbarkeit und statutarischer Schiedsklauseln, Zürich 2015.
- ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaft und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR und VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN).
- RUDOLPH ROGER, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Zürich 2021.
- SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, La consorité en procédure civile, Neuenburg 1993.
- SCHAFFNER TOBIAS, Nr. 12 Bundesgericht, Urteil vom 28. April 2022 i.S. A. gegen B., C., D. und Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft – 1B_169/2021, forumpoenale 2023, S. 97 ff.
- SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht: Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009.
- SCHLAEPFER RALF, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürich 1990.
- SCHMID ERNST, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, Le point sur la procédure civile et l'arbitrage, SJZ 2021, S. 85 ff.
- SCHNELLER YVES, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, Zürich 2006.
- SCHNEUWLY ANDREAS, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 2 ZPO, Basel 2022.
- SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2015.
- SCHUHMACHER BENJAMIN/HONEGGER ZOE, Klagen gegen einfache Streitgenossen: Handelsgericht, Bezirksgericht oder beide?, AJP 2017, S. 863 ff.
- SCHUHMACHER RAINER/REY PASCAL, Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich 2021.
- SCHWANDER IVO, Auszüge aus Bundesgerichtsentscheidungen zum Zivilprozessrecht und zum SchKG/Extraits d'arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la procédure civile et à la loi sur la LP, ZZZ 2019, S. 51 ff. (zit. SCHWANDER, Urteil).
- SCHWANDER IVO, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008–2009, S. 195 ff. (zit. SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen).
- SCHWANDER IVO, Streitgenossenschaft, interkantonal und international, in: Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genf 2002, S. 257 ff. (zit. SCHWANDER, Streitgenossenschaft).
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013 (zit. SEILER, Berufung).
- SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich 2017 (zit. SEILER, Ungültigkeit).
- SENEL TOYLAN, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011.

- SOGO MIGUEL, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Zürich 2007.
- SPÜHLER KARL, Der gerichtliche Vergleich, Zürich 2015.
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANETTE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrechts, 8. Aufl., Zürich 2020 (zit. SPÜHLER/DOLGE, Bd. II).
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER SVEN (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht: Unter Einbezug des Anwaltsrecht und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/IN, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund).
- STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992.
- STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS/LORANDI FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 1–158 SchKG, 3. Aufl., Bd. I, Zürich 2021 (zit. BSK SchKG I-BEARBEITER/IN).
- STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS/LORANDI FRANCO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 SchGG, Art. 51–58 AVIG, 3. Aufl., Bd. II, Zürich 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN).
- STAEHELIN ERNST, Die Nebenparteien im Zivilprozess, Basel 1979.
- STÄHELIN BEDA ANDREAS, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2017.
- STEINER JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2019.
- STRAZZER RENÉ, Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis, *successio* 2014, S. 113 ff.
- STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000.
- SUNARIC PREDRAG, Die richtige Partei im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, Tübingen 2018.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZPO Komm.-BEARBEITER/IN).
- SUTTER-SOMM THOMAS/MOSHE AMIR, Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598–600 ZGB), *successio* 2008, S. 268 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Ausgewählte Probleme der Klagenhäufung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Alexander Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 657 ff. (zit. SUTTER-SOMM/SEILER, Klagenhäufung).

- SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Die inter-partes Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme, *successio* 2014, S. 198 ff. (zit. SUTTER-SOMM/SEILER, Ungültigkeitsklage).
- SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1–408 ZPO, Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER).
- SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT/AMMANN DARIO, Die Beiladung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), in: Christoph Althammer/Christoph Schärli (Hrsg.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre*, Festschrift für Herbert Roth, Tübingen 2021, S. 1071 ff.
- TESTA GIOVANNI ANDREA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001.
- TSCHUMY JEAN-LUC, Quelques réflexions à propos de la cession des droits de la masse au sens de l’art. 260 LP, *JdT II* 1999, S. 34 ff.
- TUOR PETER et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- VETTER MEINRAD/BRUNNER MATTHIAS, Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte: eine Zwischenbilanz, *ZZZ* 2013, S. 254 ff.
- VISCHER FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. ZK FusG-BEARBEITER/IN).
- VOCK DOMINIK/MEISTER-MÜLLER DANIELE, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018.
- VOGEL ALEXANDER et al., Orell Füssli Kommentar, FusG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK FusG-BEARBEITER/IN).
- VOGEL OSCAR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 1995, *ZBJV* 1996, S. 808 ff.
- VOGT HANS-UELI/HIRSIGER VALENTINA/HOFER THOMAS, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich 2019.
- VOGT HANS-UELI/SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden – Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A_463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A_446/2009 vom 8. Dezember 2009, *GesKR* 2010, S. 246 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 2020.
- VON DER CRONE HANS CASPAR et al., Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2017.
- VON HOLZEN CRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel 2006.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1984.
- WALDER HANS ULRICH, Probleme um Art. 260 SchKG und Versuch ihrer Behebung, *BISchK* 1958, S. 65 ff.

- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht: Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonalen Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.
- WALTHER FRIDOLIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2018, ZBJV 2020, S. 181 ff. (zit. WALTHER, Rechtsprechung 2018).
- WALTHER FRIDOLIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2019, ZBJV 2021, S. 227 ff. (zit. WALTHER, Rechtsprechung 2019).
- WATTER ROLF et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK FusG-BEARBEITER/IN).
- WEIBEL FLORENTIN/DALLAFIOR ROBERTO, Statutarische Schiedsklauseln – Echte Game Changer?, GesKR 2023, S. 34 ff.
- WEIBEL THOMAS/MATA ALINE, Die Erbteilung, Zürich 2020.
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN).
- WILDHABER ISABELLE/DEDE SEVDA, Berner Kommentar, Obligationenrecht: Die Verjährung Art. 127–142 OR, Bern 2021 (zit. BK OR-WILDHABER/DEDE).
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses: Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012.
- WOLF STEFAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK ZGB-BEARBEITER/IN).
- ZOGG SAMUEL, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra 2017, S. 404 ff. (zit. ZOGG, Kind).
- ZOGG SAMUEL, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra 2019, S. 1 ff. (zit. ZOGG, Unterhaltsklagen).
- ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft/Kanton Aargau
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
Art.	Artikel
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (siehe BGE)
Aufl.	Auflage
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982, SR 837.0
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa (lat. ungefähr)

CC	Code civil suisse (siehe ZGB)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Droit des obligations (siehe OR)
CPC	Code de procédure civile (siehe ZPO)/Civil Procedure Code (siehe ZPO)
CR	Commentaire romand
DCBA	Debt Collection and Bankruptcy Act (siehe SchKG)
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
et al.	et aliae/alii (lat. und andere)
etc.	et cetera (lat. und so weiter)
f./ff.	folgende/folgenden
FamPra	Die Praxis des Familienrechts (Bern)
FHB	Fachhandbuch
Fn.	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, SR 221.301
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich/St. Gallen)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, Ordnungsnummer 211.1
GVP SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis Zug
HGer	Handelsgericht
HR	Handelsregister
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber/in
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
KOV	Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911, SR 281.32
Kuko	Kurzkommentar
lat.	lateinisch
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (siehe SchKG)
LU	Kanton Luzern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12
m.H.a.	mit Hinweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PC	Petite Commentaire
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale (siehe BZP)
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite
SchGG	Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947, SR 282.11
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SG	Kanton St. Gallen
SHK	Stämpflis Handkommentar

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Schulthess Kommentar
SO	Kanton Solothurn
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SSR	Schweizerische Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes vom 1. Juli 2005
St.	Sankt
successio	Zeitschrift für Erbrecht/Revue de droit des successions (Zürich)
SZ	Kanton Schwyz
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanz- marktrecht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)
TG	Kanton Thurgau
VFRR	Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfah- ren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung vom 5. Juni 1996, SR 281.31
vgl.	vergleiche
VS	Kanton Wallis
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Kanton Zürich
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZPO ZH	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, Ordnungsnummer 271
ZPO-2025	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272, Stand 1. Januar 2025 (vgl. auch Materia- lienverzeichnis Schlussabstimmungstext)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangs- vollstreckungsrecht (Zürich/St. Gallen)

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2697 ff. (zit. Botschaft ZPO Revision).

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2016, S. 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrechtsrevision).

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Formular 7K – Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gemäss Art. 260 SchKG vom Jahr 1997, Teil der Musterformulare des Bundesamts für Justiz im Bereich Schuldbetreibung und Konkurs (zit. Formular 7K).

Formular 34 – Bescheinigung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG vom Jahr 1997, Teil der Musterformulare des Bundesamts für Justiz im Bereich Schuldbetreibung und Konkurs (zit. Formular 34).

Schlussabstimmungstext zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2023, S. 786 ff. (zit. ZPO-2025).

Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004 (zit. Vernehmlassung Vorentwurf ZPO).

Zusammenfassung

Konkursgläubigern, welche die Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen, wird die Prozessführungsbefugnis über umstrittene Ansprüche des konkursiten Gemeinschuldners eingeräumt, die gegenüber einem Drittschuldner bestehen. Führen die Abtretungsgläubiger einen Prozess gegen den Drittschuldner, bilden sie eine sogenannte uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft. Eine solche zeichnet sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch das Einzelklagerecht eines jeden Abtretungsgläubigers und der gleichzeitigen Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils aus. Darüber hinaus können die Abtretungsgläubiger jederzeit aus dem Prozess zurücktreten und den Prozess uneinheitlich führen.

Diese Dissertation setzt sich mit den Elementen der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG auseinander und untersucht, wie sich die Abtretungsgläubiger zu koordinieren haben, um den Anspruch gegenüber dem Drittschuldner durchzusetzen. Der Autor kritisiert das Einzelklagerecht und geht auf Koordinationsmechanismen ein, welche die Anspruchsdurchsetzung auch dann gewährleisten, wenn unter den Abtretungsgläubigern unterschiedliche Meinungen bestehen, wie der Anspruch durchzusetzen ist. Darüber hinaus ordnet er das jederzeitige Rücktrittsrecht in der ZPO ein und zeigt, wie mit der uneinheitlichen Prozessführung von Abtretungsgläubigern umgegangen werden soll. Die Dissertation behandelt auch weitergehende Einzelfragen, die sich bei der Anspruchsdurchsetzung durch mehrere Abtretungsgläubiger stellen.

Résumé

Les créanciers de la faillite qui demandent la cession selon l'art. 260 LP se voient octroyer la qualité pour agir concernant des prétentions contestées du failli qui existent à l'encontre d'un tiers débiteur. Si les créanciers cessionnaires mènent un procès contre le tiers débiteur, ils forment ce que l'on appelle une consorité nécessaire improprement dite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une telle consorité se caractérise par le droit d'action individuel de chaque créancier cessionnaire et par la nécessité d'un jugement unique. En outre, les créanciers cessionnaires peuvent se retirer à tout moment du procès et mener le procès de manière individuelle.

Cette thèse se penche sur les éléments de la consorité nécessaire improprement dite selon l'art. 260 LP et examine comment les créanciers cessionnaires doivent se coordonner pour faire valoir la prétention du failli contre le tiers débiteur. L'auteur critique le droit d'action individuel et aborde des mécanismes de coordination qui garantissent la mise en œuvre de la prétention même lorsque les créanciers cessionnaires ont des avis divergents sur la manière de la faire valoir. En outre, il situe le droit de se retirer à tout moment du procès dans le CPC et montre comment traiter les divergences dans la conduite du procès par les créanciers cessionnaires. La thèse traite également d'autres questions qui se posent lors de la mise en œuvre de la prétention par plusieurs créanciers cessionnaires.

Abstract

In bankruptcy proceedings, creditors who demand assignment according to Art. 260 DCBA are granted the right to conduct litigation against a third-party debtor. If these creditors file an action against the third-party debtor, they form a so-called non-proper mandatory joinder of parties. According to the case law of the Federal Supreme Court, this joinder of parties is characterised by the individual right of each creditor to file an action against the third-party debtor and the necessity that only one decision is rendered. In addition, each creditor can withdraw from the proceeding at any time and may proceed independently from the others.

This thesis deals with the elements of the non-proper mandatory joinder of parties according to Art. 260 DCBA and examines how these creditors must coordinate in order to pursue the claim against a third-party debtor. The author criticises the individual right to file an action and discusses coordination mechanisms which guarantee a uniform decision. Furthermore, he classifies the right to withdraw from the proceeding at any time in the CPC and suggests how to deal with creditors proceeding independently from the others. The thesis also deals with additional questions that arise when more than one creditor pursues a claim.

Teil 1:

Einführung

A. Einleitung ins Thema

- 1 Lassen sich mehrere Konkursgläubiger denselben Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten,¹ bilden sie bei der prozessualen Durchsetzung eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft. Wie das Wort «uneigentlich» andeutet, weicht diese Art der Streitgenossenschaft von der in der eidgenössischen Zivilprozessordnung kodifizierten notwendigen Streitgenossenschaft ab. Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zeichnet sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch aus, dass jedem Abtretungsgläubiger ein Einzelklagerecht zukommt, aber gleichwohl ein einheitliches Urteil für alle zu ergehen hat. Darüber hinaus kann jeder Streitgenosse den Prozess individuell führen und ohne Nachteil für die übrigen Streitgenossen aus dem Verfahren ausscheiden. Das Zusammenspiel dieser Elemente wirft mangels Kodifikation der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft in der ZPO diverse Fragen auf.² In der Lehre und der Rechtsprechung finden sich verschiedene, oft kontroverse Ansätze, wie die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zu behandeln ist.³ GILLIÉRON hält in bezeichnender Weise fest: «Les intervenants [...] forment une communauté de sort, de destin (eine Schicksalsgemeinschaft) inorganisée.»⁴

¹ Üblicherweise ist die Anzahl der Abtretungsgläubiger überschaubar. Es kann jedoch vorkommen, dass eine Vielzahl von Abtretungsgläubigern existiert. So finden sich Verfahren, in welchen über 50 (GVP SG 2003 Nr. 93, E. 3c) oder 100 (OGer ZH LB110018) Abtretungsgläubiger involviert waren.

² Vernehmlassung Vorentwurf ZPO, S. 200, Uni NE: «La définition de la consorité nécessaire est dangereuse: elle inclut les cas de consorité formelle, pour lesquels une décision unique s'impose, mais qui ne nécessite pas une action conjointe, par exemple une procédure en annulation d'une décision d'une assemblée générale de société anonyme ou une demande en désaveu.»

³ MILANI, Koordination, S. 146: «Soweit ersichtlich, hat sich auch die Lehre bislang nicht vertieft mit der Koordination unter mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG befasst.»; WALTHER, Rechtsprechung 2018, S. 191: «Die genaue Rechtsnatur der Gemeinschaft mehrerer Abtretungsgläubiger ist in vielen Punkten bis heute nicht abschliessend geklärt.»; TSCHUMY, S. 44: «La nature de cette consorité est très controversée. La jurisprudence a été fluctuante; la doctrine est abondante et imaginative.»

⁴ GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72.

B. Definition des Untersuchungsgegenstands

Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende Dissertation den Anspruch, die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG vertieft abzuhandeln. Die Abhandlung unterliegt zweierlei Schranken.

Erstens wird die Anspruchsdurchsetzung der Abtretungsgläubiger vor schweizerischen staatlichen Gerichten unter Anwendung der eidgenössischen Zivilprozessordnung untersucht. Die in der Zivilprozessordnung geregelte Schiedsgerichtsbarkeit ist – mit einer Ausnahme⁵ – nicht Gegenstand der Dissertation. Die Dissertation beinhaltet auch keine Ausführungen zum BGG, zum IPRG oder zum LugÜ. Hinsichtlich der Revision der Zivilprozessordnung haben beide Räte in der Frühjahrssession 2023 der Schlussabstimmung zugestimmt.⁶ Wenn die Ausführungen in dieser Dissertation von der ZPO-Revision betroffen sind, wird dies offengelegt und auf den Schlussabstimmungstext der revidierten ZPO verwiesen.⁷ Die Bestimmungen der revidierten ZPO treten am 1. Januar 2025 in Kraft.

Zweitens beschränken sich die Ausführungen auf die aktive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG, die eine Forderungsklage geltend macht. An einigen Stellen wird im Zusammenhang mit der Rechtskrafterstreckung auf andere Klagearten wie die Feststellungs- oder die Gestaltungs- klage eingegangen.⁸ Die Einschränkungen auf die aktivseitige Streitgenossenschaft und die Forderungsklage rechtfertigen sich, weil in der Praxis die meisten Ansprüche gegenüber dem Drittschuldner substratvermehrnde Leistungsklagen sind.⁹

C. Methodik

Bei der Einleitung ins Thema wurde dargelegt, dass die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft beim Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung

⁵ Vgl. Rz. 447 ff.

⁶ Geschäftsnummer 20.026 im Parlament.

⁷ Vgl. BBl 2023, S. 786 ff., für den Schlussabstimmungstext.

⁸ Beispielsweise 108 ff.

⁹ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 37: «In Betracht kommen vor allem bestrittene Forderungen»; WALDER, S. 67 Fn. 8: «Es sei noch darauf hingewiesen, dass sich meine Ausführungen nur auf den weitaus häufigeren Fall von sog. Aktivprozessen beziehen.»

nicht kodifiziert worden ist.¹⁰ Mangels Diskussion der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft in den Räten muss davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich der prozessualen Regelung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft kein qualifiziertes Schweigen vorliegt.

- 6 Da hinsichtlich der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft kein Gewohnheitsrecht besteht, entscheiden die Gerichte *modo legislatoris* (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Aus diesem Grund muss in methodologischer Hinsicht auf die Kasuistik eingegangen werden, die zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG besteht.¹¹ Finden sich für prozessuale Fragen auch in der Kasuistik keine Antworten, müssen weitere *Methoden der Lückenfüllung* angewendet werden. Aufgrund der Nähe der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft zu sowohl der einfachen als auch zur notwendigen Streitgenossenschaft bietet sich der Analogieschluss an.¹²
- 7 Darüber hinaus findet die *ökonomische Analyse des Rechts* Eingang in diese Dissertation. Die ökonomische Analyse des Rechts setzt sich mit der Wirkung von Rechtsnormen und Gerichtsentscheiden auf das menschliche Verhalten auseinander.¹³ Im Vordergrund steht hierbei die Anreizsteuerung.¹⁴ Was das Verhalten der Abtretungsgläubiger angeht, haben zwei ökonomische Faktoren einen starken Einfluss; einerseits die Regelungen zur Erlösverteilung nach Art. 260 Abs. 2 SchKG und andererseits das Prozesskostenrisiko. Sie bestimmen massgeblich das Verhältnis der Gewinn- und Verlustchancen, welche die Streitgenossen bei der Anspruchsdurchsetzung berücksichtigen.¹⁵

¹⁰ Rz. 1.

¹¹ KRAMER, S. 206 f.; BÖCKLI, § 16 Rz. 189: «Das Bundesgericht hat im Laufe der Jahre eine ganze Reihe von Fragen zum konkreten *Vorgehen der Abtretungsgläubiger* mit rechtsschöpferischem Schwung geklärt.»

¹² Vgl. KRAMER, S. 226 ausführlich zum Analogieschluss.

¹³ MÜLLER/MITROVIC, S. 50 m.w.H.; FISCHER, S. 85; KRAMER, S. 302 ff.

¹⁴ FISCHER, S. 85; MÜLLER/MITROVIC, S. 51, sprechen davon, «inwieweit Rechtsnormen und gerichtliche Entscheide menschliches Verhalten beeinflussen».

¹⁵ Vgl. JENT-SØRENSEN/MEIER, S. 607, die den Zugang zum Gericht der ökonomischen Analyse des Rechts unterziehen.

D. Aufbau

In Teil 2 «Grundlagen»¹⁶ wird auf die zivilprozessualen und die betriebsrecht- 8
lichen Grundlagen eingegangen. Sie ermöglichen das vertiefte Verständnis der
uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG. Unter die
zivilprozessualen Grundlagen subsumieren sich sowohl Ausführungen zur Pro-
zessstandschaft als auch solche zur notwendigen Streitgenossenschaft, zur einfa-
chen Streitgenossenschaft und zur generellen¹⁷ uneigentlichen notwendigen Streit-
genossenschaft. Bei den betriebs- und konkursrechtlichen Grundlagen werden
die Wirkung des Konkursdekrets beschrieben und das formelle Konkursrecht im
Zusammenhang mit den Abtretungsgläubigern näher dargelegt.

In Teil 3 «Art. 260 SchKG im Besonderen»¹⁸ wird auf die Abtretung und die Ver- 9
teilung des Erlöses eingegangen. Die personelle Zusammensetzung der uneigent-
lichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG hängt vom Erlass
und Widerruf der Abtretungsverfügungen ab. Die Ausführungen zur Erlösvertei-
lung zeigen auf, wieso Abtretungsgläubiger in einem Konkurrenzverhältnis zuein-
ander stehen und welchen ökonomischen Anreizen die verschiedenen Abtretungs-
gläubiger ausgesetzt sind. Teil 3 wird durch eine Abgrenzung von Art. 260 SchKG
zu verwandten Rechtsinstituten geschlossen.

Teil 4 «Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach 10
Art. 260 SchKG»¹⁹ setzt sich mit denjenigen Elementen auseinander, welche die
uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG charak-
terisieren. Einleitend wird auf das Einzelklagerecht und die Notwendigkeit des
einheitlichen Urteils eingegangen, wie Einzel- und Parallelklagen koordiniert
werden können und welchen Gehalt das Einzelklagerecht für die Abtretungsgläu-
biger je nach Prüfzeitpunkt der Prozessvoraussetzungen durch Gerichte aufweist.
Im Anschluss folgen Ausführungen zur Frage, wie die Abtretungsgläubiger den
Prozess zu führen haben, sofern alle in den Prozess involviert sind. Hierbei wird
auf die erstinstanzliche Prozesseinleitung, die Einleitung des Rechtsmittelverfah-
rens und die uneinheitliche Prozessführung eingegangen. Daraufhin werden die
Rechtsfolgen der Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts dargelegt. Teil 4

¹⁶ Rz. 18 ff.

¹⁷ Vgl. Rz. 13 für die terminologische Abgrenzung zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG.

¹⁸ Rz. 143 ff.

¹⁹ Rz. 216 ff.

schliesst mit Ausführungen zur dogmatischen Einordnung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG.

- 11 In Teil 5 «Weitergehende Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG»²⁰ werden einzelne Fragen, die sich im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung bei der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG stellen, vertieft behandelt. Zuerst wird auf die gemeinsame bzw. individuelle Rechtsvertretung, dann auf verjährungsunterbrechende Handlungen wie die Einzelklage oder die Einzelbetreibung eingegangen. Anschliessend finden sich Ausführungen zum Vergleichsschluss durch eine Mehrzahl von Abtretungsgläubigern. Nach Behandlung der Aktivlegitimation und ausgewählter Prozessvoraussetzungen werden verschiedene Alternativen zum Verfahren vor dem Sachgericht thematisiert. In der Folge wird auf den Spezialfall des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung und auf die Zession der Konkursforderung eingegangen. Teil 5 schliesst mit Ausführungen zur Auferlegung von Prozesskosten auf die prozessierenden Abtretungsgläubiger.
- 12 Teil 6 «Empfehlungen und Schlussbetrachtung»²¹ schliesst mit Empfehlungen für die Abtretungsgläubiger und mit der Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse.

E. Begriffliches

- 13 In Teil 2 wird die *generelle* uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft umrissen. Der Begriff «generell» findet sich im Zusammenhang mit uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaften weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung. Er wird in dieser Dissertation eingeführt, weil er es erlaubt, sich mit der Grundform der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft zu beschäftigen, ohne auf die kasuistischen Spezifika der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG einzugehen.
- 14 Eine weitere Unterscheidung muss zwischen den Begriffen «Abtretungsgläubiger» und «uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG» getroffen werden. Die beiden Begriffe lassen sich durch die Rechtshängigkeit unterscheiden: Sobald Abtretungsgläubiger Parteistellung im Zivilprozess haben,

²⁰ Rz. 413 ff.

²¹ Rz. 531 ff.

werden sie zu uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG. Da die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG immer noch Abtretungsgläubiger sind, ist Letzteres der Oberbegriff.

In der Dissertation wird verschiedentlich von einem «obstruktiven Abtretungsgläubiger» oder «obstruktiven Streitgenossen» gesprochen. Damit ist ein Abtretungsgläubiger oder Streitgenosse gemeint, der die Anspruchsdurchsetzung gegenüber dem Drittschuldner vereiteln möchte. In der Praxis ergibt sich diese Motivation meist aufgrund der Nähe eines Abtretungsgläubigers zum Drittschuldner.²²

Eine weitere Definition drängt sich bei den Begriffen des «Konkursgläubigers mit einer verspäteten Konkurseingabe» und des «Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung» auf. Ein Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe zeichnet sich dadurch aus, dass er die Eingabefrist für die Konkursforderung gemäss Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG verpasst hat.²³ Er gibt seine Konkursforderung verspätet im Sinne von Art. 251 Abs. 1 SchKG ein. Ein Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung ist ein Konkursgläubiger, der seine Konkursforderung im Zeitpunkt, in dem erstmals eine Frist zum Verlangen der Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG angesetzt wurde,²⁴ nicht eingegeben hatte. Er ist ein Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe, dem eine eigenständige Frist zum Verlangen der Abtretungsverfügung angesetzt wird.²⁵

An verschiedenen Stellen in der Dissertation werden weitere Begriffe definiert. Sie werden dort aufgrund ihrer Nähe zu den dazugehörigen sachlichen Ausführungen dargelegt.²⁶

²² WALTHER, Rechtsprechung 2018, S. 193, spricht von einem «trojanischen Pferd».

²³ BSK SchKG II-HIERHOLZER/SOGO, Art. 251 N 1.

²⁴ Vgl. Rz. 166 für die Länge der Frist und die Modalitäten der Fristansetzung.

²⁵ Vgl. Rz. 478 ff. zur Diskussion der Zulässigkeit einer solchen Abtretung.

²⁶ Vgl. Fn. 41 zum Begriff der nebeneinander prozessführungsbefugten Prozessstandschafter; Fn. 634 zum Begriff des jederzeitigen Rücktrittsrechts; Rz. 82 zum Begriff der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft und der Abgrenzung von weiteren Begriffen; Rz. 148 zur Unterscheidung der Abtretung nach Art. 260 SchKG und der Zession; Rz. 218 zum Begriff der Einzelklage und der Parallelklage; Rz. 234 f. zum generellen und zum spezifischen Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis; Rz. 263 zum Begriff des Konkursamtes und der Konkursverwaltung; Rz. 429 ff. zum echten und zum unechten Vergleich.

Teil 2:

Grundlagen

A. Zivilprozessuale Grundlagen

- 18 Für die vertiefte Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist ein Verständnis der Prozessstandschaft sowie der einfachen und der notwendigen Streitgenossenschaft unabdingbar, weshalb die drei Rechtsinstitute nachfolgend in ihren Grundzügen dargelegt werden. Darauf folgend wird die generelle uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft thematisiert.

I. Prozessstandschaft

- 19 Die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG machen den Anspruch, der dem Gemeinschuldner als Rechtsträger gegenüber dem Drittschuldner zusteht, als Prozessstandschafter geltend.²⁷ Aus diesem Grund werden die Eigenschaften der Prozessstandschaft in abstrakter Weise umrissen.

1. Grundlage und Voraussetzung

- 20 Die Prozessstandschaft erfordert eine gesetzliche Grundlage.²⁸ Das gesetzlich geregelte Innenverhältnis zwischen dem Rechtsträger und dem Prozessstandschafter legitimiert die Wirkungen der Prozessstandschaft.²⁹
- 21 Das Bestehen der Prozessstandschaft setzt den formellen Parteibegriff voraus.³⁰ Demnach sind diejenigen Personen Parteien in einem Zivilverfahren, die Rechtsschutz in eigenem Namen verlangen und gegen die Rechtsschutz ersucht wird.³¹

²⁷ Vgl. Rz. 122 ff.

²⁸ BGE 129 III 715, E. 3.3; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 124, wobei die Norm, welche die Prozessstandschaft einräumt, sich im materiellen Recht oder im Prozessrecht finden kann; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 26; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 29 m.w.H. Eine Minderheitsmeinung spricht sich für die Zulässigkeit der vertraglich eingeräumten, d.h. gewillkürten Prozessstandschaft aus (LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 634 ff.; BERGER et al., Rz. 664).

²⁹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 18.

³⁰ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 10.

³¹ BRUNNER, Rz. 75; DOMEJ, S. 117; BERTI, Rz. 72; HABSCHIED, Rz. 270; BOHNET, Parties, S. 72.

Im Gegensatz zum materiellen Parteibegriff³² kann auch eine Person Partei im Verfahren werden, die nicht zugleich Rechtsinhaber ist.³³ Die Trennung der Prozessführungsbefugnis und der Rechtsinhaberschaft, welche die Prozessstandschaft auszeichnet,³⁴ wird durch den formellen Parteibegriff erst ermöglicht.³⁵

2. Zweck

Der Zweck der Prozessstandschaft ist unter anderem die erleichterte Rechtsausübung, die Prozessführung durch die sachlich nähere Person und die Prozessökonomie.³⁶ 22

3. Rechtsfolgen

3.1 Einräumung der Prozessführungsbefugnis

Die Prozessstandschaft führt im Prozessfall zu einem Dreiecksverhältnis zwischen dem Rechtsträger, dem Prozessstandschafter und der Gegenpartei. Das Dreiecksverhältnis entsteht, weil die Prozessstandschaft bewirkt, dass dem Prozessstandschafter die Befugnis bzw. das Recht,³⁷ einen Prozess im eigenen Namen über den Anspruch des Rechtsträgers zu führen, eingeräumt wird.³⁸ Je nachdem ist der Prozessstandschafter anstelle des Rechtsträgers (ausschliessliche Prozessstandschaft)³⁹ oder neben dem Rechtsträger (parallele Prozessstandschaft) prozess- 23

³² HABSCHEID, Rz. 270: «Aktiv legitimiert ist der materielle Rechtsinhaber, passiv legitimiert der materiell Verpflichtete.»

³³ DOMEJ, S. 117.

³⁴ GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 25.

³⁵ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 10.

³⁶ KUMMER, S. 67; BERGER et al., Rz. 653; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 24.

³⁷ Die Begriffe Prozessführungsbefugnis und Prozessführungsrecht sind synonym (BOHNET, Prozessführungsrecht, S. 467; GRAF, S. 382; JAKOB, Rz. 23 Fn. 73).

³⁸ OGer ZH RT200189, E. 1.1; SUTTER-SOMM, Rz. 192; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 25; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 21; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1 ff.; BERGER et al., Rz. 652; JENNY, Rz. 114; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 67 N 13.

³⁹ OGer ZH NG180004, E. 4.5.2.

führungsberechtigt.⁴⁰ Zudem ist es möglich, dass mehrere Prozessstandschafter nebeneinander prozessführungsbefugt sind.⁴¹

- 24 Die Einräumung der Prozessführungsbefugnis hat zur Folge, dass der Prozessstandschafter im Rahmen der materiellen Grundlage⁴² prozessual über den Streitgegenstand befinden kann und ihn die prozessualen Folgen der Parteistellung treffen.⁴³ Der Prozessstandschafter kann darüber entscheiden, ob er einen Prozess einleiten will und, bei Geltung der Dispositionsmaxime, ob er einen Vergleich schliessen oder den Anspruch anerkennen bzw. zurückziehen möchte.⁴⁴

3.2 Prozessvoraussetzung

- 25 Die Partei- und die Prozessfähigkeit, wobei unter Letztere auch die Postulationsfähigkeit gemäss Bundesgericht subsumiert wird,⁴⁵ sind Voraussetzungen für das Auftreten einer Person in einem Prozess.⁴⁶ Sie müssen bei den Prozessparteien vorliegen.⁴⁷ Fehlen sie, wird das Verfahren aufgrund ihrer Natur als Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 Abs. 1 ZPO mit einem Nichteintretensentscheid

⁴⁰ ZOGG, Unterhaltsklagen, S. 20 Fn. 71; JENNY, Rz. 114; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 21; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 148.

⁴¹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 150, spricht nicht von der parallelen Prozessstandschaft, weil hierbei die Prozessführungsbefugnis des Rechtsträgers mitgehalten ist. Sie hält aber dafür, dass die Situation «vergleichbar mit der parallelen Prozessstandschaft» sei. Um der Terminologie von LÖTSCHER zu folgen, wird in dieser Arbeit ebenfalls von Prozessstandschaftern gesprochen, die *nebeneinander prozessführungsbefugt* sind.

⁴² Vgl. für den Willensvollstrecker bspw. Art. 518 Abs. 2 ZGB. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 446; ITEN, S. 28 Fn. 147; JENNY, Rz. 115.

⁴³ BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N 3a; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 60; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 22; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 204; JAKOB, Rz. 23; PICHLER, S. 35 f.

⁴⁴ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 20; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 50; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 67 N 13; SCHNEUWLY, Rz. 626.

⁴⁵ BGE 132 I 1, E. 3.2; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 43.

⁴⁶ SUTTER-SOMM, Rz. 167; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 1; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 66 N 2 und Art. 67 N 2.

⁴⁷ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N 3; STAEHELIN, A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz. 5a; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 39; SUTTER-SOMM, Rz. 595.

beendet.⁴⁸ Bei Vorliegen einer Prozessstandschaft bedeutet dies, dass nicht der Rechtsträger, sondern der Prozessstandschafter selbst die Partei- und die Prozessfähigkeit erfüllen muss.

Die ältere Lehre sprach sich dafür aus, dass bei fehlender Prozessführungsbefugnis ein Sachurteil zu ergehen habe.⁴⁹ Diese wurde von der neueren herrschenden Lehre und dem Bundesgericht abgelöst, wonach die Prozessführungsbefugnis eine Prozessvoraussetzung sei und entsprechend bei deren Fehlen ein Nichteintretensentscheid zu ergehen habe.⁵⁰ 26

Knüpft die ZPO an die Eigenschaft der Parteien an,⁵¹ bestimmt sich die örtliche und die sachliche Zuständigkeit nach den Eigenschaften des Prozessstandschafters und nicht nach den Eigenschaften des Rechtsträgers.⁵² 27

3.3 Verfahrensführung

Weil der Prozessstandschafter bei Anwendung der Dispositionsmaxime frei über den Streitgegenstand verfügen kann, stehen ihm alle Prozesshandlungen offen, die für eine solche Disposition notwendig sind.⁵³ 28

3.4 Wirkung des Urteils

Die Rechtskraft des vom Prozessstandschafter erstrittenen Urteils bzw. des erwirkten Urteilssurrogats erstreckt sich nicht nur auf die Prozessparteien, sondern auch 29

⁴⁸ BGE 135 III 378, E. 2.5; BGE 123 III 49, E. 1a; STAEHELIN, A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz. 1.

⁴⁹ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 20; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 203 m.w.H.; HABSCHEID, Rz. 277.

⁵⁰ BGE 144 III 552, E. 4.1.2; BGE 133 III 421, E. 1.1; HGer ZH HG110215, E. 1.2; JAKOB, Rz. 23; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 27; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 70; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 20; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67.

⁵¹ Für die örtliche Zuständigkeit gilt dies beispielsweise für den Sitz bzw. Wohnsitz. Bei der sachlichen Zuständigkeit ist beispielsweise die Qualifikation als natürliche oder juristische Person und der damit einhergehende Handelsregistereintrag in Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO relevant.

⁵² Vgl. Rz. 451 ff. und Rz. 457 ff. für die Abtretungsgläubiger; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 214 f.; SCHNEUWLY, Rz. 627.

⁵³ BGE 121 III 291, E. 3a; Hger ZH HG120163, E. 3.6; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 58 und Rz. 206.

auf den Rechtsträger.⁵⁴ Die Prozesskosten werden gemäss der ZPO grundsätzlich den Parteien auferlegt.⁵⁵ Weil der Prozessstandschafter als Partei auftritt, trägt er das Prozesskostenrisiko.⁵⁶ Ob der Rechtsträger Kosten zu tragen hat, ergibt sich aus dem Innenverhältnis zwischen dem Rechtsträger und dem Prozessstandschafter.⁵⁷

3.5 Rechtsmittel

- 30 Die Rechtsmittellegitimation kommt dem Prozessstandschafter zu, da dieser Parteistellung innehat.⁵⁸ Er muss zur Führung des Rechtsmittelverfahrens formell beschwert sein.⁵⁹

3.6 Vollstreckung

- 31 Sofern eine Vollstreckung notwendig ist,⁶⁰ kann der Prozessstandschafter Leistungsurteile vollstrecken, weil aus der Prozessstandschaft auch eine Vollstreckungsstandschaft folgt.⁶¹ Hierbei spielt es keine Rolle, ob der Prozessstandschafter die Leistung an sich selbst oder an den Rechtsträger verlangt hat.⁶²

⁵⁴ OGer ZH NG180004, E. 4.5.2; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 139; FHB ZPO-SOGO, Rz. 10.149; HABSCHIED, Rz. 509; BAUMGARTNER et al., § 36 Rz. 232; STAEHELIN, D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 24 Rz. 15b; BERGER et al., Rz. 668; SUNARIC, S. 95. Gemäss Kuko ZPO-WEBER et al., Art. 236 N 59, sei nicht bei jedem Anwendungsfall der Prozessstandschaft die Rechtskrafterstreckung Rechtsfolge; jedoch meistens, zumindest dann, wenn der Rechtsträger selbst nicht mehr prozessführungsbefugt sei.

⁵⁵ Art. 106 Abs. 1 ZPO; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 2; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 2; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 226.

⁵⁶ ZOGG, Unterhaltsklagen, S. 30; FHB ZPO-ERK, Rz. 10.120; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 227 m.w.H.

⁵⁷ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 236.

⁵⁸ SEILER, Berufung, Rz. 113; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 305, mit der weitergehenden Diskussion, ob die Rechtsmittellegitimation auch dem Rechtsträger zusteht.

⁵⁹ STEINER, Rz. 317. Die materielle Beschwerde trifft den Rechtsträger. Diese wird dem formell beschwerten Prozessstandschafter zugerechnet.

⁶⁰ Grundsätzlich müssen Gestaltungs- und Feststellungsklagen nicht vollstreckt werden (BK ZPO I-MARKUS, Art. 87 N 22; DIKE Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 87 N 2; ZPO Komm.-BESSENICH/BOPP, Art. 87 N 4; SUTTER-SOMM, Rz. 1551).

⁶¹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 377 m.w.H. und in Rz. 379 mit einzelfallbezogenen Ausführungen.

⁶² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 377.

4. Von der Prozessführungsbefugnis abzugrenzende Begriffe

4.1 Sachlegitimation

Die Sachlegitimation ergibt sich aus dem materiellen Recht und beantwortet die Frage, wer hinsichtlich eines Rechtsanspruchs berechtigt (Aktivlegitimation) und verpflichtet (Passivlegitimation) ist⁶³ bzw. wem die materielle Rechtsstellung (Rechtsträgerschaft) zusteht.⁶⁴ Üblicherweise steht die Prozessführungsbefugnis dem Rechtsträger zu.⁶⁵ Im Fall der ausschliesslichen Prozessstandschaft wird dem Rechtsträger die Prozessführungsbefugnis entzogen und sie kommt einem Dritten, dem Prozessstandschafter, zu.⁶⁶ 32

Gemäss der herrschenden Lehre ist die Prozessführungsbefugnis von der Sachlegitimation losgelöst.⁶⁷ Dieses Verständnis der Abgrenzung der Prozessführungsbefugnis von der Sachlegitimation bringt die Schwierigkeit mit sich, dass im Fall der Prozessführung durch den Prozessstandschafter diesem die Sachlegitimation fehlt und deshalb ein abweisender Sachentscheid zu ergehen hätte.⁶⁸ Als Lösungsansatz wird postuliert, dass das Gericht bei Prozessführung durch den Prozessstandschafter die Sachlegitimation des Rechtsträgers zu prüfen habe.⁶⁹ 33

⁶³ ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; SUTTER-SOMM, Rz. 191; BAUMGARTNER et al., § 28 Rz. 113; JAKOB, Rz. 28; PICHLER, S. 34 f.; vgl. eingehend zur Abgrenzung zwischen Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis SUNARIC, S. 18 ff.

⁶⁴ SUNARIC, S. 18; JENNY, Rz. 112; PICHLER, S. 34 f.; GRAF, S. 382; STAEHELIN/SUTTER, § 9 Rz. 19.

⁶⁵ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 20; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 24; BOHNET, Prozessführungsrecht, S. 476; JAKOB, Rz. 28; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 145; PICHLER, S. 35 f.; STAEHELIN/SUTTER, § 9 Rz. 21.

⁶⁶ JAKOB, Rz. 28; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 25.

⁶⁷ GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 26; BERGER et al., Rz. 645; BOHNET, Prozessführungsrecht, S. 476; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; HABSCHEID, Rz. 277; SUTTER-SOMM, Rz. 192; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 88; PICHLER, S. 37; GRAF, S. 382.

⁶⁸ SUNARIC, S. 19; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 90; PICHLER, S. 37.

⁶⁹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 90; PICHLER, S. 38 f.; GRAF, S. 382.

4.2 Verfügungsbefugnis

- 34 Die Verfügungsbefugnis ist das materielle Gegenstück der Prozessführungsbefugnis.⁷⁰ Der Inhaber der Verfügungsbefugnis kann wirksame Rechtshandlungen über eine Sache oder ein Recht ausüben.⁷¹ Üblicherweise steht die Verfügungsbefugnis dem Eigentümer oder einem sonstigen Rechtsträger zu.⁷² Fehlt einem Rechtsträger die Verfügungsbefugnis, kommt ihm auch keine Prozessführungsbefugnis zu.⁷³ Möglich ist indes, dass aufgrund einer Prozessstandschaft bzw. der ihr zugrunde liegenden Norm dem Rechtsträger die Verfügungsbefugnis fehlt, hingegen einer Drittperson, dem Prozessstandschafter, die Prozessführungsbefugnis zukommt.⁷⁴

II. Streitgenossenschaft

1. Streitgenossenschaft im Allgemeinen

- 35 Der Begriff Streitgenossenschaft wird von der Mehrheit der Lehre mit der subjektiven Klagenhäufung (*lis consortium*) gleichgesetzt.⁷⁵ Eine Streitgenossenschaft liegt vor, wenn im Verfahren auf einer oder beiden Seiten eine Mehrheit von Hauptparteien teilnehmen.⁷⁶ Liegen mehrere Hauptparteien auf der Klägerseite vor, spricht man von einer aktiven Streitgenossenschaft. Bestehen mehrere Hauptparteien auf der Beklagtenseite, spricht man von einer passiven Streitgenossenschaft.⁷⁷ Die Streitgenossenschaft ist eine ursprüngliche, wenn sie durch eine

⁷⁰ MEIER, Zivilprozessrecht, S. 159; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 52; JAKOB, Rz. 23; ferner BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 207 N 1; STAEHELIN/SUTTER, § 9 Rz. 21.

⁷¹ GRIEDER, Rz. 352; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 159.

⁷² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 52; GRIEDER, Rz. 352; TUOR et al., § 97 Rz. 2 ff.

⁷³ HUNKELER/SCHÖNMANN, S. 143; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 52.

⁷⁴ Vgl. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 56 zum Zusammenspiel in allen Einzelheiten.

⁷⁵ VON HOLZEN, S. 5 m.w.H.; SUTTER-SOMM, Rz. 210; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 2; GROLMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolmund, § 13 Rz. 33; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 1. Die subjektive Klagenhäufung wird teilweise auch als Synonym für die einfache Streitgenossenschaft verwendet (vgl. VON HOLZEN, S. 6 m.w.H.); vgl. für weitergehende Ausführungen SCHAAD, S. 54.

⁷⁶ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 2; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 40; SUTTER-SOMM, Rz. 211; BLATTMANN/MORETTI, S. 589; VON HOLZEN, S. 4; HABSCHIED, Rz. 278; BERGER et al., Rz. 535.

⁷⁷ SUTTER-SOMM, Rz. 211; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 3; VON HOLZEN, S. 4; HABSCHIED, Rz. 278; BERGER et al., Rz. 536.

gemeinsame Prozessbegründungshandlung der Streitgenossen entstanden ist.⁷⁸ Eine nachträgliche Streitgenossenschaft zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich erst im Lauf des Prozesses zu einer solchen gewandelt hat, beispielsweise durch die Vereinigung von Prozessen nach Art. 125 lit. c ZPO. Schliesslich kann die Streitgenossenschaft eine einfache, eine notwendige oder eine uneigentliche notwendige sein. Auf die Eigenschaften dieser drei Arten von Streitgenossenschaften wird in der Folge eingegangen.

2. Notwendige Streitgenossenschaft

2.1 Grundlage und Voraussetzung

Die notwendige Streitgenossenschaft ist in Art. 70 ZPO geregelt. Abs. 1 der Norm 36 hält fest, dass bei einem Rechtsverhältnis, an dem mehrere Personen beteiligt sind und über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, die Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden müssen. Das Erfordernis des einheitlichen Urteils leitet sich entweder aus dem materiellen Recht⁷⁹ oder der Natur der Sache⁸⁰ ab.

2.2 Zweck

Der Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft besteht darin, dass ein einheitliches Urteil für die materiell an ein Rechtsverhältnis gebundenen Personen gefällt 37 wird⁸¹ und dass ein notwendiger Streitgenosse nicht zum Nachteil der anderen Streitgenossen über den Streitgegenstand disponieren kann.⁸² Die Entscheidung muss für alle Streitgenossen einheitlich gefällt werden, weil ansonsten die Vollstreckung des Urteils nicht möglich wäre.⁸³

⁷⁸ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 4.

⁷⁹ BGer 2C_509/2018, E. 5.1; HGer SG HG.2018.98, E. I.1.1; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 4; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 39; SUTTER-SOMM, Rz. 217; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 1; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 4.

⁸⁰ BGE 107 III 91, E. 3; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 5; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 39; VON HOLZEN, S. 71; HABSCHEID, Rz. 287; kritisch zum Erfordernis Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 1.

⁸¹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 3.

⁸² SCHAAD, S. 69; LÖTSCHER, Erbgemeinschaft, S. 175.

⁸³ GEIGER, S. 84; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 13; VON HOLZEN, S. 71 mit Hinweisen zu weiteren Autoren in der Lehre, die nebst dem einheitlichen Urteil auch die gemeinsame Prozessführung als Zweck erachten.

2.3 Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft

- 38 In der Lehre wird die notwendige Streitgenossenschaft in verschiedene Fallgruppen kategorisiert.⁸⁴ Die erste Fallgruppe umfasst *Gesamthandsgemeinschaften* wie beispielsweise die Gütergemeinschaft, die Erbengemeinschaft, die einfache Gesellschaft oder die Gemeinderschaft.⁸⁵ Da die Gesamthänder am Rechtsverhältnis ungeteilt berechtigt sind,⁸⁶ müssen sie in Aktivprozessen gemeinsam auftreten.⁸⁷ Im Passivprozess hängt das gemeinsame Auftreten hingegen davon ab, ob dingliche Rechte gegen die Gesamthänder geltend gemacht werden.⁸⁸
- 39 Als zweite Gruppe ziehen grundsätzlich⁸⁹ *Gestaltungs- oder Feststellungsklagen über unteilbare Rechtsverhältnisse* die notwendige Streitgenossenschaft nach sich.⁹⁰ Als Beispiele können unter anderem die Klagen auf Aufhebung eines Gesamthandverhältnisses wie die Erbteilungsklage oder die Auflösung einer einfachen Gesellschaft durch Gerichtsurteil⁹¹, die Klage auf Änderung der Wertquoten der Stockwerkeigentümer oder obligationenrechtliche Klagen wie beispielsweise die Wandelung eines Kaufvertrags zwischen mehreren Käufern und Verkäufern angeführt werden.⁹²

⁸⁴ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 5; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 8 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 221; BERGER et al., Rz. 537; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 7.

⁸⁵ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 41; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 7; STAEHELIN/SUTTER, § 10 Rz. 12.

⁸⁶ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 7; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 5.

⁸⁷ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 23 ff.; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 6; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 7.

⁸⁸ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 8; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 41; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 30 ff.

⁸⁹ Auf die Aufhebung eines Beschlusses gerichtete Klagen wie beispielsweise Art. 706 OR wirken *erga omnes*, verlangen aber nicht, dass die vom Beschluss betroffenen Mitglieder im Verfahren als Streitgenossen beteiligt sind.

⁹⁰ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 6 ff.; GEIGER, S. 106.

⁹¹ ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545–547 N 175; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 33.

⁹² ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 42; GULDENER, S. 297; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 32 ff.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 7. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 10 für Beispiele von Gestaltungsclagen mit *inter partes*-Wirkung, wie beispielsweise die erbrechtliche Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage.

Schliesslich fallen in die dritte Gruppe *Rechtsverhältnisse, die unteilbar* sind, damit die Gefahr von sich widersprechenden Sachurteilen abgewendet werden kann.⁹³ Sucht man nach Beispielen in der Lehre, wird die Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG genannt.⁹⁴ Dass diese Einordnung zu undifferenziert ist, wird noch aufgezeigt.⁹⁵ 40

2.4 Rechtsfolgen

2.4.1 Prozessvoraussetzungen

Bei der notwendigen Streitgenossenschaft müssen alle notwendigen Streitgenossen die Prozessvoraussetzungen der Partei- und Prozessfähigkeit einzeln erfüllen.⁹⁶ 41

Bei der aktiven notwendigen Streitgenossenschaft ist die *örtliche Zuständigkeit* in der Regel unproblematisch, weil sie sich aus einem Kriterium ergibt, das nicht an die Person der notwendigen Streitgenossen anknüpft.⁹⁷ Sind die notwendigen Streitgenossen passivlegitimiert, regelt Art. 15 Abs. 1 ZPO, dass das für einen Beklagten zuständige Gericht für alle zuständig ist, sofern dieser Gerichtsstand nicht ausschliesslich auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht.⁹⁸ 42

Die Bestimmung der *sachlichen Zuständigkeit* ist Sache der Kantone.⁹⁹ Aufgrund der derogativen Kraft des Bundesrechts müssen die kantonalen Gesetze eine einheitliche Entscheidung für die notwendigen Streitgenossen ermöglichen.¹⁰⁰ Sind beispielsweise nicht alle Streitgenossen juristische Personen, darf ihnen der Weg ans ordentliche Gericht nicht verwehrt werden.¹⁰¹ 43

⁹³ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 10.

⁹⁴ VON HOLZEN, S. 73 m.w.H.; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 10.

⁹⁵ Rz. 400 f.

⁹⁶ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 21; KELLERHALS/GÜNGERICH/BERGER, Rz. 2.142.

⁹⁷ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 30; VON HOLZEN, S. 173.

⁹⁸ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 26; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 29; STAHELIN, D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 9 N 51.

⁹⁹ Art. 4 Abs. 1 ZPO.

¹⁰⁰ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 18; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 32.

¹⁰¹ BGer 4A_595/2019, E. 2.5.2: «Denn sowohl bei einer einfachen als auch bei einer notwendigen Streitgenossenschaft ist im zu beurteilenden Fall die Zuständigkeit des Bezirksgerichts gegeben, sobald einer der Streitgenossen nicht (mehr) im Handelsregister eingetragen ist.»; HGer SG HG.2018.98, E. 3; SCHNEUWLY, Rz. 615 und Rz. 618.

2.4.2 Sachlegitimation im Besonderen

(a) Grundsatz der Abweisung bei falscher Zusammensetzung

- 44 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt das Fehlen eines notwendigen Streitgenossen auf der Aktiv- oder Passivseite zur Klageabweisung.¹⁰² Das liegt daran, dass es eine Frage der Sachlegitimation ist, ob alle notwendigen Streitgenossen zusammen prozessieren.¹⁰³ Die aus der materiellen Rechtskraft erwachsene Sperrwirkung des Urteils hat mangels Parteiidentität für die im Sinne der Sachlegitimation «korrekt» zusammengesetzte notwendige Streitgenossenschaft keine Wirkung.¹⁰⁴ Von diesem Grundsatz bestehen die folgenden Ausnahmen.

(b) Ausnahmen

(aa) Anerkennungserklärung

- 45 Als Ausnahme des Erfordernisses, gemeinsam als Partei im Prozess aufzutreten, können notwendige Streitgenossen eindeutig und unbedingt erklären, sie würden auf eine Teilnahme am Prozess verzichten und liessen das Prozessergebnis in jedem Fall gegen sich gelten.¹⁰⁵ Im Fall der Anerkennungserklärung muss der notwendige Streitgenosse, der die Annahmeerklärung abgibt, nicht im Rubrum des Prozesses geführt werden.¹⁰⁶

(bb) Das Erfassen klageunwilliger Streitgenossen auf der Passivseite

- 46 In der Rechtsprechung und der Lehre ist ebenfalls anerkannt, dass die Aktivlegitimation der notwendigen Streitgenossen gegeben ist, wenn ein nicht klagewilliger

¹⁰² BGE 140 III 598, E. 3.2; BGE 138 III 737, E. 2; BGE 137 III 455, E. 3.5; BGE 89 II 429, E. 4; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 7; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 11; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 23; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 742.

¹⁰³ BGE 121 III 118, E. 3; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 23; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 11; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 33; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 2.

¹⁰⁴ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 33; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 11; SUTTER-SOMM, Rz. 213; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 8; VON HOLZEN, S. 79; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.36; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 10.

¹⁰⁵ BGer 5C.197/2000, E. 1 m.w.H.; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 45; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 34; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 7; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 25; VON HOLZEN, S. 153; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 45; STAEHELIN/SUTTER, § 10 Rz. 14.

¹⁰⁶ BGE 136 III 123, E. 4.2.2; BGE 112 II 308, E. 2; BGE 86 II 451, E. 3; BGE 74 II 215, E. 4; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 45; VON HOLZEN, S. 153 m.w.H.

Streitgenosse von den klagewilligen Streitgenossen auf der Passivseite ins Recht gefasst wird.¹⁰⁷ Die Rechtsprechung begründet sich durch Interessenkonflikte zwischen den Streitgenossen und dem Sozialschutzgedanken.¹⁰⁸ Dies wird durch die von der Rechtsprechung bestimmten Anwendungsfälle ersichtlich. So steht das Recht, einen weiteren Streitgenossen passivseitig ins Recht zu fassen, einem Mieter zu, der entgegen des Willens des Mitmieters eine Kündigung der Familienwohnung gerichtlich anfechten möchte.¹⁰⁹ Das Gleiche gilt für die Klage auf Herabsetzung eines missbräuchlichen Mietzinses.¹¹⁰ Auch bei Feststellungs- oder Gestaltungsclagen über unteilbare Rechtsverhältnisse erlauben ein älterer kantonalcr Entscheidung und die Lehre das Ergreifen eines Rechtsmittels, wobei die übrigen Streitgenossen, die das vorinstanzliche Urteil gegen sich gelten lassen möchten, passivseitig ins Recht zu fassen sind.¹¹¹ DOMEJ möchte den Anwendungsbereich dieser Möglichkeit von der Auslegung der jeweiligen materiellen Bestimmungen abhängig machen.¹¹²

(cc) *Gerichtliche Fristansetzung für nachträglichen Verfahrensbeitritt*

In der Lehre wird teilweise die Frage diskutiert, ob vor dem Hintergrund der Prozessökonomie und der Funktion des Zivilprozesses, nämlich der Ermöglichung der Durchsetzung des materiellen Rechts, die Möglichkeit des nachträglichen Einbezugs eines notwendigen Streitgenossen in einen Prozess besteht.¹¹³ Verschiedentlich findet sich in der Lehre die Ansicht, dass Gerichte den nicht im Prozess involvierten notwendigen Streitgenossen eine Frist anzusetzen hätten, damit sie

47

¹⁰⁷ BGer 4A_570/2021, E. 3.3.2; BGer 4A_570/2018, E. 3.1 m.w.H.; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 7; BRUNNER, Rz. 524; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 45.

¹⁰⁸ BGE 146 III 346, E. 2.2; BGer 4A_570/2018, E. 3.1 (nicht veröffentlicht in BGE 145 III 281); CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 13.

¹⁰⁹ BGE 145 III 281, E. 3.4.2; BGE 140 III 598, E. 3.2. Die Rechtsprechung gilt auch für die Geschäftsraummiete (BGE 146 III 346, E. 2.2 unter Verweis auf BGer 4A_689/2016, E. 4.1 *in fine*).

¹¹⁰ BGE 146 III 346, E. 2.

¹¹¹ ZR 1991 Nr. 12, E. II.5; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 25; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 44; BRUNNER, Rz. 525.

¹¹² Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 6.

¹¹³ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 14 ff.; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 25; vgl. ausführlich Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 14.

sich dem Prozess anschliessen oder eine Anerkennungserklärung aussprechen könnten.¹¹⁴

- 48 Dem ist entgegenzuhalten, dass unter der Geltung von Art. 83 Abs. 4 ZPO ein Parteiwechsel – unter Vorbehalt der hier nicht einschlägigen Ausnahmen hinsichtlich der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge – nur mit Zustimmung der Gegenpartei erfolgen kann.¹¹⁵ Darüber hinaus hat das Bundesgericht die Zulässigkeit der Fristansetzung explizit unter Bezugnahme auf die befürwortende Ansicht abgelehnt.¹¹⁶ Für eine Fristansetzung im vorgenannten Sinn besteht *de lege lata* kein Platz.¹¹⁷

2.4.3 Verfahrensführung

(a) Grundsatz der gemeinsamen und übereinstimmenden Verfahrenshandlungen

- 49 Notwendige Streitgenossen unterliegen bei der Verfahrensführung grundsätzlich dem *Einstimmigkeitsprinzip*. Der Grund hierfür liegt im Schutz der notwendigen Streitgenossen vor missbräuchlichen Einzelhandlungen.¹¹⁸ Das Bundesgericht hält passend fest: «Unzulässig sind deshalb nebst den eigentlichen Verfügungen über das Recht all jene Rechtshandlungen, welche die Gefahr einer Benachteiligung der Gemeinschaft oder ihrer Mitglieder mit sich bringen können.»¹¹⁹ Insofern ist klar, dass die notwendigen Streitgenossen nur gemeinsam die Klage anerkennen oder zurückziehen oder einen Vergleich schliessen können.¹²⁰

¹¹⁴ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 25; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 36; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 24; VON HOLZEN, S. 80.

¹¹⁵ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 14; BRUNNER, Rz. 529; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 16.

¹¹⁶ BGE 142 III 782, E. 3.1.2: «[Le CPC] ne contient pas non plus de disposition permettant au tribunal de fixer un délai au demandeur pour attirer en procédure le consort nécessaire manquant (contrairement à ce que proposent deux auteurs [...])».

¹¹⁷ CHK ZPO SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 12; BRUNNER, Rz. 529; DAETWYLER/STALDER, S. 160.

¹¹⁸ BGE 121 III 118, E. 3; VON HOLZEN, S. 148.

¹¹⁹ BGE 121 III 118, E. 3. Das Bundesgericht lässt vor diesem Hintergrund eine Klage auf erbrechtliche Informationsansprüche ohne Involvierung der übrigen Erben als Gesamthänder zu, da eine solche keine Benachteiligung der übrigen Erben nach sich zieht (BGE 121 III 118, E. 3 mit Verweis auf BGE 82 II 555, E. 7).

¹²⁰ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 44; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 29; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 43; SCHAAD, S. 386 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 Rz. 29.

Weniger klar ist hingegen der Umgang mit *übrigen Prozesshandlungen* wie beispielsweise dem Einreichen von Rechtsschriften, dem Aufstellen, Bestreiten oder Anerkennen von Tatsachenbehauptungen wie auch dem Stellen von Beweisanträgen. Für diese Fälle gilt *kein absolutes Einstimmigkeitsprinzip*.¹²¹ Das liegt daran, dass einerseits Ausnahmen vom Grundsatz der gemeinsamen und übereinstimmenden Verfahrensführung bestehen und andererseits die Lehre gleichwohl dazu Stellung nimmt, wie ein Gericht mit widersprüchlichen Prozesshandlungen umzugehen hat. Es wird vorliegend zuerst auf die Ausnahmen eingegangen, anschliessend auf den Umgang mit widersprüchlichen Prozesshandlungen.

(b) *Ausnahmen*

(aa) *Stellvertretung gemäss Art. 70 Abs. 2 ZPO*

Gemäss Art. 70 Abs. 2 ZPO wirken rechtzeitige Prozesshandlungen eines notwendigen Streitgenossen auch für die *säumigen* Streitgenossen. Die Norm fingiert eine Stellvertretung.¹²² Es ist umstritten, ob die säumigen Streitgenossen die vorgenommene Prozesshandlung zu genehmigen haben.¹²³ Das Stellvertretungsrecht beschränkt sich auf Prozesshandlungen, die einerseits einer Frist (und damit der Dringlichkeit) unterliegen und andererseits keine Disposition über den Streitgegenstand bewirken.¹²⁴ Während das Einreichen von Rechtsschriften oder das Gesuch um Fristerstreckung als unproblematisch angesehen werden, können Handlungen, die eine Disposition über den Streitgegenstand nach sich ziehen, wie beispielsweise der Klagerückzug, die Klageanerkennung oder der Vergleichsabschluss, nicht in Stellvertretung vorgenommen werden.¹²⁵

¹²¹ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 42; VON HOLZEN, S. 162; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 9; GROLIMUND, in: Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 13 Rz. 47.

¹²² Botschaft ZPO, S. 7280: «gewissermassen vertreten»; PKG 2020 Nr. 3, E. 4.2; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 13; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 49; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 2.

¹²³ Sich *gegen* ein Genehmigungserfordernis aussprechend: BRUNNER, Rz. 528; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 38; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 20. *Dafürhaltend*: OGer ZH LB200047, E. 7; GROLIMUND, in: Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 13 Rz. 47; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 165.

¹²⁴ OGer ZH RU180043, E. 2.2; HGer ZH HG120129, E. 4.2.3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 14; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 48; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 40; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 6.

¹²⁵ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 48; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 40; VON HOLZEN, S. 151; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 14.

- 52 Die Rechtsmittlergreifung im Zusammenhang mit Art. 70 Abs. 2 ZPO wird weiter hinten abgehandelt.¹²⁶

(bb) Rechtsprechung zur Dringlichkeit

- 53 Das Bundesgericht anerkennt in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit, dass ein notwendiger Streitgenosse bei zeitlicher Dringlichkeit die fristgefährdete Prozesshandlung vornehmen kann.¹²⁷ Dringlichkeit liegt gemäss der Rechtsprechung bei der Gefahr eines Rechtsverlusts vor, beispielsweise bei drohender Verjährung oder Verwirkung.¹²⁸ Da das Bundesgericht eine gesetzliche Stellvertretung annimmt,¹²⁹ müssen die vertretenen Streitgenossen die Prozesshandlung nicht genehmigen.¹³⁰ Sobald die Dringlichkeit dahinfällt, entfällt auch die Vertretungsbefugnis; ab diesem Zeitpunkt haben Prozesshandlungen wieder gemeinsam zu erfolgen.¹³¹ Der in Stellvertretung handelnde Streitgenosse hat die Prozesshandlung im Namen aller notwendigen Streitgenossen vorzunehmen.¹³²
- 54 Die Rechtsprechung zur Dringlichkeit findet hauptsächlich bei Prozessen innerhalb der Erbengemeinschaft Anwendung.¹³³ Das Bundesgericht erlaubt die Anwendung der Rechtsprechung auch bei einer Klage der Erben gegenüber einer Drittpartei.¹³⁴ Das Gleiche gilt für einfache Gesellschafter, welche die Interessen der einfachen

¹²⁶ Rz. 64 f.

¹²⁷ BGE 144 III 277, E. 3.3.5; BGE 125 III 219, E. 1a; BGE 116 Ib 447, E. 2a; BGE 93 II 11, E. 2b; BGE 74 II 217, E. 2; BGE 58 II 195, E. 2; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 13; STAEHELIN/SUTTER, § 10 Rz. 18.

¹²⁸ BGer 4A_570/2021, E. 3.3.1; BGE 144 III 277, E. 3.3.1.

¹²⁹ BGE 142 III 782, E. 3.1.2; BGE 93 II 11, E. 2b; LÖTSCHER, Erbengemeinschaft, S. 178.

¹³⁰ BGE 144 III 277, E. 3.3.1; BRUNNER, Rz. 526.

¹³¹ BGE 144 III 277, E. 3.3.5; BGE 58 II 195, E. 2; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 12.

¹³² BGE 125 III 219, E. 1a; BGE 93 II 11, E. 2b; BGE 58 II 195, E. 3; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 12.

¹³³ BGE 144 III 277, E. 3.3.3, in dem ein Betreibungsbegehren von einem Erben gegenüber einem anderen Erben aufgrund Dringlichkeit als zulässig erachtet wurde.

¹³⁴ BGE 121 III 118, E. 3: «Selbständiges zivilprozessuales Vorgehen einzelner Miterben auf der Aktivseite – für die Passivseite gilt anderes aufgrund der Solidarhaft nach Art. 603 Abs. 1 ZGB – hat das Bundesgericht vielmehr bloss in Ausnahmefällen zugelassen, etwa bei zeitlicher Dringlichkeit.»; BGE 93 II 11, E. 2b; BGE 58 II 195, E. 3.

Gesellschaft wahren möchten.¹³⁵ Entsprechend kann die Rechtsprechung auch auf andere Fälle gesamthänderischer Berechtigung übertragen werden.¹³⁶

(cc) *Materiell-rechtliche Ausnahmen*

Das materielle Recht enthält für gewisse notwendige Streitgenossenschaften Regelungen, die einen Rechtsverlust aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips vermeiden.¹³⁷ Beispielsweise erlaubt Art. 602 Abs. 3 ZGB jedem Erben, die Ernennung eines Erbenvertreters zu verlangen.¹³⁸ Dieser kann eine Erbschaftsklage gegen einen Dritten führen,¹³⁹ ohne dass die klageunwilligen Erben die Anspruchsdurchsetzung aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips blockieren könnten.¹⁴⁰ 55

(c) *Richterliche Behandlung widersprüchlicher Prozesshandlungen*

Die Lehre zur notwendigen Streitgenossenschaft behandelt nebst dem Grundsatz der Einstimmigkeit und den Ausnahmen davon oft auch den Umgang mit widersprüchlichen Prozesshandlungen. In der Lehre besteht Einigkeit darin, dass ein notwendiger Streitgenosse keine Handlung vornehmen kann, die eine Disposition über den Streitgegenstand nach sich zieht.¹⁴¹ In welchem Verhältnis das Einstimmigkeitsprinzip zu widersprüchlichen Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträgen oder Rechtsausführungen der einzelnen Streitgenossen steht, ist in der Lehre üblicherweise nicht abgegrenzt. Exemplarisch finden sich an verschiedenen Stellen in der Lehre Ausführungen, die das Einstimmigkeitsprinzip als umfassend ansehen, dann aber Widersprüche der Streitgenossen zulassen.¹⁴² Der 56

¹³⁵ BGE 142 III 782, E. 3.1.2: «Ce n'est qu'en cas d'urgence qu'un associé simple peut ouvrir action seul, en son nom et en tant que représentant de la communauté, pour sauvegarder les intérêts de celle-ci», wobei das Bundesgericht zur Begründung aber auf seine Rechtsprechung zur Erbengemeinschaft verweist (BGE 125 III 219, E. 1a; BGE 121 III 118, E. 3 m.w.H.); BOHNET/DROESE, Art. 70 N 9.

¹³⁶ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 12.

¹³⁷ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 15.

¹³⁸ BSK ZGB II-MINNIG, Art. 602 N 45; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 15.

¹³⁹ BGE 90 II 11, E. 2b; BGE 50 II 216, E. 2; SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 281 m.w.H.

¹⁴⁰ FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27–28 N 70.

¹⁴¹ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 17; GASSER/RICKLI, Art. 70 N 6; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 22; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 165; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 Rz. 29. A.A. GULDENER, S. 299, der gemeinsame Prozesshandlungen verlangt.

¹⁴² Beispielsweise BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 29: «Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Zugeständnisse, Beweisantritten [...] sind nur insofern von Bedeutung,

inhärente Widerspruch wird dabei nicht adressiert. Sofern überhaupt eine Begründung für Widersprüche unter den Streitgenossen vorgebracht wird, werden diese als faktisch nicht vermeidbar bezeichnet.¹⁴³

- 57 Zur Auflösung des vorgenannten Widerspruchs bestehen nach vorliegender Ansicht *drei Möglichkeiten*. Eine Möglichkeit ist die Annahme, dass die Lehre widersprüchliche Eingaben *implizit* – d.h. ohne dies so zu benennen – als Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip ansieht.¹⁴⁴ Zweitens gibt es notwendige Streitgenossenschaften, bei welchen die Streitgenossen eine «actio duplex», also eine doppelseitige Klage, führen.¹⁴⁵ Die notwendigen Streitgenossen können widersprüchliche Rechtsbegehren stellen, ohne Widerklage erheben zu müssen.¹⁴⁶

als sie von den Streitgenossen gemeinsam vorgenommen werden», und dann aber in N 31: «Differenzen unter den Streitgenossen während des Prozesses sind im Rahmen der Beweiswürdigung zu bewerten.»; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 25: «Von Gesamthändern können nur übereinstimmende Prozesshandlungen (tatsächliche Vorbringen; Beweisanträge [...]) berücksichtigt werden. Ob auf das Tatsachengeständnis eines von mehreren notwendigen Streitgenossen abgestellt werden darf, ist eine Frage der Beweiswürdigung.»; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 12: «Zum anderen haben Streitgenossen das Verfahren gemeinsam zu führen und übereinstimmende Anträge zu stellen. [...] Liegen sich widersprechende Sachvorträge oder Beweisanträge der verschiedenen Streitgenossen vor, entscheidet das Gericht im Rahmen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung.»; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 9: «Sie müssen somit grundsätzlich auch den Prozess gemeinsam führen und somit die gleichen Anträge stellen (z.B. gleiche Rechtsbegehren, gleiche Tatsachenbehauptungen, usw.)», dann aber in N 11: «Praktisch kann jedoch nicht immer gemeinsames Handeln erwartet werden. Als Beispiele seien hier eine zerstrittene Erbengemeinschaft oder ein renitenter Erbe zu nennen. Wenn daher in einem solchen Fall die notwendigen Streitgenossen nicht gemeinsam handeln, z.B. keine gleichen Tatsachenbehauptungen aufstellen, muss ein Beweisverfahren Klarheit schaffen.»; nach dem gleichen Muster LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 45 N 1.

¹⁴³ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 10; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 17; VON HOLZEN, S. 155: «In der Praxis dürfte es illusorisch sein, von jedem Streitgenossen in jedem Fall übereinstimmende Prozesshandlungen zu erwarten.»

¹⁴⁴ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 22 und N 23, wonach das Einstimmigkeitsprinzip einzig für die Disposition über den Streitgegenstand zu gelten habe, aber «im Übrigen [...] es eine Frage der Verhandlungs- bzw. Beweiswürdigung [ist], wie widersprüchliches Vorbringen der Streitgenossen zu werten ist.»

¹⁴⁵ Beispiel ist gemäss DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 222 N 8, die Erbteilungsklage nach Art. 604 ZGB oder die Klage auf Aufhebung von Miteigentum gemäss Art. 651 ZGB.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu ausführlich AMMANN, Rz. 391 ff.; SOGO, S. 58; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 222 N 4.

Widersprüche bei der Substanziierung der Rechtsbegehren sind vorprogrammiert. Diese Einschränkung ist sinnvoll. Jedoch ist nochmals in aller Deutlichkeit festzuhalten, dass widersprüchliche Prozesseingaben gerade nicht in diesem Zusammenhang erwähnt werden.¹⁴⁷ Und drittens finden sich Ausführungen in der Lehre, die Widersprüche der Streitgenossen einzig im Rahmen von *Parteiaussagen* thematisieren.¹⁴⁸ Widersprüche sind dabei *de facto* nicht auszuschliessen, weshalb Regeln zu deren Handhabung bestehen müssen. Der Gedanke gilt analog für den Parteivortrag, den jeder notwendige Streitgenosse individuell halten kann.¹⁴⁹

Da die Lehre grundsätzlich keine Differenzierung in ihren Ausführungen hinsichtlich widersprüchlicher Prozesshandlungen vornimmt, ist nach vorliegender Meinung davon auszugehen, dass sie widersprüchliche Eingaben als Ausnahme vom absoluten Einstimmigkeitsprinzip erlaubt. Andernfalls hätten sich die Ausführungen der Lehre zu den Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip durchwegs auf die *Parteiaussagen* oder den Fall doppelseitiger Klagen bezogen. 58

Sofern widersprüchliche Prozesseingaben der notwendigen Streitgenossen zugelassen werden, müssen diese gemäss der herrschenden Lehre durch die gerichtliche Beweiswürdigung aufgelöst werden.¹⁵⁰ Das Gericht habe die notwendigen Streitgenossen vorab auf die widersprechenden Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge aufmerksam zu machen.¹⁵¹ Im Rahmen der Beweiswürdigung könnten Zugeständnisse von nur einem Streitgenossen als Indiz berücksichtigt werden.¹⁵² Ebenfalls wird die Ansicht vertreten, dass nach dem *Günstigkeitsprinzip* die Bestreitung einer Tatsache von einem Streitgenossen reiche, um sie beweisbedürftig zu machen; die Anerkennung einer Tatsache habe jedoch von allen Streitgenossen zu erfolgen.¹⁵³ 59

¹⁴⁷ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 16 und N 17, der die uneinheitliche Prozessführung gerade von diesen Klagen gedanklich trennt.

¹⁴⁸ VON HOLZEN, S. 150 und S. 162.

¹⁴⁹ GVP ZG 2018, S. 160 ff., E. 2.5; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 228 N 19; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 228 N 9.

¹⁵⁰ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 17; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 45 N 1; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 31; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 10; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 168; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 25; HABSCHIED, Rz. 283; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 12.

¹⁵¹ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 30; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 Rz. 29.

¹⁵² GULDENER, S. 299 Fn. 18; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 30.

¹⁵³ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 23.

- 60 Vereinzelt und deshalb als Minderheitsmeinung wird die Ansicht geäussert, dass Widersprüche vom Gericht nicht beachtet werden dürften.¹⁵⁴ Liegt beispielsweise die Stellvertretung eines Streitgenossen aufgrund Säumnisses vor, so könne sich gemäss dieser Lehrmeinung der vertretene Streitgenosse durch einen aktiven Widerspruch gegen die Prozesshandlung der Stellvertreter wehren, weshalb die in Stellvertretung vorgenommene Prozesshandlung unbeachtlich sei.¹⁵⁵

2.4.4 Wirkungen des Urteils

- 61 Die Unteilbarkeit eines Rechtsverhältnisses erfordert, dass für alle notwendigen Streitgenossen einheitlich entschieden werden muss.¹⁵⁶ Ein uneinheitliches Urteil würde nicht nur dessen Wirkung, sondern auch dessen Vollstreckung verunmöglichen.¹⁵⁷ Stellt sich nach Rechtskraft des Urteils heraus, dass nicht alle notwendigen Streitgenossen am Prozess teilgenommen haben (und keine Ausnahme vorlag), kann das Urteil nicht vollstreckt werden.¹⁵⁸ Die notwendigen Streitgenossen können ein Urteilssurrogat nur einstimmig beschliessen.¹⁵⁹
- 62 Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich auf alle notwendigen Streitgenossen.¹⁶⁰ Im Fall einer Unterwerfungserklärung ist derjenige Streitgenosse, der aufgrund der Unterwerfungserklärung nicht als Partei auftritt, gleichwohl durch das Urteil gebunden.¹⁶¹

¹⁵⁴ VON HOLZEN, S. 150; wohl auch BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 39 ff., da keine Ausführungen zu Widersprüchen bestehen.

¹⁵⁵ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 48: «Die Prozesshandlung eines Streitgenossen zeigt dann keine Wirkung für die anderen Streitgenossen, wenn diese ebenfalls, aber nicht übereinstimmend tätig werden [...]. Will ein Streitgenosse verhindern, dass das Vorgehen eines anderen Rechtswirkungen entfaltet, so muss er innert Frist selber handeln.»; VON HOLZEN, S. 150.

¹⁵⁶ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 6; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 42; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 2; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 44; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 49; VON HOLZEN, S. 163.

¹⁵⁷ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 6.

¹⁵⁸ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 42; VON HOLZEN, S. 163; SCHAAD, S. 461.

¹⁵⁹ VON HOLZEN, S. 69; GULDENER, S. 299; SCHAAD, S. 463.

¹⁶⁰ BGE 39 II 329, E. 4; VON HOLZEN, S. 163; SCHAAD, S. 471; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 44.

¹⁶¹ BGE 89 II 429, E. 4.

Gemäss Art. 106 Abs. 3 ZPO bestimmt das Gericht den Anteil eines jeden notwendigen Streitgenossen an den Prozesskosten, wobei es die Möglichkeit hat, auf solidarische Haftung zu erkennen.¹⁶² 63

2.4.5 Rechtsmittel

Die Ergreifung eines Rechtsmittels muss von allen notwendigen Streitgenossen gemeinsam erfolgen, denn Art. 70 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass eine Vertretung eines säumigen Streitgenossen bei der Rechtsmittelergreifung nicht möglich ist.¹⁶³ Das Bundesgericht schützt die wörtliche Auslegung der Norm.¹⁶⁴ Nur bei gewissen Statusklagen lässt es als Ausnahme die individuelle Rechtsmittellegitimation zu.¹⁶⁵ 64

In der herrschenden Lehre¹⁶⁶ stösst die gesetzgeberische Konzeption auf starke Kritik.¹⁶⁷ Sie gründet darin, dass die Rechtsmittelfrist eine gesetzliche, nicht erstreckbare und relative kurze Frist sei, weshalb bei ihrer Nichteinhaltung der Rechtsverlust drohe.¹⁶⁸ Ein solcher könne sich bereits aus der Nichterreichbarkeit eines notwendigen Streitgenossen ergeben.¹⁶⁹ Verschiedentlich wird deshalb gefordert, dass bzgl. der Einhaltung der Rechtsmittelfrist die nachträgliche Genehmigung oder der Anschluss an das Rechtsmittel von säumigen Streitgenossen zugelassen werden soll.¹⁷⁰ Nach Eingang des Rechtsmittels hätte das Gericht den 65

¹⁶² BERGER et al., Rz. 546; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 16.

¹⁶³ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; SUTTER-SOMM, Rz. 225; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 11 Rz. 29.

¹⁶⁴ BGE 142 III 782, E. 3.1.2; BGE 138 III 737, E. 2; OGer ZH RU180043, E. 2.3.

¹⁶⁵ BGE 138 III 737, E. 3.2; BGE 130 III 550, E. 2.1.2; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; SEILER, Berufung, Rz. 102 ff.

¹⁶⁶ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 15, spricht von «einem grossen Teil der Lehre».

¹⁶⁷ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; SHK ZPO-HAHN, Art. 70 N 15; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 14a; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 44; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 50 ff.; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 12; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 15.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 12; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 14a.

¹⁶⁹ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 50.

¹⁷⁰ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 14a; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 50; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 15; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 44.

säumigen Streitgenossen eine Frist zur Erklärung ihrer Zustimmung zum Rechtsmittel zu setzen.¹⁷¹

3. Einfache Streitgenossenschaft

3.1 Grundlage und Voraussetzung

- 66 Die einfache Streitgenossenschaft ist in Art. 71 ZPO normiert. Sofern Rechte und Pflichten beurteilt werden sollen, die auf gleichen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden. Es liegt eine einfache Streitgenossenschaft vor, wenn mehrere Personen als Hauptpartei auf einer Seite des Prozesses beteiligt sind, ohne dass es dafür zwingende gesetzliche Gründe gibt.¹⁷² Aktivseitig machen die einfachen Streitgenossen unterschiedliche Ansprüche geltend.¹⁷³
- 67 Die *Voraussetzungen* für eine einfache Streitgenossenschaft sind, dass zwischen den Klagen ein Sachzusammenhang (Konnexität) besteht und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist.¹⁷⁴ Der Sachzusammenhang ist gegeben, wenn die zu beurteilenden Rechte und Pflichten auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen.¹⁷⁵ Implizite Voraussetzung ist zudem, dass das gleiche Gericht in sachlicher und örtlicher Hinsicht zuständig ist.¹⁷⁶

¹⁷¹ ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 52; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 14a; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 44.

¹⁷² SUTTER-SOMM, Rz. 227; GROLIMUND, in: Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 13 Rz. 35; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 6; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 1; VON HOLZEN, S. 16; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.43; BERGER et al., Rz. 548.

¹⁷³ BGer 4A_23/2018, E. 2.1.

¹⁷⁴ BGE 138 III 471, E. 5.1; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 8; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 16; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.45; BAUMGARTNER et al., § 20 Rz. 64. Die beiden Voraussetzungen finden sich *de lege ferenda* in Art. 71 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO-2025.

¹⁷⁵ BGE 142 III 581, E. 2.1; SUTTER-SOMM, Rz. 227; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 5; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 8; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 12; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 1; BAUMGARTNER et al., § 20 Rz. 64.

¹⁷⁶ BGE 138 III 471, E. 5.1; BGer 4A_239/2013, E. 3.2; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 8; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.46a; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 169; BERGER et al., Rz. 562. Art. 71 Abs. 1 lit. c ZPO-2025 nennt die sachliche Zuständigkeit *de lege ferenda* explizit als Voraussetzung.

3.2 Zweck

Der Grund für die einfache Streitgenossenschaft liegt primär in der Prozessökonomie¹⁷⁷ und der Verhinderung widersprüchlicher Urteile.¹⁷⁸ Die Streitgenossen profitieren davon, dass der Sachverhalt nur einmal festgestellt werden muss.¹⁷⁹ 68

3.3 Fälle der einfachen Streitgenossenschaft

Die Fälle der einfachen Streitgenossenschaft sind vielfältig. Als Beispiele für einfache Streitgenossenschaften können die Klage gegen Solidarschuldner¹⁸⁰ oder diejenige auf Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten von unterschiedlichen Unternehmern gegen den gleichen Grundeigentümer¹⁸¹ genannt werden. 69

3.4 Rechtsfolgen

3.4.1 Prozessvoraussetzungen

Werden die Prozessvoraussetzungen bei einer einfachen Streitgenossenschaft von einem der Streitgenossen nicht erfüllt, fällt das Gericht bzgl. seines geltend gemachten Anspruchs einen Nichteintretensentscheid, das Verfahren wird ohne ihn weitergeführt.¹⁸² Aufgrund der subjektiven Klagenhäufung können die Klagen getrennt und separat behandelt werden.¹⁸³ 70

Die übereinstimmende *örtliche Zuständigkeit* ist Voraussetzung dafür, dass zwei Personen ihre Ansprüche als einfache Streitgenossen geltend machen können.¹⁸⁴ Art. 15 Abs. 1 ZPO normiert für die passive einfache Streitgenossenschaft, dass das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für alle beklagten Streitgenossen 71

¹⁷⁷ BGE 125 III 95, E. 2.a.aa; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 8 ff.; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 1; VON HOLZEN, S. 32; HAFER, Rz. 570; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.43.

¹⁷⁸ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 2.

¹⁷⁹ VON HOLZEN, S. 33.

¹⁸⁰ VON HOLZEN, S. 176 mit diversen weiteren Beispielen.

¹⁸¹ SCHUHMACHER/REY, Rz. 1406, sofern die Eintragung auf einem anderen Rechtsverhältnis beruht.

¹⁸² SUTTER-SOMM, Rz. 227; VON HOLZEN, S. 186; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 20; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 37; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 10; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 169; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 27.

¹⁸³ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 15 f.

¹⁸⁴ Rz. 67.

zuständig ist, sofern die Zuständigkeit nicht auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht.¹⁸⁵

- 72 Im geltenden Recht ist eine implizite Voraussetzung der aktiven einfachen Streitgenossenschaft, dass die gleiche *sachliche Zuständigkeit* für die Beurteilung der Ansprüche der einzelnen Streitgenossen besteht.¹⁸⁶ Ist dies nicht der Fall, müssen die Ansprüche vor dem jeweils zuständigen Gericht durchgesetzt werden.¹⁸⁷ *De lege ferenda* sieht Art. 6 Abs. 6 ZPO-2025 explizit vor, dass sowohl bei aktiven als auch bei passiven einfachen Streitgenossenschaften alle Streitgenossen die Voraussetzungen des Handelsgerichts erfüllen müssen, um dessen Zuständigkeit zu begründen.¹⁸⁸

3.4.2 Verfahrensführung

- 73 Zwischen den einfachen Streitgenossen gilt der Grundsatz der selbstständigen Verfahrensführung,¹⁸⁹ da die Prozessverhältnisse der einzelnen Streitgenossen nebeneinander bestehen.¹⁹⁰ Insofern können die Streitgenossen prozessuale Handlungen unabhängig von den anderen Streitgenossen vornehmen.¹⁹¹

¹⁸⁵ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.45; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 40 N 5; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 27.

¹⁸⁶ BGE 138 III 471, E. 5.1; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 16; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 12.

¹⁸⁷ SCHUHMACHER/REY, Rz. 1699. Eine in dieser Arbeit nicht einschlägige Ausnahme hiervon besteht aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der *passiven* gemischten einfachen Streitgenossenschaft (vgl. BGE 138 III 471, E. 5.1; LEUENBERGER, Rechtsprechung, S. 5 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.46a; ZPO Komm.-BORLA-GEIER, Art. 71 N 25 ff.; SCHUHMACHER/REY, Rz. 1702; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 6; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 6.).

¹⁸⁸ Art. 6 Abs. 6 ZPO-2025: «Betreffen Klagen Streitgenossen, die nicht alle als Rechtseinheiten im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind, so ist das Handelsgericht nur zuständig, wenn alle Klagen in seine Zuständigkeit fallen.»

¹⁸⁹ Art. 71 Abs. 3 ZPO, *de lege ferenda* Art. 71 Abs. 2 ZPO-2025. BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 33; dies war unter einigen *kantonalen* Prozessordnungen noch anders, vgl. VON HOLZEN, S. 230 Fn. 1126; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.48; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 168; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 10.

¹⁹⁰ VON HOLZEN, S. 16 m.w.H.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 10.

¹⁹¹ Vgl. Art. 71 Abs. 3 ZPO; BGer 4A_632/2012, E. 1; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 19; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 30; SUTTER-SOMM, Rz. 228; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.48. Der gegenteilige Ansatz würde den teils unterschiedlichen Interessen der Streitgenossen

Einfache Streitgenossen haben die Möglichkeit, eine gemeinsame Rechtsschrift einzugeben. Auf der Aktivseite drängt sich dies vor allem dann auf, wenn der Sachverhalt der gleiche oder sehr ähnlich ist.¹⁹² Die gemeinsame Rechtsschrift spart wegen Synergieeffekten Kosten.¹⁹³ Auf der Passivseite kann eine gemeinsame Rechtsschrift angezeigt sein, sofern die Streitgenossen sich nicht gegenseitig beschuldigen und entsprechend keine abweichenden Tatsachen behaupten.¹⁹⁴ Es darf den einfachen Streitgenossen nicht verwehrt sein, nach einer gemeinsamen ersten Rechtsschrift im darauffolgenden Schriftenwechsel separate Rechtsschriften einzugeben.¹⁹⁵ Jeder einfache Streitgenosse ist in der Formulierung der Rechtsbegehren bzgl. seines Anspruchs frei. Insofern müssen die Rechtsbegehren nicht übereinstimmen oder gleich lauten.¹⁹⁶ 74

Die einfachen Streitgenossen sind in ihren Prozesshandlungen frei, solange diese nur ihren eigenen Prozess betreffen. Darunter fallen beispielsweise das Vorbringen von Tatsachen, Bestreitungen und Einreden, das Ergreifen einer Widerklage oder die Beendigung des Prozesses mittels Urteilssurrogaten.¹⁹⁷ Sie können für das Verfahren je eine eigene Rechtsvertretung beiziehen.¹⁹⁸ Die Säumnis eines einzelnen Streitgenossen schadet den anderen nicht.¹⁹⁹ Gleichzeitig kommt – anders als bei der notwendigen Streitgenossenschaft – bei Säumnis eines Streitgenossen den anderen keine gesetzliche Vertretungsbefugnis zu,²⁰⁰ auch nicht im Fall von 75

nicht gerecht werden. So ist es denkbar, dass zwei Solidarschuldner sich gegenseitig belasten möchten (VON HOLZEN, S. 231).

¹⁹² SCHAAD, S. 230; VON HOLZEN, S. 233.

¹⁹³ HAFTER, Rz. 1828.

¹⁹⁴ HAFTER, Rz. 1831 ff., unter Anführung diverser praxisrelevanter Hinweise, wie solidarhaftende einfache Streitgenossen am besten vorgehen, damit ein Interessenkonflikt zwischen ihnen nicht schadet.

¹⁹⁵ VON HOLZEN, S. 236.

¹⁹⁶ VON HOLZEN, S. 232; SCHAAD, S. 235.

¹⁹⁷ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 19; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 11.

¹⁹⁸ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.49.

¹⁹⁹ SUTTER-SOMM, Rz. 228; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 12; GULDENER, S. 303; VON HOLZEN, S. 234; BERGER et al., Rz. 567.

²⁰⁰ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 21; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 12; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 10.

Dringlichkeit.²⁰¹ Das Beweisverfahren wird für jedes Prozessverhältnis einzeln geführt.²⁰²

- 76 Diese weitestgehende prozessuale Unabhängigkeit der Streitgenossen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass in *beweisrechtlicher Hinsicht* eine gewisse *Abhängigkeit* besteht. Das Gericht würdigt das Vorliegen positiver Tatsachen für die Streitgenossen nämlich einheitlich.²⁰³ Erachtet das Gericht eine Tatsachenbehauptung eines Streitgenossen als bewiesen, berücksichtigt es die Tatsache auch im Prozess anderer Streitgenossen, die zur gleichen Tatsache keine Äusserung machten.²⁰⁴ Konträr dazu kann aber ein Zugeständnis eines Streitgenossen für die anderen im Rahmen der Beweiswürdigung nicht bindend sein.²⁰⁵ Werden von den einfachen Streitgenossen widersprechende Tatsachenbehauptungen vorgebracht, muss das Gericht diese im Rahmen der freien Beweiswürdigung auflösen.²⁰⁶ Angriffs- und Verteidigungsmittel gelten für jeden einfachen Streitgenossen selbst.²⁰⁷ Teilweise wird in der Lehre dafürgehalten, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel auch für die übrigen Streitgenossen gelten sollen, sofern diese sich nicht widersprechen.²⁰⁸

²⁰¹ VON HOLZEN, S. 235; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 12.

²⁰² ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 15; VON HOLZEN, S. 242; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 11; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 37.

²⁰³ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 12; VON HOLZEN, S. 244.

²⁰⁴ VON HOLZEN, S. 244; SCHAAD, S. 232 f.; GEIGER, S. 58; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 37.

²⁰⁵ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 37; VON HOLZEN, S. 244.

²⁰⁶ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 33: «Tatsachen, die für alle Streitgenossen erheblich sind, und die Beweismittel dafür, wirken für alle, auch für jene, die sie nicht vorge-tragen haben. Widersprüche, die durch den Tatsachenvortrag hervorgetreten sind, sind im Rahmen der Beweiswürdigung aufzulösen.»; VON HOLZEN, S. 244: «Das Vorliegen einer Tatsache wird durch das Gericht naturgemäss kaum im einen Prozess als wahr, im anderen Prozess jedoch als unwahr beurteilt. Bezüglich gemeinsamer Tatsachen ist somit faktisch von einer gewissen Gemeinsamkeit des Beweiserfolgs auszugehen.»; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 12.

²⁰⁷ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 71 N 19.

²⁰⁸ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 10; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 11; OFK ZPO-MORF, Art. 71 N 8.

3.4.3 Wirkungen des Urteils

Gegenüber den verschiedenen Streitgenossen können unterschiedliche Urteile 77
ergehen.²⁰⁹ Die Rechtskraft eines jeden Urteils erstreckt sich nur auf denjenigen
Streitgenossen, dessen Anspruch auch beurteilt wird,²¹⁰ und ist für jeden Streit-
genossen getrennt zu prüfen.²¹¹

De lege lata regelt Art. 106 Abs. 3 ZPO die Kostenverteilung für die einfache 78
Streitgenossenschaft. Das Gericht bestimmt für die einfachen Streitgenossen den
Anteil an den Prozesskosten und es kann auf solidarische Haftung erkennen.²¹² Die
Gefahr der solidarischen Haftbarkeit führt dazu, dass Anspruchsberechtigte sich
aufgrund des Prozesskostenrisikos teilweise dagegen entscheiden, ihre Ansprüche
zu häufen und damit auf die prozessökonomischen Vorteile der einfachen Streit-
genossenschaft verzichten.²¹³ Dies hat der Gesetzgeber erkannt. Art. 106 Abs. 3
ZPO-2025 sieht vor, dass das Gericht nur noch bei notwendigen Streitgenossen
auf solidarische Haftbarkeit erkennen kann.²¹⁴

3.4.4 Rechtsmittel

Art. 71 Abs. 3 ZPO hält fest, dass jeder einfache Streitgenosse den Prozess unab- 79
hängig von den anderen Streitgenossen führen kann. Entsprechend ist ein einfa-
cher Streitgenosse unabhängig von den übrigen Streitgenossen befugt, ein Rechts-
mittel zu ergreifen.²¹⁵

²⁰⁹ BGE 125 III 95, E. 2.a.aa; SUTTER-SOMM, Rz. 230; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 41;
ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 71 N 17; GROLIMUND, in: Staehelin/Stae-
helin/Grolimund, § 13 N 39; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 21; CHK
ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 71 N 2.

²¹⁰ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 41; SCHAAD, S. 305; VON HOLZEN, S. 258;
LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.50.

²¹¹ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 40 N 20; SCHAAD, S. 30; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71
N 42.

²¹² BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 45.

²¹³ Botschaft ZPO Revision, S. 2743.

²¹⁴ Botschaft ZPO Revision, S. 2743.

²¹⁵ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 43; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 9.

4. Generelle uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft

- 80 Nachdem die Grundzüge der notwendigen und der einfachen Streitgenossenschaft dargelegt wurden, dient dieses Kapitel dazu, die generelle uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft zu umreissen. Der Begriff «generell» wird in der vorliegenden Dissertation verwendet, weil er die Abgrenzung zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG erlaubt. Die Kasuistik und die Einbettung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG im Konkursverfahren geben ihr eine gewisse Spezialstellung. Wird im Folgenden von der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft gesprochen, dann werden die *grundlegenden Merkmale* der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft ohne Berücksichtigung der speziellen Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG analysiert.

4.1 Grundlage und Voraussetzungen

4.1.1 Fehlende gesetzliche Grundlage

- 81 Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft ist in der Zivilprozessordnung nicht geregelt.²¹⁶ Sie fand trotz Hinweis in der Vernehmlassung zur eidgenössischen Zivilprozessordnung keinen Eingang in das Gesetz.²¹⁷

4.1.2 Terminologie

- 82 Terminologisch finden sich in der Lehre und der Rechtsprechung für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft mehrere Begriffe: Das gleiche Rechtsinstitut wird sowohl bedingte notwendige Streitgenossenschaft²¹⁸, besondere Form der notwendigen Streitgenossenschaft²¹⁹, eine Streitgenossenschaft spezieller Natur²²⁰,

²¹⁶ RITTER, Rz. 446.

²¹⁷ Fn. 2.

²¹⁸ LORANDI, Gläubiger, S. 281; REINAU, S. 198; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, S. 485; LUTERBACHER, Rz. 336.

²¹⁹ HABSCHIED, Rz. 284; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 43; BK ZPO I-ZUBER/GROSS, Art. 70 N 26; LEUCH et al., Art. 36 N 2c.

²²⁰ REINAU, S. 158; VON HOLZEN, S. 112, spricht von einem «Spezialfall der notwendigen Streitgenossenschaft»; GEIGER, S. 112, spricht von einem «Sonderfall».

unechte einfache Streitgenossenschaft²²¹, Streitgenossenschaft *sui generis*²²², uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft²²³, consorité nécessaire improprement dite²²⁴ als auch consorité nécessaire conditionnelle²²⁵ genannt.

Die terminologischen Abweichungen sind in der Sache nicht weiter relevant. 83 Dies ergibt sich daraus, dass die Lehre und die Rechtsprechung die Begriffe oft abwechselnd verwenden und das gleiche Rechtsinstitut gemeint ist.²²⁶ Der Begriff «uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft» wird nach subjektiver Einschätzung des Autors am meisten gebraucht, weshalb auch diese Dissertation ihn verwendet.²²⁷

Bei der Benennung der Streitgenossenschaft ist im Übrigen darauf hinzuweisen, 84 dass sie eine «uneigentliche» (und nicht eine «uneigentlich») notwendige Streitgenossenschaft ist. Spräche man von einer «uneigentlich» notwendigen Streitgenossenschaft, würde dies implizieren, dass die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft eine uneigentliche ist.²²⁸ Nach vorliegender Ansicht sollte von einer «uneigentlichen» notwendigen Streitgenossenschaft gesprochen werden, weil

²²¹ BK ZPO I-FREI, Art. 125 N 24; REITER, S. 178.

²²² SPÜHLER/DOLGE, Bd. II, Rz. 214; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.41; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 43; SHK ZPO-HAHN, Art. 70 N 10; VOCK/MEISTER-MÜLLER, S. 32.

²²³ BGE 144 III 552, Regeste; BSK ZPO-WEBER, Art. 15 N 6; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 2; MAURER, Rz. 316; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 61; HABSCHIED, Rz. 284; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 43 Fn. 75; LUTERBACHER, Rz. 336; BÖCKLI, § 16 Rz. 190.

²²⁴ HOHL, Rz. 915.

²²⁵ SCHAAD, S. 372.

²²⁶ Vgl. beispielsweise für die gleiche Verwendung GVP SG 2003 Nr. 93; AMONN, S. 677; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 43; JENNY, Rz. 209.

²²⁷ Vgl. exemplarisch Fn. 229 und Fn. 230.

²²⁸ DUDEN, Zweifelsfälle, S. 33: «In Beispielen wie *in einer ähnlich schwierigen Lage*; *ein frisch gebackenes Brot*; *ein schneidend kalter Wind* bleibt das Adjektiv unflektiert, weil es das folgende Adjektiv oder adjektivisch verwendete Partizip näher bestimmt. Es ist folglich kein gleichrangiges Adjektivattribut zu den übergeordneten Substantiven, sondern Adverbial zum Adjektiv. Wenn man sagt *in einer ähnlich schwierigen Lage*, bezeichnet man die Schwierigkeit der Lage als ähnlich.» Das gleiche Problem stellt sich beim bekannteren Begriff des beschränkten dinglichen Rechts. Hierzu schreibt ZK ZGB-LIVER, Einleitung N 4, nach vorgehender Logik: «Beschränkt ist also nicht die dingliche Wirksamkeit, sondern der Umfang der Herrschaft. Die Bezeichnung «beschränkt dingliche Rechte», die uns immer wieder begegnet, sollte deshalb endlich aus dem Sprachgebrauch verschwinden.»

damit zum Ausdruck kommt, dass von einer Sonderform der «notwendigen Streitgenossenschaft» gesprochen wird. In der Rechtsprechung²²⁹ und der Lehre²³⁰ wird entsprechend auch überwiegend der Ausdruck «uneigentliche» verwendet.

4.1.3 Definition der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft

(a) In der Lehre

- 85 Die Definition der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft ist in der Lehre nicht einheitlich. Die Lehre schreibt der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft überwiegend zwei charakterisierende Elemente zu: einerseits das Einzelklagerecht und andererseits die Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils für alle am Prozess teilnehmenden Streitgenossen.²³¹
- 86 Teilweise wird in der Lehre ein drittes Kriterium genannt, nämlich dass zwischen den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen eine uneinheitliche Prozessführung möglich sein müsse.²³² Schliesslich stellt eine weitere Lehrmeinung bei der Definition der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft auf ein viertes Kriterium ab: Demnach erfordere die uneigentliche notwendige Streitgenossen-

²²⁹ Das *Bundesgericht* spricht soweit ersichtlich von der «uneigentlichen» notwendigen Streitgenossenschaft (BGE 144 III 552, Regeste; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 291, E. 3a). In der *kantonalen Rechtsprechung* finden sich beide Ausdrücke (für «uneigentlich» oder «bedingt» beispielsweise HGer ZH HG150193, E. 1.2, und OGer ZH PS150205, E. 3.2; für «uneigentliche» KGer BL 420 18 218, E. 7.3; OGer ZH NG170017, E. 7).

²³⁰ Für «uneigentliche»: MEIER, Zivilprozessrecht, S. 170 ff.; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 197; GRAF, S. 390; SOGO, S. 394; KOV Komm.-BOMMER, Art. 52 N 4; CHK OR-BINDER/ROBERTO, Art. 757 N 12; BRUNNER, Rz. 531; MILANI, Koordination, S. 149; FUCHS, S. 17. Für «uneigentlich» RITTER, Rz. 446, ZK OR-MABILLARD, Art. 679 N 54; WILLISEGGER, S. 99 Fn. 342.

²³¹ BSK ZPO-WEBER, Art. 15 N 7; WILLISEGGER, S. 99; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, S. 250; FUCHS, Besitzschutzklagen, Rz. 475; GLASL, S. 162; ZK OR-MABILLARD, Art. 679 N 54; RITTER, Rz. 446; HABSCHEID, Rz. 287 und Rz. 321 Fn. 13; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.41; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 170; MABILLARD, Streitgenossenschaften, S. 128; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 2; ANTOGNINI, Rz. 852; SCHNEUWLY, Rz. 609.

²³² WILLISEGGER, S. 99; im Ergebnis auch JUTZI, S. 511; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, S. 250; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.41; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 2; REITER, S. 178. A.A. ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 157; GOZZI, S. 328.

schaft, dass das Urteil Rechtskraft und/oder Gestaltungswirkung auf nicht am Prozess beteiligte Personen habe.²³³

(b) *In der Rechtsprechung*

In der Rechtsprechung findet sich wie in der Lehre keine einheitliche Definition der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft. Ein Vergleich der Definitionen zeigt, dass wiederum das Einzelklagerecht und die Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung im Vordergrund stehen.²³⁴ Gewisse Urteile halten analog den Lehrmeinungen fest, dass eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft dann vorläge, wenn keine einheitliche Prozessführung notwendig sei.²³⁵ 87

(c) *Stellungnahme zu den charakterisierenden Elementen*

Als charakterisierende Elemente der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft lassen sich nach der Darlegung der Lehrmeinungen und der Rechtsprechung das Einzelklagerecht und das einheitliche Urteil unter den am Prozess teilnehmenden Streitgenossen festhalten. Nachfolgend müssen die Möglichkeit der uneinheitlichen Prozessführung und die Rechtskrafterstreckung diskutiert werden. 88

(aa) *Uneinheitliche Prozessführung*

Ob die uneinheitliche Prozessführung als eigenständiges charakterisierendes Kriterium zu beachten ist, hängt von ihrem Verhältnis zum Einzelklagerecht ab. Die uneinheitliche Prozessführung berechtigt jeden uneigentlichen notwendigen Streitgenossen, eigene Verfahrenshandlungen wie beispielsweise Eingaben mit darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträgen und Rechtsausführungen zu tätigen.²³⁶ Das Einzelklagerecht erlaubt jedem Aktivlegitimierten oder Prozessführungsbefugten, eine Klage unabhängig von den übrigen Personen einzuleiten, welchen die Aktivlegitimation oder die Prozessführungsbefugnis zukommt.²³⁷ 89

²³³ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 8; BRUNNER, Rz. 531; SEILER, Ungültigkeit, Rz. 127 Fn. 403.

²³⁴ BGer 5A_702/2012, E. 3.3; BGE 136 III 534, E. 2.1; OGer ZH NG180004, E. 4.5.3; HGer ZH HG150193, E. 2.2.1.

²³⁵ BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGE 138 III 737, E. 3.3; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2c.

²³⁶ Rz. 220.

²³⁷ RITTER, Rz. 447; VON HOLZEN, S. 83; BK ZPO I-EMCH, Art. 42 N 9; DIKE Komm. ZPO-STEININGER, Art. 42 N 7; ZPO Komm.-RÜETSCHI, Art. 42 N 10.

- 90 Nach vorliegender Auffassung ist die uneinheitliche Prozessführung *Teilgehalt des Einzelklagerechts*. Das Einzelklagerecht führt dazu, dass über den gleichen Anspruch zwei parallel laufende Verfahren anhängig gemacht werden können. Ist es nun Streitgenossen möglich, den gleichen Anspruch in verschiedenen Verfahren rechtshängig zu machen, so kann ihnen die unabhängige Prozessführung schwerlich untersagt werden, da sonst kein eigenes Verfahren geführt werden könnte.²³⁸ *A maiore ad minus* muss also auch in einem gemeinsam geführten Prozess jedem uneigentlichen notwendigen Streitgenossen das Recht zur uneinheitlichen Prozessführung zukommen.

(bb) *Rechtskrafterstreckung*

- 91 Gewisse Lehrmeinungen bringen vor, dass für die Annahme einer uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft das Urteil Rechtskraft und/oder Gestaltungswirkung auf nicht am Prozess beteiligte Personen haben muss.²³⁹ Nach vorliegender Ansicht ist dieses Kriterium zwar für viele uneigentliche notwendige Streitgenossenschaften einschlägig, indes nicht immer. Dieser Schluss ergibt sich daraus, dass bei *Gestaltungsklagen* die Rechtskraftwirkung materiell geregelt ist.²⁴⁰ Bei Beschlussanfechtungsklagen wirkt ein abweisendes Urteil beispielsweise nur *inter partes*.²⁴¹ Gleichwohl sind Beschlussanfechtungsklagen Anwendungsfälle der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft, wie sogleich aufzuzeigen ist.²⁴² Das Kriterium ist deshalb zu pauschalisierend und wird abgelehnt.

4.1.4 Fazit

- 92 Es kann als Fazit festgehalten werden, dass nach vorliegender Ansicht die beiden charakterisierenden Elemente der aktiven uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft einerseits das Einzelklagerecht und andererseits die Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils für alle Streitgenossen sind.

²³⁸ VON HOLZEN, S. 115: «In der Tat kann aus dogmatischer Sicht einem Streitgenossen, der selbstständig über die Anhebung eines Prozesses bzw. über den Klagerückzug entscheiden kann, kaum verwehrt werden, auch im Prozess selbstständig aufzutreten.»

²³⁹ Vgl. Rz. 86.

²⁴⁰ Rz. 109.

²⁴¹ Rz. 109.

²⁴² Rz. 94 ff.

4.2 Anwendungsfälle der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft

Nachdem dargelegt wurde, welches die charakterisierenden Elemente der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft sind, können nun in nicht abschliessender Weise einige Anwendungsfälle darunter subsumiert werden. Dass die rechtliche Einordnung dieser Anwendungsfälle trotz der vorgehend erarbeiteten charakterisierenden Elemente nicht unumstritten ist, ergibt sich aus dem Fussnotenapparat der Folgeausführungen. 93

4.2.1 Beschlussanfechtungsklagen

(a) *Anfechtungsklage Art. 706 Abs. 1 OR*

Art. 706 Abs. 1 OR erlaubt Aktionären und dem Verwaltungsrat, Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten.²⁴³ Die Anfechtungsbefugnis kommt jedem Aktionär einzeln zu.²⁴⁴ Wird die Anfechtungsklage von nur einem Aktionär geschützt, wirkt sie gegen alle Aktionäre.²⁴⁵ Da den Aktionären ein Einzelklagerecht zukommt und das Urteil notwendigerweise einheitlich ergehen muss, wird das Verhältnis mehrerer prozessführender Aktionäre in der Lehre überwiegend als Anwendungsfall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft qualifiziert.²⁴⁶ 94

(b) *Anfechtung eines Vereinsbeschlusses Art. 75 ZGB*

In ähnlicher Weise wie bei Art. 706 OR kommt Vereinsmitgliedern, die einem Vereinsbeschluss nicht zugestimmt haben, ein Anfechtungsrecht zu.²⁴⁷ Ficht mehr als ein Vereinsmitglied den Vereinsbeschluss an, werden sie ebenfalls als uneigentliche notwendige Streitgenossen qualifiziert.²⁴⁸ 95

²⁴³ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 3 f.

²⁴⁴ HGer ZH HG120081, E. 1.2.3.5; RITTER, Rz. 446; VON HOLZEN, S. 83 f.

²⁴⁵ ZK OR-TANNER, Art. 706 N 198; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 24; SOGO, S. 251.

²⁴⁶ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 9; BRUNNER, Rz. 532; VON HOLZEN, S. 83; WILLISEGGER, S. 99 Fn. 342; BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N 18; SUTTER-SOMM/SEILER, Klagenhäufung, S. 662; HABSCHIED, Rz. 321. Für eine einfache Streitgenossenschaft: BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 25; ANTOGNINI, Rz. 853.

²⁴⁷ BK ZGB-RIEMER, Art. 75 N 45 ff.

²⁴⁸ VON HOLZEN, S. 83; SUTTER-SOMM/SEILER, Klagenhäufung, S. 662.

(c) Weitere Beschlussanfechtungsklagen

- 96 Aufgrund des Verweises von Art. 808c OR auf Art. 706 OR gelten die Ausführungen zur Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses für die Anfechtung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung analog.²⁴⁹ Auch wenn Art. 891 OR keinen Verweis auf Art. 706 beinhaltet, so muss das Verhältnis der anfechtenden Genossenschafter ebenfalls als uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft qualifiziert werden.²⁵⁰ Dies gilt auch für die Gesellschafter, die zur Anfechtung eines Umstrukturierungsbeschlusses nach Art. 106 FusG befugt sind.²⁵¹

4.2.2 Statusklagen

(a) Anfechtung der Vaterschaft Art. 256 ZGB

- 97 Art. 256 ZGB bestimmt, dass der Ehemann oder unter Umständen das Kind die Vermutung der Vaterschaft anfechten können. Bei der Klage des Ehemanns sind die Mutter und das Kind passivlegitimiert, bei der Klage des Kindes der Ehemann und die Mutter.
- 98 Das Bundesgericht hält fest, dass im ersten Fall zwischen der Mutter und dem Kind eine notwendige Streitgenossenschaft bestehe, jedoch beide einzeln zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert seien.²⁵² Die alleinige Rechtsmittellegitimation ist einem Einzelklagerecht im Rechtsmittelverfahren gleichzustellen. Entsprechend verwundert es nicht, dass das Passivverhältnis von der Lehre teilweise als uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft qualifiziert wird, da keine einheitliche Prozessführung zwischen Mutter und Kind zu verlangen sei und das Urteil als Statusklage *erga omnes*-Wirkung habe.²⁵³ Das Bundesgericht erwähnt diese Literaturauffassung im vorgenannten Entscheid explizit.²⁵⁴ In der

²⁴⁹ HGer ZH HG120081, E. 1.2.3.5; JUTZI, S. 504 und S. 511.

²⁵⁰ RITTER, Rz. 450 Fn. 1319; SEILER, Ungültigkeit, Rz. 127 Fn. 403.

²⁵¹ OFK FusG-VOGEL et al., Art. 106 N 8. Für die einfache Streitgenossenschaft: CHK FusG-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 106 N 19; ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 106 N 31. SHK FusG-SCHENKER, Art. 106 N 34 m.w.H., qualifiziert das Verhältnis als «notwendige Streitgenossenschaft (analog Art. 260 SchKG [...])» und damit als eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft.

²⁵² BGE 138 III 737, E. 4.1.

²⁵³ CHK ZGB-REICH, Art. 256 N 6; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 173 f.; HABSCHEID, Rz. 287; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 2.

²⁵⁴ BGE 138 II 737, E. 3.3.

Lehre wird das Verhältnis zwischen der Mutter und dem Kind teilweise auch als einfache²⁵⁵ oder notwendige²⁵⁶ Streitgenossenschaft qualifiziert.

(b) *Vaterschaftsklage* Art. 261 ZGB

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZGB sind sowohl die Mutter als auch das Kind aktivlegitimiert, um eine Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses gegen den Vater zu erwirken. Dabei können beide einzelne Klagen einreichen,²⁵⁷ das Urteil muss aber einheitlich ausfallen.²⁵⁸ Gemäss einem Teil der Lehre liegt zwischen der Mutter und dem Kind eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft vor.²⁵⁹ 99

4.2.3 Leistungsklagen

(a) *Ausgleichsklage* Art. 105 FusG

Art. 105 Abs. 1 FusG erlaubt jedem einzelnen Gesellschafter, beim Gericht eine angemessene Ausgleichszahlung zu verlangen, sofern die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte bei einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist.²⁶⁰ Abs. 2 der Norm hält fest, dass das Urteil Wirkung für alle Gesellschafter des beteiligten Rechtsträgers entfaltet, sofern sich die Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger befinden.²⁶¹ Das Verhältnis der aktivlegitimierten Gesellschafter wird zumeist als einfache Streitgenossenschaft qualifiziert.²⁶² Auffallend dabei ist, dass das Einzelklagerecht und die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung umschrie- 100

²⁵⁵ HEGNAUER, Rz. 9.8.

²⁵⁶ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 256 N 9; ZOGG, Kind, S. 415; VON HOLZEN, S. 71; OFK ZGB-STEHLI, Art. 256 N 3; BAUMGARTNER et al., § 4 Rz. 56.

²⁵⁷ SOGO, S. 394; VON HOLZEN, S. 83; HABSCHEID, Rz. 287.

²⁵⁸ BSK ZPO-WEBER, Art. 15 N 6; VON HOLZEN, S. 83; HABSCHEID, Rz. 287.

²⁵⁹ ZOGG, Kind, S. 420; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 8 ff.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 173 f.; BSK ZPO-WEBER, Art. 15 N 6; SOGO, S. 394 Fn. 1820; VON HOLZEN, S. 83; HABSCHEID, Rz. 287. Für eine einfache Streitgenossenschaft sprechen sich BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 261 N 8, aus.

²⁶⁰ BSK FusG-DUBS/FREHNER, Art. 105 N 1.

²⁶¹ Zur *erga omnes*-Wirkung der gutheissenden Klage vgl. OFK FusG-VOGEL et al., Art. 105 N 17.

²⁶² CHK FusG-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 105 N 18; SHK FusG-BÜRGI/GLANZMANN, Art. 105 N 12; ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105 N 50; BSK FusG-DUBS/FREHNER, Art. 105 N 40 m.w.H. und der Bemerkung «zum Teil wird auch der Begriff der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft verwendet».

ben werden,²⁶³ was nach vorliegender Ansicht eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft darstellt. Die Erstreckung der Rechtskraft eines Urteils für Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung lässt keinen Raum für unterschiedliche Urteile zwischen den vorgenannten Gesellschaftern, was bei einer einfachen Streitgenossenschaft möglich wäre.

(b) *Rückerstattungsklage nach Art. 678 OR*

- 101 Art. 678 OR hält fest, dass Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats, mit der Geschäftsführung befasste Personen und Mitglieder des Beirats sowie ihnen nahestehende Personen, die unter gewissen Voraussetzungen Leistungen bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet sind. Klagen mehrere Aktionäre gemeinsam auf diese Rückerstattung, so werden sie in der Lehre teilweise als uneigentliche notwendige Streitgenossen qualifiziert, da jeder Aktionär selbstständig klagen könne und einheitlich entschieden werden müsse.²⁶⁴

(c) *Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 ff. OR*

- 102 Im Konkurs einer Aktiengesellschaft sieht der Gesetzeswortlaut von Art. 757 OR vor, dass Gläubiger und Aktionäre Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen können, sofern die Konkursverwaltung vorgängig auf deren Geltendmachung verzichtet hat. Die Kläger bilden auch hier untereinander eine uneigentliche notwen-

²⁶³ SHK FusG-BÜRGI/GLANZMANN, Art. 105 N 12, sprechen von einer «echten einfachen» Streitgenossenschaft, wonach die Klage wegen des Sachzusammenhangs vor dem gleichen Gericht und im gleichen Verfahren entschieden werden müsse. Wo Klagen getrennt eingereicht wurden, seien diese zu vereinigen. Gleichzeitig habe die Klage Rechtswirkung für alle Gesellschafter des Rechtsträgers, sofern sie sich in der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger befänden (N 20). Auch OFK FusG-VOGEL et al., Art. 105 N 9, sprechen von einem «Individualrecht» bzgl. der Klage und «erga omnes-Wirkung» bei Gutheissung der Klage (N 17); auch VON DER CRONE et al., Rz. 1171 Fn. 2218, sprechen von der *erga omnes*-Wirkung des Entscheids und dem fehlenden Erfordernis, dass mehrere Kläger auftreten.

²⁶⁴ HGer ZH HG150193, E. 2.2.1; ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 157. Die Rückerstattungsklage steht auch Gläubigern im Konkurs der Gesellschaft gemäss dem Regime von Art. 757 OR offen (Art. 678 Abs. 6 OR).

dige Streitgenossenschaft.²⁶⁵ Das Gleiche gilt im Übrigen auch für Art. 108 FusG, der in Abs. 3 auf Art. 757 OR verweist.²⁶⁶

Gemäss Art. 756 OR steht auch ausserhalb des Konkurses nebst der Gesellschaft jedem Aktionär ein Anspruch zu, den Gesellschaftsschaden geltend zu machen. Klagen mehrere Aktionäre unabhängig voneinander, muss auch bei ihnen ein einheitliches Urteil über den gleichen Anspruch ergehen;²⁶⁷ sie sind nach vorliegender Ansicht ebenfalls uneigentliche notwendige Streitgenossen.

(d) *Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG*

Das Bundesgericht anerkennt, dass mehrere Abtretungsgläubiger uneigentliche notwendige Streitgenossen sind.²⁶⁸ Für die Ausführungen in diesem Zusammenhang wird auf die Teile 4²⁶⁹ und 5²⁷⁰ dieser Dissertation verwiesen.

4.2.4 *Klage bzgl. der Familienwohnung Art. 273a OR*

Art. 273a OR erlaubt bei einer Familienwohnung dem Nicht-Mieterehegatten, die Kündigung anzufechten, die Erstreckung des Mietverhältnisses zu verlangen oder die übrigen Rechte eines Mieters bei einer Kündigung auszuüben. Wird der Prozess von beiden Ehegatten geführt, sprechen sich sowohl Teile der Judikatur als auch der Lehre dafür aus, dass die Ehegatten uneigentliche notwendige Streitge-

²⁶⁵ BGer 4C.263/2004, E. 1.2, wobei das Bundesgericht von einer notwendigen Streitgenossenschaft spricht, aber die uneigentliche notwendige meint, wie sich aus dem Verweis auf Art. 260 SchKG und dem in der Erwägung genannten Einzelklagerecht ergibt; FACINCANI/WYSS, S. 422; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, S. 250; HARISBERGER, S. 393.

²⁶⁶ CHK FusG-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 108 N 28; HaftpflichtKomm. OR-THEUS SIMONI, Art. 108 N 19. EMCH, S. 265, spricht sich für eine notwendige Streitgenossenschaft zwischen den Klägern aus.

²⁶⁷ HaftpflichtKomm. OR-LUTERBACHER/STUDER, Art. 756 N 8. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 10, und OFK OR-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 756 N 11, die sich dafür aussprechen, dass die Aktionäre den Anspruch der Gesellschaft als Prozessstandschafter geltend machen, und aufgrund dieser Qualifikation schliessen, dass nach der Ausübung einer Einzelklage weitere Klagen von der Rechtshängigkeitssperre erfasst wären. Diese Ansicht ist unbegründet und abzulehnen. Vgl. hierzu Rz. 253 ff. für Ausführungen, wieso die Rechtshängigkeitssperre nach Ausübung der Einzelklage eines Abtretungsgläubigers (ebenfalls als Prozessstandschafter) für die übrigen Abtretungsgläubiger gerade nicht greift.

²⁶⁸ Exemplarisch BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2c.

²⁶⁹ Rz. 216 ff.

²⁷⁰ Rz. 413 ff.

nossen seien.²⁷¹ Das Bundesgericht gesteht dem Nicht-Mieterehegatten in jedem Verfahrensstadium das Recht zu, eigene Verfahrenshandlungen vorzunehmen.²⁷² Dies liege daran, dass sie hinsichtlich der Kündigung unterschiedliche Interessen haben könnten.²⁷³

4.3 Diskussion der Anwendungsfälle

- 106 Im Folgenden werden die Anwendungsfälle der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft diskutiert, um Schlüsse für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ziehen zu können.

4.3.1 Kategorisierung

(a) *Klageart bzw. Rechtskrafterstreckung*

- 107 Analysiert man die Anwendungsfälle der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft, lassen sich zwei Hauptfallgruppen herausarbeiten. Das sind einerseits die Gestaltungsklagen und andererseits die Leistungsklagen. Die Unterscheidung ist im Zusammenhang mit der Rechtskrafterstreckung auf nicht im Verfahren involvierte Personen relevant.

²⁷¹ OGer ZH NG170017, E. 1.7; OGer ZH LH110002, E. 5.2; FUCHS, Kündigungsanfechtung, S. 16 ff.; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 172; VON HOLZEN, S. 83. Für eine einfache Streitgenossenschaft spricht sich BSK OR I-WEBER, Art. 273a N 1 m.w.H., unter anderem auf BGE 118 II 168 abstützend aus. In E. 2 hält der entsprechende Bundesgerichtsentscheid fest, dass keine notwendige Streitgenossenschaft vorliege, da die Ehegatten auch einzeln klagen könnten. Der Erwägung kann aber nicht entnommen werden, dass deshalb eine einfache Streitgenossenschaft vorliegt, weshalb der Entscheid nicht als Grundlage herangezogen werden kann. Dies gilt umso mehr, als die einfache Streitgenossenschaft schon von ihrer Grundstruktur nicht passt: Sofern beide Ehegatten am Verfahren teilnehmen, muss der Entscheid über die Kündigung der Familienwohnung für beide Ehegatten einheitlich ergehen. Eine einfache Streitgenossenschaft liesse für die einfachen Streitgenossen abweichende Urteile zu. Die Qualifikation der Ehegatten als uneigentliche notwendige Streitgenossen scheint in diesem Zusammenhang sachgerecht.

²⁷² BGE 115 II 361, E. 4c.

²⁷³ BGE 140 III 598, E. 3.2: «Le droit de s'opposer à un congé abusif répond à un besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un local d'habitation est en jeu [...]. Il faut dès lors reconnaître au colocataire le droit d'agir seul en annulation du congé.»

(aa) Gestaltungsklagen

Die erste Fallgruppe bilden die Gestaltungsklagen. Hierunter subsumieren sich die Beschlussanfechtungsklagen, die zwei behandelten Statusklagen und die Klagen bzgl. der Familienwohnung.²⁷⁴ 108

Das materielle Recht bestimmt die Wirkung der Gestaltungsklagen,²⁷⁵ weshalb 109 eine pauschalisierte Aussage über die Wirkung des Gestaltungsurteils immer auch der Einzelfallprüfung standhalten muss. Gutheissende Gestaltungsklagen wirken üblicherweise²⁷⁶ *erga omnes*²⁷⁷ und entfalten eine Bindungswirkung gegenüber Dritten, also nicht im Prozess involvierten Personen.²⁷⁸ Dies wird bei gutheissenden Beschlussanfechtungsklagen augenscheinlich, bei welchen die subjektive Rechtskrafterstreckung teilweise explizit materiell-rechtlich festgehalten ist.²⁷⁹ Gleichzeitig wirkt bei abgewiesenen Beschlussanfechtungsklagen das Urteil nur *inter partes*.²⁸⁰ Insofern hängt bei den Beschlussanfechtungsklagen der Umfang der subjektiven Rechtskrafterstreckung davon ab, ob die Klage geschützt oder abgewiesen wird. Auf diese Feststellung wird im Rahmen der Ausführungen zur Koordination von Einzel- und Parallelklagen zurückzukommen sein. Das gutheissende Urteil für die beiden besprochenen Statusklagen ergeht ebenfalls *erga omnes*.²⁸¹

²⁷⁴ Für die Anfechtung der Vaterschaft: BGE 138 III 737, E. 4.1; BGer 5A_240/2011, E. 1.2. Für die Vaterschaftsklage: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 87 N 2; DIKE Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 87 N 4. Für die Kündigungsanfechtung: BGer 4A_563/2017, E. 5.2 m.w.H.

²⁷⁵ ZPO Komm.-BESSENICH/BOPP, Art. 87 N 5; DIKE Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 87 N 9; BK ZPO I-MARKUS, Art. 87 N 19.

²⁷⁶ STAEHELIN, D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 24 Rz. 15c; SUTTER-SOMM, Rz. 555; SOGO, S. 237 f. mit Angabe von hier nicht einschlägigen Ausnahmen.

²⁷⁷ SUTTER-SOMM, Rz. 554; BK ZPO I-MARKUS, Art. 87 N 19; HUBER, Rz. 577.

²⁷⁸ Vgl. hierzu ausführlich SOGO, S. 201 ff.; BSK ZPO-WEBER, Art. 87 N 9; STAEHELIN, D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 24 Rz. 15c.

²⁷⁹ Vgl. Art. 706 Abs. 5 OR; Art. 808c OR durch Verweis; ZK OR-TANNER, Art. 706 N 198.

²⁸⁰ BGE 122 III 279, E. 3c.bb; BSK ZPO-WEBER, Art. 87 N 7; ZK OR-TANNER, Art. 706 N 202.

²⁸¹ Für die *erga omnes*-Wirkung bei Gutheissung: BGer 5A_794/2014, E. 4.2 (Anfechtung der Vaterschaft); OFK ZGB-STEHLI, Art. 261 N 1; CHK ZGB-REICH, Art. 261 N 1 (Vaterschaftsklage).

(bb) Leistungsklagen

- 110 Bei Leistungsklagen erstreckt sich die subjektive Rechtskraft des Urteils grundsätzlich auf die Parteien.²⁸² Für Leistungsklagen im Zusammenhang mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft besteht jedoch die jeweilige Eigenheit, dass sie prozessstandschaftlich geltend gemacht werden²⁸³ oder die Rechtskrafterstreckung materiell-rechtlich festgehalten ist.²⁸⁴ Die Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsträger, der nicht als Partei im Verfahren auftritt, erfolgt nach den Regeln der Prozessstandschaft.²⁸⁵ Die subjektive Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsträger greift sowohl im Fall der Klageabweisung als auch bei deren Gutheissung.²⁸⁶

(b) Aktive und passive uneigentliche notwendige Streitgenossenschaften

- 111 Die Betrachtung der Anwendungsfälle zeigt, dass die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft überwiegend auf der Aktivseite zu finden ist. Die Ausnahme bei den Anwendungsfällen ist die Anfechtung der Vaterschaft nach Art. 256 ZGB, bei welcher die Mutter und das Kind passivseitig eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft bilden. Passivseitige uneigentliche notwendige Streitgenossenschaften sind auch in der Lehre anerkannt.²⁸⁷

4.3.2 Uneinheitliche Qualifikation in der Lehre

- 112 Die Lehre ordnet die vorgebrachten Anwendungsfälle selten einzig der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft zu. Oft werden die Anwendungsfälle auch der einfachen oder der notwendigen Streitgenossenschaft zugewiesen.²⁸⁸

²⁸² HUBER, Rz. 576: «Res iudicata ius facit nisi inter partes»; FHB ZPO-SOGO, Rz. 10.146; DROESE, S. 145; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 136; BERGER et al., Rz. 667.

²⁸³ Wird der mittelbare Schaden der Gesellschaft geltend gemacht, kommt den Aktionären im Rahmen von Art. 678 OR (ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 150; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1123) und den Klagebefugten nach Art. 757 OR (JENNY, Rz. 191; GRAF, S. 384; ANCeschi/VISCHER, S. 1623 ff.) die Prozessführungsbefugnis zu.

²⁸⁴ Vgl. Rz. 100 für Art. 105 FusG. LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1132 ff., sieht die klagenden Gesellschafter als Prozessstandschafter handelnd.

²⁸⁵ Rz. 29.

²⁸⁶ Rz. 29.

²⁸⁷ VON HOLZEN, S. 83.

²⁸⁸ Als Beispiele für die umstrittene Qualifikation: Für die Beschlussanfechtungsklage nach Art. 706 OR vgl. Fn. 246; für diejenige nach Art. 106 FusG vgl. Fn. 251; für die Klage auf Anfechtung der Vaterschaft nach Art. 256 ZGB vgl. Fn. 255 und Fn. 256;

Eine mögliche Erklärung, weshalb die Qualifikation der Anwendungsfälle so umstritten ist, könnte darin liegen, dass die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft mangels Kodifikation gegenüber der einfachen und der notwendigen Streitgenossenschaft ein Schattendasein fristet. Es liegt daher nahe, dass versucht wird, die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft einem der beiden bekannten Rechtsinstitute zu- oder unterzuordnen. Gerade das Einzelklagerecht dürfte der Grund sein, weshalb die Anwendungsfälle mitunter auch der einfachen Streitgenossenschaft zugeordnet werden.²⁸⁹ Wie dargelegt, sind die beiden charakterisierenden Elemente der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft die Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils und das Einzelklagerecht.²⁹⁰ Insofern werden die hier genannten Anwendungsfälle nach vorliegender Ansicht auch als uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft qualifiziert.

4.4 Zweck der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft

Der Zweck der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft kann aus einer näheren Betrachtung der Anwendungsfälle abgeleitet werden. Bei Betrachtung der Beschlussanfechtungsklagen werden zwei Dinge offensichtlich: Erstens besteht aufgrund des Einzelklagerechts eine Vielzahl Personen, die einen Prozess über den gleichen Streitgegenstand führen können; zweitens muss die Aufhebung eines Beschlusses für alle vom Beschluss betroffenen Personen einheitlich ergehen. Das Einzelklagerecht besteht, weil nur dieses den Individualschutz, der den Beschlussanfechtungsklagen zugrunde liegt, überhaupt erst erlaubt.²⁹¹ Müssten alle Aktionäre einen Generalversammlungsbeschluss gemeinsam anfechten, scheiterte dieses Vorhaben unweigerlich. Die notwendige Streitgenossenschaft ist aufgrund ihres inhärenten Einstimmigkeitsprinzips²⁹² nicht geeignet, den Individualschutz zu garantieren. Gleichzeitig passt auch die einfache Streitgenossenschaft nicht, denn die Rechtskrafterstreckung führt zu einem einheitlichen Urteil, das bei

für die Vaterschaftsklage nach Art. 261 ZGB vgl. Fn. 259; für die Klage nach Art. 105 FusG vgl. Fn. 262.

²⁸⁹ Exemplarisch MABILLARD, Streitgenossenschaften, S. 128, der eine Qualifikation als einfache Streitgenossen unter Art. 678 OR zunächst als naheliegend empfindet und dann richtigerweise auf die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft schliesst.

²⁹⁰ Rz. 107.

²⁹¹ ZK OR-TANNER, Art. 706 N 6 ff., nennt als Zweck der Anfechtungsklage den Individualschutz. NUSSBAUMER, Rz. 49: «Die Anfechtungsklagen des schweizerischen Gesellschaftsrechts sind als prozessual mittels Einzelklagen geltend zu machende Einzelrechte ausgestaltet und fallen somit in die Kategorie des Individualschutzes.»

²⁹² Vgl. Rz. 49.

der einfachen Streitgenossenschaft gerade nicht unbedingt ergehen muss.²⁹³ Der Zweck der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft ist vor diesem Hintergrund die *prozessuale Ermöglichung des Individualschutzes*.

- 115 Bei den unter die Fallgruppe der Leistungsklage subsumierten Anwendungsfällen²⁹⁴ besteht eine ähnliche Ausgangslage. Die Prozessführungsbefugnis muss jedem einzelnen Beteiligungsinhaber zukommen, da ansonsten bereits ein einziger klageunwilliger Beteiligungsinhaber reichen würde, um die Anspruchsdurchsetzung gesamthaft zu vereiteln. Gleichzeitig muss zwischen den prozessierenden Beteiligungsinhabern ein einheitliches Urteil erstritten werden, da widersprüchliche Urteile über den gleichen Streitgegenstand nicht ergehen können.
- 116 Dass die grosse Anzahl an Personen, die an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, hinsichtlich des Individualschutzes nicht ausschlaggebend sein kann, zeigen die im Rahmen der Statusklage angeführten Anwendungsfälle und die Klage bzgl. der Familienwohnung. Letztlich steht auch dort der *Individualschutz* im Vordergrund. Dieser rechtfertigt sich aber deshalb, weil die mit dem Statusprozess einhergehende Rechtswirkung bzw. die Kündigung einer Familienwohnung eine solch starke Auswirkung auf die betroffenen Parteien haben, dass ihnen die Befugnis zugestanden wird, ihre jeweiligen Interessen entgegen den übrigen Streitgenossen zu vertreten.²⁹⁵

B. Betreibungs- und konkursrechtliche Grundlagen

- 117 Die betreibungs- und konkursrechtlichen Grundlagen werden nur in ihren Grundzügen dargelegt und nur insoweit sie für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG überhaupt Relevanz haben.

²⁹³ Vgl. Rz. 77.

²⁹⁴ Rz. 100 ff.

²⁹⁵ Vgl. für die Kündigungsanfechtung Fn. 273. Für die Anfechtung der Vaterschaft BGE 138 III 737, E. 4.1: «In Auslegung von aArt. 253 Abs. 2 ZGB und dem hier inhaltlich gleichlautenden Art. 256 Abs. 2 ZGB ist das Bundesgericht zum Ergebnis gelangt, dass wegen der *Gefahr einer Kollision der Interessen* von Mutter und Kind und mit Rücksicht auf die Gestaltungswirkung des eine Anfechtungsklage gutheissenden Urteils Mutter oder Kind allein ein Rechtsmittel einlegen dürfen.» (Kursivsetzung hinzugefügt); SOGO, S. 393.

I. Wirkung der Konkureröffnung

1. Bildung der Konkursmasse

Die Konkureröffnung führt zur Bildung der Konkursmasse, die ein Sondervermögen ist.²⁹⁶ Sie wird von der Konkursverwaltung verwaltet.²⁹⁷ Die Konkursmasse setzt sich zusammen aus dem gesamten pfändbaren Vermögen, das dem Schuldner im Zeitpunkt der Konkureröffnung gehört und bis zum Schluss des Konkursverfahrens anfällt.²⁹⁸ 118

2. Wirkung auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners

Bei der Konkureröffnung bleibt der Gemeinschuldner als natürliche Person rechts- und handlungsfähig.²⁹⁹ Eine juristische Person oder betreibungsfähige Personengesellschaft wird hingegen liquidiert.³⁰⁰ Die Folge davon ist die Ergänzung des Handelsregistereintrags mit dem Zusatz «in Liquidation» (Art. 159 lit. a Ziff. 3 HRegV).³⁰¹ 119

Die Konkureröffnung bewirkt für den Gemeinschuldner eine Beschränkung seiner Verfügungsbefugnis bezüglich des in die Konkursmasse fallenden Vermögens (Art. 204 SchKG).³⁰² Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Konkureröffnung in Bezug auf zur Konkursmasse gehörende Vermögensstücke vornimmt, sind gegenüber den Konkursgläubigern ungültig.³⁰³ 120

²⁹⁶ BGer 2C_303/2010, E. 2.4.2; BSK SchKG II-HUNKELER, Art. 197 N 6; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1229.

²⁹⁷ BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 240 N 1.

²⁹⁸ AMONN/WALTHER, § 40 Rz. 11 und Rz. 15; BSK SchKG II-HUNKELER, Art. 197 N 80; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1228; DOLGE/SPÜHLER, Bd. II, Rz. 238.

²⁹⁹ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 N 41; AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 2; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 40 Rz. 4.

³⁰⁰ AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 3; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1161; DOLGE/SPÜHLER, Bd. II, Rz. 259.

³⁰¹ AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 3.

³⁰² BGer 2C_303/2010, E. 2.4.2; BGE 132 III 432, E. 2.4; BGE 121 III 28, E. 3; AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 6 f.; JAEGER et al., Art. 204 N 2; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 N 10; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 34; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1161; KUMMER, S. 69.

³⁰³ BGE 132 III 432, E. 2.4; AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 8; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 40 Rz. 6.

- 121 Dem Gemeinschuldner geht zusammen mit der Verfügungsbefugnis auch seine Prozessführungsbefugnis bezüglich Prozesse über das Konkursvermögen verloren.³⁰⁴ Die Lehre und die Rechtsprechung sind uneinheitlich hinsichtlich der Frage, wer in Prozessen über das Konkursvermögen anstelle des Gemeinschuldners auftritt und gestützt auf welche rechtliche Grundlage.³⁰⁵ Ausgangspunkt der Uneinigkeit ist Art. 240 SchKG, wonach die Konkursverwaltung die Konkursmasse vor Gericht vertritt. Im Folgenden werden die verschiedenen Meinungen hinsichtlich der Rechtsträgerschaft und der Parteistellung kurz dargelegt und anschliessend diskutiert.
- 122 Die erste Meinung sieht vor, dass mit der Konkurseröffnung die Prozessführungsbefugnis vom Gemeinschuldner auf die Konkursmasse übergehe. Die Konkursmasse sei als Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners Partei und werde aufgrund von Art. 240 SchKG durch die Konkursverwaltung als gesetzliche Stellvertreterin repräsentiert.³⁰⁶ Die zweite Meinung bringt vor, dass nicht die Konkursmasse, sondern die Konkursverwaltung Prozessstandschafterin sei.³⁰⁷ Gemäss der dritten Meinung vertritt die Konkursverwaltung den Gemeinschuldner als gesetzliche Stellvertreterin.³⁰⁸ Im Gegensatz zu den ersten beiden Meinungen soll

³⁰⁴ Vgl. Rz. 34 zum Verhältnis der Verfügungsbefugnis und Prozessführungsbefugnis; BGE 132 III 89, E. 1.3; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 34; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1161; JAEGER et al., Art. 204 N 8; BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 42.

³⁰⁵ So explizit BGer 4A_242/2015, E. 2.4.2. Der folgende Meinungsstand wurde von Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 66 N 10, in den Grundzügen und von LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1162 ff., vertieft dargelegt. Weitere Lehrmeinungen wurden beigelegt.

³⁰⁶ BGer 4A_150/2013, E. 3.1; BGer 4A_87/2013, E. 1.3; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 36; BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 42 (abweichend von der Ansicht in N 44); JENNY, Rz. 153; GRAF, S. 384; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 160; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 N 44 (wonach die Konkursmasse die Prozessführungsbefugnis erhalte, aber die Konkursverwaltung den Gemeinschuldner gesetzlich vertrete); GROLIMUND, in: Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 13 Rz. 78; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 9 Rz. 4 Fn. 18. Im Ansatz so auch DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 83 N 26, wonach «die Gemeinschuldnerin [...] zwar Prozesspartei» bleibe, es dann aber gleichwohl zu einem Parteiwechsel komme, weil als Partei nicht die Gemeinschuldnerin, sondern die Konkursmasse behandelt werden müsse.

³⁰⁷ FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27–28 N 70a.

³⁰⁸ BGer 4A_242/2015, E. 2.4.2; BGE 140 IV 155, E. 3.4.4; BGE 97 II 403, E. 2; BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 240 N 10; HÄNZLI, S. 47; CR LP-JEANDIN/FISCHER, Art. 240 N 1; MOOR, S. 10; BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 44 (abweichend von der Ansicht gemäss N 42); ZPO Komm.-SCHWANDER, Art. 83 N 42; GULDENER, S. 126 f.

die Parteistellung beim Gemeinschuldner verbleiben. Eine vierte Meinung sieht die Rechtsträgerschaft nicht beim Gemeinschuldner, sondern bei der Masse.³⁰⁹ Die Konkursverwaltung vertrete die Konkursmasse je nach Ansicht auf zwei Arten. Entweder nehme die Konkursverwaltung gegenüber der Masse eine ähnliche Stellung ein wie ein Organ einer juristischen Person³¹⁰ oder sie handle als gesetzliche Vertreterin³¹¹. Schliesslich hält die fünfte Meinung fest, dass die Parteibezeichnung keine Rolle spiele.³¹² Letztlich handle die Konkursverwaltung, egal ob im Rubrum nun der Gemeinschuldner oder die Konkursmasse als Partei angegeben sei.³¹³

Für die vorliegende Dissertation ist relevant, wer nach der Konkurseröffnung 123
Rechtsträger des Anspruchs gegenüber dem Drittschuldner ist. Dies liegt daran, dass auch im Fall der Prozessstandschaft die Aktivlegitimation beim Rechtsträger geprüft wird³¹⁴ und die Prozessstandschafter, also hier die Abtretungsgläubiger, den Anspruch des Rechtsträgers geltend machen.³¹⁵ Meinung vier geht von der Rechtsträgerschaft der Konkursmasse aus, während Meinungen eins bis drei die Rechtsträgerschaft beim Gemeinschuldner sehen.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht geht die Rechtsträgerschaft des 124
Gemeinschuldners mit der Konkurseröffnung nicht auf die Konkursmasse über. Die Wirkung des Konkursdekrets ist eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners, nicht aber der Verlust der Rechtsträgerschaft.³¹⁶ Da

³⁰⁹ BGer 5A_1044/2019, E. 3.1; BGer 4A_384/2016, E. 2.1.2, die Masse als Rechtsträger nennend, dann aber in E. 2.3 die Gemeinschuldnerin; BGer 4A_231/2011, E. 2; OGer ZGBZ 2022 15, E. 4; LORANDI, Löschung, S. 725; KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Vorbemerkung N 39; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 67 N 22; VOGT/SCHÖNBÄCHLER, S. 250.

³¹⁰ KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Vorbemerkung N 39 mit Verweis auf BGer 6B_557/2010, E. 6.3.2; BGer 5P.376/2002, E. 2.2; BGer 7B.232/2000, E. 3a; JENNY, Rz. 153; wohl auch JAEGER et al., Art. 240 N 6.

³¹¹ JENNY, Rz. 153.

³¹² OGer ZH PS130044, E. 3.2.2; CR LP-JEANDIN/FISCHER, Art. 240 N 1: «On peut en disputer longuement, sans que le débat ait d'incidence pratique particulière.»; ZPO Komm.-SCHWANDER, Art. 83 N 42; BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 240 N 4; KUMMER, S. 69.

³¹³ BERGER et al., 1. Aufl., Rz. 363; ZPO Komm.-SCHWANDER, Art. 83 N 42; KUMMER, S. 69.

³¹⁴ Rz. 33.

³¹⁵ Rz. 23 f.

³¹⁶ Rz. 120. GRIEDER, Rz. 447; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1179.

sich die Aktivlegitimation aus der Rechtsträgerschaft ergibt,³¹⁷ verbleibt sie beim Gemeinschuldner.³¹⁸

- 125 Hinsichtlich der Frage, auf welcher *Rechtsgrundlage* die Konkursverwaltung im Verfahren auftreten kann, ist nach vorliegender Meinung auf die Stellvertretung des Gemeinschuldners abzustellen. Dies ist dogmatisch eine saubere Lösung:³¹⁹ Die Prozessstandschaft ist ein Rechtsinstitut, das mit gewissen Unklarheiten und Unsicherheiten einhergeht.³²⁰ Wird auf die Stellvertretung abgestellt, lassen sich diese vermeiden.

³¹⁷ Rz. 32.

³¹⁸ Als Ausnahme davon gilt die sog. *Raschein-Praxis* bei *Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs*. In diesem Fall bewirkt der Konkurs der Gesellschaft, dass der Verantwortlichkeitsanspruch aus dem Recht der Gesellschaft untergeht und durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst wird (BGE 122 III 166, E. 3b; GRAF, S. 383; GRIEDER, Rz. 453; JENNY, Rz. 163). Dass diese Rechtswirkung hinsichtlich der Rechtsträgerschaft und der Aktivlegitimation nicht durchdacht ist, zeigt JENNY, Rz. 178: «*Mangels Rechtsfähigkeit* kann die Gläubigergesamtheit gar *keinen Anspruch* innehaben, weshalb eine Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch einen Anspruch der Gläubigergesamtheit aus dogmatischer Sicht unerklärlich bleibt.» Das Bundesgericht versucht das Problem damit zu lösen, dass trotz Bestehen des einheitlichen Gläubigeranspruchs die Rechtsträgerschaft bei der Gesellschaft verbleiben soll (BGer 4A_384/2016, E. 2.3). ANCESCHI/VISCHER, S. 1622, halten dazu passend fest: «Wieso also der Anspruch der Gläubigergesamtheit weiterhin in der Rechtszuständigkeit der Gesellschaft stehen [...] soll, ist schlicht nicht erklärbar.» Das von der Raschein-Praxis erschaffene Problem löst sich, wenn richtigerweise der Theorie der Prozessstandschaft gefolgt wird, wonach die im Konkurs der Gesellschaft Klageberechtigten als Prozessstandschafter aus dem Recht der Gesellschaft klagen (JENNY, Rz. 191; GRAF, S. 384; ANCESCHI/VISCHER, S. 1623 ff.). Dann muss für alle Ansprüche der Abtretungsgläubiger die Rechtsträgerschaft beim Gemeinschuldner liegen.

³¹⁹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1170. Seitdem das Bundesgericht entschieden hat, dass die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nicht den Untergang der Ansprüche der Gesellschaft zur Folge hat, (vgl. BGE 146 III 441, E. 2, und die Diskussion in Rz. 441 ff. für die Aktivlegitimation) ist diese Lösung haltbar.

³²⁰ Diese Feststellung wird von LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1170, getroffen, die eine Dissertation über das Thema verfasst hat: «Die gesetzliche Vertretung verhindert das Auseinanderfallen von Parteistellung und Sachlegitimation, die in gewissen Belangen wie etwa den Prozessvoraussetzungen, den Kosten, dem Beweisrecht, dem Ausstandsrecht und insbesondere den zulässigen Verteidigungsmitteln zu Schwierigkeiten und Unklarheiten führt, was oben gezeigt wurde.»

3. Wirkung auf Prozesse des Gemeinschuldners

Als Folge des Konkursbeschlags nach Art. 204 SchKG werden mit Ausnahme 126
von dringlichen Fällen Zivil- oder Verwaltungsverfahren, in welchen der Gemein-
schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, durch
Anzeige des Konkursamts³²¹ eingestellt (Art. 207 Abs. 1 SchKG).³²²

II. Formelles Konkursrecht

1. Inventaraufnahme

Das Konkursamt muss nach Empfang des Konkurserkenntnisses ein Inventar der 127
vorhandenen Aktiven aufnehmen (Art. 221 Abs. 1 SchKG). Umstrittene Forderun-
gen finden auch Eingang in das Inventar.³²³ Das Inventar dient als Grundlage für
die Entscheidung, welches Konkursverfahren durchgeführt werden soll.³²⁴

2. Anwendbares Konkursverfahren

Ergibt das Inventar aufgrund der freien Aktiven³²⁵, dass die Kosten für das sum- 128
marische Konkursverfahren voraussichtlich nicht gedeckt sein werden, beantragt
das Konkursamt die *Einstellung des Konkursverfahrens* beim Konkursgericht
(Art. 230 Abs. 1 SchKG).³²⁶ Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich
bekannt und weist in der Publikation darauf hin, dass das Verfahren geschlos-

³²¹ Im ordentlichen Konkursverfahren muss die Anzeige gemäss Art. 40 Abs. 2 lit. b KOV erfolgen. Im summarischen Konkursverfahren besteht keine Verpflichtung (BGer 5C.54/2007, E. 2.3.1).

³²² BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 207 N 1; BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 43; KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Art. 63 N 2; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1258; AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 16.

³²³ CR LP-VOUILLOZ, Art. 221 N 11; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 221 N 21a und N 21c; KOV Komm.-RÜETSCHI, S./SCHOBER, Art. 25 N 45.

³²⁴ BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 221 N 6; KOV Komm.-PENON/WOHLGEMUTH, Art. 2 N 7.

³²⁵ Das Konkursamt stellt bei seinem Entscheid auf diejenigen Aktiven ab, die mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit eingezogen werden können (KOV Komm.-MILANI/SCHMID, Art. 39 N 15). Umstrittene Ansprüche werden deshalb bei der Entscheidungsfindung ausser Acht gelassen (BGE 60 III 11, S. 12; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 230 N 3).

³²⁶ AMONN/WALTHER, § 44 Rz. 21; KOV Komm.-MILANI/SCHMID, Art. 39 N 18.

sen wird, wenn nicht innert zehn Tagen seit Publikation ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG).³²⁷ Konkursgläubiger, die sich eine umstrittene Forderung i.S.v. Art. 260 SchKG abtreten lassen möchten, müssen die geforderte Sicherheit leisten. Eine Abtretung einer umstrittenen Forderung ist nämlich nur möglich, wenn das Konkursverfahren nicht mangels Aktiven eingestellt wurde.³²⁸ Bei erfolgreicher Prozessführung kann sich der Abtretungsgläubiger für den Vorschuss schadlos halten.³²⁹

- 129 Das Konkursamt beantragt dem Konkursgericht das *summarische Konkursverfahren*, wenn aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können oder die Verhältnisse einfach sind (Art. 231 Abs. 1 SchKG).³³⁰ Die Abtretung umstrittener Ansprüche kann von den Konkursgläubigern im summarischen Verfahren nach dem Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit verlangt werden.³³¹
- 130 In den wenigsten Fällen wird ein *ordentliches Konkursverfahren* durchgeführt.³³² Die Abtretung eines Anspruchs des Gemeinschuldners ist auch hier möglich, sobald die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet hat.³³³

3. Aussonderung und Admassierung

- 131 Die Verfahren zur Aussonderung und Admassierung sind sowohl im summarischen als auch im ordentlichen Konkursverfahren möglich. Die Modalitäten variieren indes.

³²⁷ BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 230 N 9.

³²⁸ LORANDI, Wiedereröffnung, S. 57; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 230 N 11a.

³²⁹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 114.

³³⁰ AMONN/WALTHER, § 49 Rz. 2.

³³¹ Vgl. Rz. 165 für die Modalitäten.

³³² LORANDI, Zirkularbeschluss, S. 30 f.

³³³ Vgl. Rz. 165 für die Modalitäten.

Das *Admassierungsverfahren* folgt den gewöhnlichen prozessualen Formen.³³⁴ 132 Die Besonderheit besteht darin, dass die Willensbildung auf der Klägerseite durch die konkursrechtlichen Bestimmungen geregelt wird.³³⁵ Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung des Anspruchs, kann dieser an die Abtretungsgläubiger abgetreten werden.³³⁶ Stellt ein Dritter ein *Aussonderungsbegehren*, erlässt die Konkursverwaltung nach Ablauf der Eingabefrist i.S.v. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG eine Verfügung darüber (Art. 45 Abs. 1 KOV).³³⁷ Hält sie den Anspruch für unbegründet, setzt sie dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert welcher er beim Konkursgericht Klage einreichen kann (Art. 242 Abs. 2 SchKG).³³⁸ Möchte die Konkursverwaltung den Anspruch anerkennen, soll die Anzeige davon und die Herausgabe des angesprochenen Gegenstands an den Drittanstrecher unterbleiben, bis im Fall des ordentlichen Konkurses feststeht, ob die zweite Gläubigerversammlung etwas anderes beschliesst oder aber die Abtretung des Anspruchs nach Art. 260 SchKG verlangt wurde (Art. 47 Abs. 1 KOV).³³⁹ Im Fall des summarischen Konkursverfahrens muss in wichtigen Fällen³⁴⁰ eine Fristansetzung zur Stellung der Abtretungsbegehren nach Art. 48 Abs. 2 KOV erfolgen, die mit der Bekanntmachung der Auflage des Kollokationsplans zu verbinden ist (Art. 49 KOV).³⁴¹ Liegt kein wichtiger Fall vor, kann die Konkursverwaltung selbst entscheiden, ob sie den Anspruch zur Abtretung nach Art. 260 SchKG anbietet.³⁴²

³³⁴ Es muss eine Vindikationsklage gegen die Person geführt werden, welche die zu admassierende Sache im Gewahrsam hat (BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 242 N 7).

³³⁵ KOV Komm.-BOMMER, Art. 45 N 1. Vgl. BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 242 N 44, zur Differenzierung, ob die Zustimmung der Gläubigerversammlung für die Klage der Konkursverwaltung nötig ist.

³³⁶ BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 242 N 44; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 19; AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 31.

³³⁷ BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 242 N 35; AMONN/WALTHER, § 44 Rz. 30.

³³⁸ AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 40; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1359.

³³⁹ AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 36 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1357.

³⁴⁰ Ob ein *wichtiger Fall* vorliegt, hängt vom Wert des Aussonderungsgegenstands ab (KOV Komm.-BOMMER, Art. 49 N 4; AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 39). Das Bundesgericht hat einen Wert von CHF 59'100.– als wichtigen Fall bezeichnet (BGer 5C.242/2004, E. 3).

³⁴¹ KOV Komm.-BOMMER, Art. 49 N 2.

³⁴² KOV Komm.-BOMMER, Art. 49 N 5; AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 38; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1357.

4. Erhaltung von Konkursforderungen

- 133 Bestand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein Forderungsprozess gegenüber dem Gemeinschuldner, wird die Forderung im Kollokationsplan als *pro memoria* vermerkt (Art. 63 Abs. 1 KOV).³⁴³ Nach der Einstellung des Forderungsprozesses³⁴⁴ kann dieser im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Verfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplans wieder aufgenommen werden (Art. 207 Abs. 1 SchKG).³⁴⁵ Diese Fristen berücksichtigen, dass im ordentlichen Konkursverfahren üblicherweise der Verzicht der Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung eines Anspruchs in der zweiten Gläubigerversammlung ergeht.³⁴⁶ Im summarischen Konkursverfahren erfolgt der Beschluss mittels Zirkularbeschluss.³⁴⁷ Nach dem Verzichtsbeschluss haben die Abtretungsgläubiger die Möglichkeit, innert zehn Tagen die Abtretung zu verlangen.³⁴⁸ Treten die Abtretungsgläubiger in den Prozess ein, wird der Prozess als Kollokationsprozess weitergeführt (Art. 63 Abs. 3 KOV).³⁴⁹

5. Verteilung

- 134 Nachdem der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen und der Erlös aus der Verwertung der Konkursmasse eingegangen ist, stellt die Konkursverwaltung die Verteilungsliste und die Schlussrechnung auf (Art. 261 SchKG).³⁵⁰ Bei der Erstellung der definitiven Verteilungsliste muss keine Rücksicht auf einen von den Abtretungsgläubigern geführten Prozess genommen werden, wenn von vornherein feststeht, dass kein Überschuss für die Masse zu erwarten ist (Art. 83 Abs. 2 KOV).³⁵¹ Dies liegt vor, wenn der Streitwert der Klage nicht höher ist als die

³⁴³ AB GE DCSO/482/2022, E. 2.1.3; JENT-SØRENSEN/REISER, S. 518.

³⁴⁴ Vgl. Rz. 126.

³⁴⁵ AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 17.

³⁴⁶ Vgl. Rz. 165 ff. zu den Modalitäten und den unterschiedlichen Beschlusszeitpunkten.

³⁴⁷ Vgl. Rz. 165 ff.

³⁴⁸ BSKSchKGII-BACHOFNER, Art. 260 N 48; BSKSchKGII-WOHLFART/MEYERHÖNEGGER, Art. 207 N 24.

³⁴⁹ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 83 N 17; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 23 und N 120; KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Art. 63 N 38.

³⁵⁰ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1495; AMONN/WALTHER, § 48 Rz. 1 und Rz. 11.

³⁵¹ FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 52 Rz. 3; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1496.

Summe der Konkursforderungen der klägerischen Abtretungsgläubiger.³⁵² Unabhängig davon, ob ein Überschuss für die Masse durch den Prozess der Abtretungsgläubiger generiert wird, muss die Verteilungsliste die Verteilung des Ergebnisses unter den Abtretungsgläubigern und der Masse festhalten (Art. 86 KOV).³⁵³ Wurde die definitive Verteilungsliste bereits erstellt, ist ein Nachtrag zu erstellen.³⁵⁴ Hat sich dabei ein Überschuss für die Masse gebildet, finden die Bestimmungen zum Nachkonkurs (Art. 269 SchKG) Anwendung.³⁵⁵

6. Schluss des Konkursverfahrens

Wurden Ansprüche an Abtretungsgläubiger abgetreten und ist anzunehmen, dass 135
kein Überschuss für die Masse generiert wird, muss die Konkursverwaltung dem Konkursgericht unter Einsendung der Akten den Antrag stellen, entweder das Konkursverfahren zu schliessen oder mit dem Schluss des Verfahrens bis nach durchgeführter Geltendmachung des Anspruchs zuzuwarten (Art. 95 KOV).³⁵⁶ Für den seltenen Fall, dass von einem Überschuss auszugehen ist, kommt ein vorzeitiger Schluss nicht in Betracht.³⁵⁷ Für den Regelfall, dass kein Überschuss absehbar ist, dürfte die Konkursverwaltung in aller Regel den Schluss des Konkursverfahrens beantragen.³⁵⁸

7. Nachkonkurs

Ein Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG ist möglich, wenn das Konkursver- 136
fahren geschlossen wurde und neue³⁵⁹ Vermögenswerte entdeckt werden, die zur

³⁵² KOV Komm.-RÜETSCHI, D., Art. 83 N 11 f., der darauf hinweist, dass auf den Streitwert im Zeitpunkt der Klageeinreichung abgestellt werden muss, weil eine Klageerhöhung i.S.v. Art. 227 ZPO nicht ausgeschlossen ist.

³⁵³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 119.

³⁵⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 119; KOV Komm.-RÜETSCHI, D., Art. 86 N 5.

³⁵⁵ KOV Komm.-RÜETSCHI, D., Art. 86 N 6.

³⁵⁶ LORANDI, Löschung, S. 726; KOV Komm.-REUTTER, Art. 95 N 5 f.; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1535; CR LP-JEANDIN, Art. 268 N 9.

³⁵⁷ KOV Komm.-REUTTER, Art. 95 N 5.

³⁵⁸ LORANDI, Löschung, S. 726; KOV Komm.-REUTTER, Art. 95 N 8; BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 268 N 5.

³⁵⁹ War der Anspruch im Zeitpunkt des dem Nachkonkurs vorgehenden Konkursverfahrens bekannt, kann er nicht im Nachkonkurs abgetreten werden (BGE 116 III 96, E. 2a).

Masse gehörten, aber nicht zu dieser gezogen wurden (Art. 269 Abs. 1 SchKG).³⁶⁰ Auch bei Entdeckung von umstrittenen Ansprüchen können diese all jenen Gläubigern i.S.v. Art. 260 SchKG abgetreten werden, die zu Verlust gekommen sind.³⁶¹ Wurde der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, ist nicht der Nachkonkurs zu prüfen, sondern die Wiedereröffnung des Konkursverfahrens.³⁶²

C. Zusammenfassung von Teil 2

- 137 Zentraler Gehalt der Ausführungen bei der Prozessstandschaft sind ihre Rechtsfolgen: Dem Prozessstandschafter wird die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch des Rechtsträgers eingeräumt,³⁶³ weshalb er im Rahmen der materiellen Grundlage und des Zivilprozessrechts über den Anspruch des Rechtsträgers verfügen kann. Das Urteil wirkt aufgrund der subjektiven Rechtskrafterstreckung auch gegenüber dem Rechtsträger.³⁶⁴
- 138 Die *notwendige Streitgenossenschaft* zeichnet sich dadurch aus, dass grundsätzlich alle notwendigen Streitgenossen am Prozess teilnehmen müssen und das Verfahren gemäss dem Einstimmigkeitsprinzip gemeinsam zu führen haben.³⁶⁵ Bei falscher Zusammensetzung der notwendigen Streitgenossen ergeht grundsätzlich ein abweisender Sachentscheid. Ausnahmen davon bestehen aufgrund der Anerkennungserklärung und der Erfassung von klageunwilligen Streitgenossen auf der Passivseite.³⁶⁶ Von der gemeinsamen Prozessführung kann aufgrund der Stellvertretungsregeln nach Art. 70 Abs. 2 ZPO, der Rechtsprechung zur Dringlichkeit oder materiell-rechtlichen Ausnahmen abgewichen werden.³⁶⁷ Geben notwendige Streitgenossen trotz des Einstimmigkeitsprinzips widersprüchliche Prozessein-

³⁶⁰ AMONN/WALTHER, § 50 Rz. 5; BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 269 N 5; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 8.

³⁶¹ BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 269 N 22; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 7; AMONN/WALTHER, § 50 Rz. 9.

³⁶² BGer 4A_384/2016, E. 2.1.3; BGer 5A_306/2014, E. 3.1; LORANDI, Wiederöffnung, S. 65; BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 269 N 2.

³⁶³ Rz. 23 ff.

³⁶⁴ Rz. 29.

³⁶⁵ Rz. 49ff.

³⁶⁶ Rz. 44 ff.

³⁶⁷ Rz. 51 ff.

gaben ein, sind diese gemäss herrschender Lehre durch die gerichtliche Beweiswürdigung aufzulösen.³⁶⁸ Bei der *einfachen Streitgenossenschaft* werden unterschiedliche Ansprüche geltend gemacht.³⁶⁹ Die einfachen Streitgenossen müssen nicht gemeinsam prozessieren, können dies aber in Form von gemeinsamen Prozesseingaben tun.³⁷⁰ Sie bleiben jedoch in der Prozessführung hinsichtlich ihres Anspruchs frei. Da der Sachverhalt einheitlich erstellt wird, kann die Prozessführung eines einfachen Streitgenossen Auswirkungen auf die eines anderen Streitgenossen haben.³⁷¹

Die *uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft* ist nicht in der ZPO geregelt. 139 Terminologisch existiert eine Vielzahl von Begriffen, die das gleiche Rechtsinstitut beschreiben.³⁷² Die charakterisierenden Elemente der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft³⁷³ sind das Einzelklagerecht und die Notwendigkeit des einheitlichen Urteils für alle Streitgenossen.³⁷⁴ In nicht abschliessender Weise werden in dieser Dissertation einige Anwendungsfälle unter die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft subsumiert.³⁷⁵

Die Leistungsklagen werden in der Regel prozessstandschaftlich geltend gemacht. 140 Sie wirken grundsätzlich *inter partes*, die Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsträger erfolgt aufgrund der Prozessstandschaft.³⁷⁶ Bei Gestaltungsklagen hängt die Rechtskrafterstreckung vom materiellen Recht ab. Zumindest geschützte Beschlussanfechtungsklagen wirken *erga omnes*; bei einer Abweisung wirkt die Rechtskrafterstreckung indes *inter partes*.³⁷⁷ Zweck der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft ist nach vorliegender Ansicht unter anderem die erleichterte Rechtsdurchsetzung im Rahmen des Individualschutzes.³⁷⁸ Auch die persönliche Betroffenheit bzw. Interessenkonflikte wie bei gewissen Statusklagen oder

³⁶⁸ Rz. 56ff.

³⁶⁹ Rz. 66.

³⁷⁰ Rz. 73 ff.

³⁷¹ Rz. 76.

³⁷² Rz. 82 ff.

³⁷³ Vgl. Rz. 13 zum Begriff.

³⁷⁴ Rz. 85 ff.

³⁷⁵ Rz. 93 ff.

³⁷⁶ Rz. 110.

³⁷⁷ Rz. 108 ff.

³⁷⁸ Rz. 114.

bei der Kündigung der Familienwohnung können das Einzelklagerecht und damit die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft rechtfertigen.³⁷⁹

- 141 Mit der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner seine Verfügungsbefugnis und seine Prozessführungsbefugnis bezüglich des in die Konkursmasse fallenden Vermögens.³⁸⁰ Juristische Personen werden liquidiert.³⁸¹ Nach vorliegender Ansicht bleibt die Rechtsträgerschaft auch nach der Konkurseröffnung beim Gemeinschuldner.³⁸²
- 142 Die Abtretung nach Art. 260 SchKG kann nur erfolgen, wenn als Mindestvoraussetzung das summarische oder das ordentliche Konkursverfahren durchgeführt wird.³⁸³ Abtretungsgläubiger können bei Verzicht der Gläubigergesamtheit in einem Admassierungs- oder Aussonderungsverfahren auftreten.³⁸⁴ Bei der Erstellung der definitiven Verteilungsliste muss nur auf den von den Abtretungsgläubigern geführten Prozess Rücksicht genommen werden, wenn der zu erwartende Erlös voraussichtlich teilweise der Masse zufällt.³⁸⁵ Ist kein Überschuss für die Masse abschbar, kann das Konkursverfahren trotz des laufenden Prozesses geschlossen werden.³⁸⁶ Wird nach Konkurschluss ein dem Gemeinschuldner zustehender Anspruch gefunden, kann dieser im Rahmen eines Nachkonkurses an die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG abgetreten werden.³⁸⁷

³⁷⁹ Rz. 116.

³⁸⁰ Rz. 119 ff.

³⁸¹ Rz. 119.

³⁸² Rz. 121 ff.

³⁸³ Rz. 128.

³⁸⁴ Rz. 131 ff.

³⁸⁵ Rz. 134.

³⁸⁶ Rz. 135.

³⁸⁷ Rz. 136.

Teil 3:

Art. 260 SchKG im Besonderen

Teil 3 enthält Ausführungen zur Abtretung nach Art. 260 Abs. 1 SchKG, zur Erlös- 143
verteilung nach Art. 260 Abs. 2 SchKG und zur Abgrenzung von Art. 260 SchKG
zu verwandten Rechtsinstituten. Hinsichtlich der Abtretung wird einleitend auf die
Einordnung der Abtretung im Rahmen des Konkursverfahrens und auf die Rechts-
natur der Abtretungsverfügung eingegangen.³⁸⁸ Anschliessend wird dargelegt,
was die Abtretungsvoraussetzungen sind.³⁸⁹ Durch ihre Erfüllung ergibt sich die
personelle Zusammensetzung der Abtretungsgläubiger und damit der uneigentli-
chen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG. Die Abtretungsgläubiger
sind an die in der Abtretungsverfügung enthaltenen Bedingungen gebunden, wes-
halb auch auf diese eingegangen wird.³⁹⁰ Nach der Darlegung der Rechtsfolgen
der Abtretungsverfügung³⁹¹ werden Möglichkeiten diskutiert, die zum Wegfall
der Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger führen können.³⁹² Bei der
Erlösverteilung wird auf den Kreis der erlösberechtigten Abtretungsgläubiger, den
Ablauf der Verteilung und die Anreizstruktur der Abtretungsgläubiger eingegan-
gen.³⁹³ Teil 3 schliesst mit der Abgrenzung des Art. 260 SchKG von verwandten
Rechtsinstituten.³⁹⁴

³⁸⁸ Rz. 144 f. und Rz. 146 ff.

³⁸⁹ Rz. 152 ff.

³⁹⁰ Rz. 167 ff.

³⁹¹ Rz. 177 f.

³⁹² Rz. 179 ff.

³⁹³ Rz. 190 ff.

³⁹⁴ Rz. 201 ff.

A. Abtretung

I. Einordnung im Konkursverfahren

- 144 Die Abtretung nach Art. 260 SchKG ist eine Verwertungsart.³⁹⁵ Die Durchsetzung umstrittener Ansprüche durch die Konkursverwaltung kann hohe Prozesskosten nach sich ziehen.³⁹⁶ Solche sind Masseschulden,³⁹⁷ weshalb die Dividende der Konkursgläubiger in ihrer Substanz gefährdet ist.³⁹⁸ Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, dass die Konkursgläubiger, die letztlich finanziell betroffen sind, selbst entscheiden dürfen, ob die Konkursverwaltung einen umstrittenen Anspruch verfolgen soll oder nicht.³⁹⁹
- 145 Entscheiden sich die Konkursgläubiger gegen eine Anspruchsverfolgung der Masse, muss der Anspruch verwertet werden. Eine Versteigerung des umstrittenen Anspruchs würde nur einen geringen Erlös generieren.⁴⁰⁰ Art. 260 SchKG verhindert dies, indem durch die Abtretung die Chancen und Risiken, die bei der Anspruchsdurchsetzung bestehen, auf die Abtretungsgläubiger verschoben werden.⁴⁰¹ Aufgrund der prozessstandschaftlichen Prozessführung der Abtretungsgläubiger kommen sie bei Unterliegen selbst für die Prozesskosten auf; gleichzeitig wird ihre Konkursforderung im Fall des Obsiegens privilegiert durch den Erlös gedeckt (Art. 260 Abs. 2 Satz 1 SchKG).⁴⁰² Als positiver Nebeneffekt fliesst

³⁹⁵ LORANDI, Kettenabtretung, S. 306; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 2; AMONN/WALTHER, § 47 N 14. Für die ausführliche Entstehungsgeschichte der Norm vgl. GÖTZINGER, S. 497 ff.

³⁹⁶ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 1; SCHLAEPFER, S. 64; BÖCKLI, § 16 Rz. 184.

³⁹⁷ BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ, Art. 262 N 12.

³⁹⁸ FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 18.

³⁹⁹ SCHLAEPFER, S. 64; BSK SchKG II-BÜRGI, Art. 253 N 8; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 28.

⁴⁰⁰ FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 45, sprechen von «für alle Teile gleich unerwünschte[r] Versteigerung einer bestrittenen Forderung»; auch GÖTZINGER, S. 504, hält unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte von Art. 260 SchKG fest: «Aber auch die Ratio der Bestimmung spricht für diese Lösung. Gerade die Verschleuderung eines Massaaanspruches um minimales Entgelt an einen beliebigen Gantkäufer soll vermieden werden.»; SCHLAEPFER, S. 65.

⁴⁰¹ BGE 146 III 441, E. 2.5.2.

⁴⁰² SUTTER-SOMM/SEILER, Ungültigkeitsklage, S. 209 analog für Art. 131 Abs. 2 SchKG.

ein Überschuss aus der Verwertung in die Masse (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG), was die übrigen Konkursgläubiger besserstellt.⁴⁰³

II. Rechtsnatur

Der Abtretung nach Art. 260 Abs. 1 SchKG wird in der Lehre⁴⁰⁴ und der Rechtsprechung⁴⁰⁵ gemeinhin die Rechtsnatur als betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis* zugesprochen.⁴⁰⁶ Die Abtretung wird damit keinem bestehenden Rechtsinstitut in Gänze zugeordnet, denn *sui generis* bedeutet eine eigene Art bzw. Gattung.⁴⁰⁷ Sie wird in die Nähe der folgenden drei Rechtsinstitute gerückt. 146

1. Zession

In seiner Rechtsprechung qualifiziert das Bundesgericht die Abtretung teilweise als der Zession ähnlich,⁴⁰⁸ nicht aber als Zession selbst.⁴⁰⁹ Die Regeln der Zession könnten nur dort übernommen werden, wo sie mit dem Zweck von Art. 260 SchKG vereinbar seien.⁴¹⁰ 147

Ähnlichkeit zur Zession besteht, weil die Abtretungsgläubiger den Prozess gegen den Drittschuldner in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr führen.⁴¹¹ Zudem ist die Prozessführungsbefugnis, die den Abtretungsgläubigern eingeräumt wird, zur Konkursforderung der Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 170 OR akzessorisch.⁴¹² Der Unterschied zwischen der Abtretung nach Art. 260 SchKG und der 148

⁴⁰³ Vgl. Rz. 199 f. hierzu.

⁴⁰⁴ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 3; LORANDI, Gläubiger, S. 281; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 1; MILANI, Koordination, S. 147.

⁴⁰⁵ BGer 4A_19/2020, E. 2.5.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.1; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer 5A_445/2018, E. 4.1.1; BGer 5A_879/2017, E. 3.1; BGE 113 III 135, E. 3a; BGE 109 III 27, E. 1a.

⁴⁰⁶ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1179.

⁴⁰⁷ CHK OR-HUGUENIN/PURTSCHERT, Vorb 184 ff./Innominatkontrakte N 2.

⁴⁰⁸ BGE 113 III 135, E. 3; BGE 109 III 27, E. 1a; BGE 105 III 135, E. 3.

⁴⁰⁹ BGer 5A_1044/2019, E. 3.1; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer 4A_5/2008, E. 1.4; BGE 49 III 122, E. 2; BGE 43 III 160, E. 1.

⁴¹⁰ BGE 93 III 59, E. 1a.

⁴¹¹ SCHLAEPFER, S. 43.

⁴¹² BGE 109 III 27, E. 1a.

Zession nach Art. 164 ff. OR besteht darin, dass bei der Zession der Rechtsanspruch materiell auf den Zessionar,⁴¹³ bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG hingegen nur das Prozessführungsrecht auf die Abtretungsgläubiger übergeht.⁴¹⁴ Dass Art. 260 SchKG von der «Abtretung» spricht und damit einen im Rahmen der Zession verwendeten Begriff enthält, ist eher unglücklich.⁴¹⁵

2. Auftrag

- 149 Das Bundesgericht äussert sich in diversen Entscheiden zur Einordnung von Art. 260 SchKG in die Nähe des Auftragsrechts.⁴¹⁶ Analog zu den Ausführungen zur Zession hat das Bundesgericht auch für das Auftragsrecht festgehalten, dass es im Verhältnis zu Art. 260 SchKG nur im Rahmen von dessen Sinn und Zweck Anwendung findet.⁴¹⁷ Der Inhalt des Auftrags ist die Prozessführung, was das Bundesgericht mittels der Begriffe des «Prozessmandats»⁴¹⁸ oder des «Inkassomandats»⁴¹⁹ verdeutlicht.
- 150 Dem Auftragsrecht entgegen steht die Tatsache, dass ein Konkursgläubiger die Abtretung von Gesetzes wegen verlangen kann⁴²⁰ und somit die Abtretung nicht den Grundsätzen des Vertragsschlusses unterliegt. Auch weitere Regeln des Auftragsrechts passen nicht, so beispielsweise das jederzeitige Kündigungsrecht,⁴²¹

⁴¹³ BGE 111 II 81, E. 3a; BGE 61 III 1, E. 2; BGE 49 III 122, E. 2; SCHLAEPFER, S. 42; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 1; AMONN/WALTHER, § 47 N 34.

⁴¹⁴ BGE 140 IV 155, E. 3.4.4 m.w.H.; BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGE 132 III 342, E. 2.2; BGE 121 III 488, E. 2b; SCHLAEPFER, S. 42 f.; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 1; LORANDI, Gläubiger, S. 282; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 15.

⁴¹⁵ GÖTZINGER, S. 507: «Darum hatte der Entwurf 1875 von einer Uebernahme [sic] streitiger Ansprüche im Namen der Masse gesprochen. Der Ausdruck Abtretung tauchte zehn Jahre später im Entwurf 1885 auf, ohne dass die Absicht einer prinzipiellen Abweichung irgendwie ersichtlich wäre.»

⁴¹⁶ BGer 5A_879/2017, E. 3.1; BGE 113 III 135, E. 3a; BGE 109 III 27, E. 1a; BGE 105 III 135, E. 3; BGE 93 III 59, E. 1a; BGE 84 III 40, S. 43; BGE 57 III 98, S. 99; so auch FLACHSMANN, S. 23 f., und WALDER, S. 69. Für eine eingehende Diskussion GÖTZINGER, S. 506 f.

⁴¹⁷ BGE 93 III 59, E. 1a; BGE 84 III 40, S. 43.

⁴¹⁸ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.1; BGE 109 III 27, E. 1a; BGE 57 III 98, S. 99; BGE 56 III 69, S. 70; SCHLAEPFER, S. 51.

⁴¹⁹ BGer 5A_879/2017, E. 3.1; BGer 4A_215/2009, E. 3.2.

⁴²⁰ Vgl. Rz. 167. BGE 55 III 63, S. 65.

⁴²¹ SCHLAEPFER, S. 52.

die Vergütung⁴²² oder die Regelung zum Auslagen- und Verwendungsersatz.⁴²³ Darüber hinaus wird die Übertragung des Prozessführungsrechts durch die auftragsrechtlichen Regeln nicht zufriedenstellend gelöst.⁴²⁴ Der Abtretungsgläubiger ist in seiner Entscheidung frei, einen Prozess zu führen.⁴²⁵ Die Wahlfreiheit lässt sich beim Auftrag obligatorisch einschränken, was für die Abtretungsgläubiger nicht möglich ist.

3. Prozessstandschaft

Das Bundesgericht führt hinsichtlich des Elements der Prozessstandschaft aus, 151 dass es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis* handle, «das als Prozessstandschaft bezeichnet werden» könne⁴²⁶ bzw. «auch als eine Form der Prozessstandschaft bezeichnet wird»⁴²⁷. Anschliessend hält der gleiche Textbaustein jeweils die der Prozessstandschaft zugeschriebenen Eigenschaften fest, also das Handeln des Abtretungsgläubigers im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, ohne selbst jedoch Rechtsträger zu sein.⁴²⁸ Bei genauer Betrachtung spricht das Bundesgericht nicht durchgehend von einer Prozessstandschaft, sondern teilweise auch davon, dass mittels Abtretung nach Art. 260 SchKG die Prozessführungsbefugnis übertragen werde.⁴²⁹ Das Bundesgericht meint damit aber dasselbe, denn es wird aus den Folgeausführungen jeweils ersichtlich, dass den beiden Begriffen die gleichen Eigenschaften zugrunde gelegt werden.⁴³⁰

⁴²² So bereits BGE 57 III 98, S. 100.

⁴²³ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 64.

⁴²⁴ BGE 57 III 98, S. 99 f.

⁴²⁵ SCHLAEPFER, S. 52.

⁴²⁶ BGer 5A_1044/2019, E. 3.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.1; BGer 5A_445/2018, E. 4.1.1; BGE 121 III 488, E. 2b.

⁴²⁷ BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGE 140 IV 155, E. 3.4.4.

⁴²⁸ BGer 5A_1044/2019, E. 3.1; BGE 140 IV 155, E. 3.4.4; BGer 4A_215/2009, E. 3.2.

⁴²⁹ BGer 4A_19/2020, E. 2.5.1; BGer 5A_722/2016, E. 3.4.2; BGE 139 III 391, E. 5.1; BGE 139 III 384, E. 2.2.2; BGE 138 III 628, E. 5.3.2: «Chaque créancier cessionnaire se voit transférer, à titre individuel, le droit d'agir (Prozessführungsrecht)»; BGer 4A_215/2009, E. 3.2.

⁴³⁰ Besonders deutlich wird dies bei BGE 139 III 391, E. 5.1, BGE 139 III 384, E. 2.2.2, und BGer 5A_879/2017, E. 3.1, welche die beiden Begriffe synonym verwenden.

III. Voraussetzungen

- 152 Die gültige Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG durch die Konkursverwaltung an die Abtretungsgläubiger hat die folgenden Voraussetzungen.

1. Laufendes Konkursverfahren

- 153 Damit eine Abtretung nach Art. 260 SchKG rechtswirksam erfolgt, muss sie während eines Konkursverfahrens verfügt werden.⁴³¹ Dies bedeutet, dass der Konkurs im Zeitpunkt der Abtretung nicht widerrufen, eingestellt oder abgeschlossen worden sein darf.⁴³²

2. Abtretbare Rechtsansprüche

- 154 Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG können «Rechtsansprüche» abgetreten werden. Der Ausdruck «Rechtsansprüche» täuscht darüber hinweg, dass die Abtretung nach Art. 260 SchKG die Prozessführungsbefugnis nicht nur über Aktiv-, sondern auch über Passivansprüche (d.h. Substratvermehrungs- und Substraterhaltungsbefugnisse)⁴³³ der Masse einräumt.⁴³⁴ Die Ansprüche müssen illiquide sein, sonst müssen sie von der Konkursmasse gemäss Art. 243 Abs. 1 SchKG eingezogen werden.⁴³⁵
- 155 Unter die Substratvermehrungsansprüche fallen der Masse zustehende dingliche oder obligatorische Ansprüche.⁴³⁶ Hierunter sind primär bestrittene Forderungen zu subsumieren.⁴³⁷ In der Praxis lassen sich Abtretungsgläubiger vielfach paulia-

⁴³¹ CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 7.

⁴³² BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.2; BGE 120 III 36, E. 3; BGE 102 III 78, E. 3; SCHLAEPFER, S. 94; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260 N 4; GILLIÉRON, Pour-suite, Rz. 2044; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 6; TSCHUMY, S. 39.

⁴³³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 14; Kuko SchKG-BÜRGI, Art. 260 N 3; LORANDI, Vergleich, S. 42.

⁴³⁴ OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260 N 13; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 36; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 14; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 10.

⁴³⁵ Kuko SchKG-BÜRGI, Art. 260 N 1; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 4; SCHLAEPFER, S. 79; LORANDI, Kettenabtretung, S. 306; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 24.

⁴³⁶ OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260 N 13; TSCHUMY, S. 36.

⁴³⁷ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 37 ff.

nische Ansprüche⁴³⁸ (Art. 285 ff. SchKG) oder Ansprüche aus der Verantwortlichkeit gegen die geschäftsführenden Organe (Art. 757 OR) des Gemeinschuldners abtreten.

3. Gläubigereigenschaften

Das vorliegende Kapitel dient der Darlegung, wer überhaupt uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG sein kann. Dabei wird einerseits auf die Gläubigereigenschaft kraft Kollokation eingegangen und andererseits auf die Kettenabtretung. Weitere Möglichkeiten, wie eine Person zum Abtretungsgläubiger werden kann, werden systematisch besser passend in Teil 5 besprochen.⁴³⁹ 156

3.1 Gläubiger kraft Kollokation

Das Recht, die Abtretung zu verlangen, hängt *ex lege* von der Gläubigereigenschaft kraft Kollokation ab.⁴⁴⁰ Ein Gläubiger kann sich den Anspruch abtreten lassen, solange seine kollozierte Forderung nicht rechtskräftig abgewiesen wurde.⁴⁴¹ Ist die Kollokation noch nicht rechtskräftig, erfolgt nur eine resolutiv bedingte Abtretung.⁴⁴² Sobald eine Konkursforderung rechtskräftig abgewiesen ist, fällt die bedingte Abtretung *eo ipso* dahin.⁴⁴³ 157

⁴³⁸ Diese sind von Gesetzes wegen den anderen Verwertungsmassnahmen wie Freihandverkauf oder Versteigerung entzogen (vgl. Art. 256 Abs. 4 SchKG); MILANI, Koordination, S. 145.

⁴³⁹ Vgl. Rz. 478 ff. hinsichtlich Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung und Rz. 486 ff. hinsichtlich der Zession der Konkursforderung.

⁴⁴⁰ BGE 145 III 101, E. 4.1.1.; BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.2.; BGE 138 III 628, E. 5.3.2.; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 15; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 15; GLASL, S. 157.

⁴⁴¹ BGE 145 III 101, E. 4.1.1.

⁴⁴² BGer 4A_465/2022, E. 3.4.3.; BGE 128 III 291, E. 4.; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 22; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 15.

⁴⁴³ BGer 4A_465/2022, E. 3.4.4.: Erstreitet ein resolutiv bedingt kollozierter Abtretungsgläubiger einen Prozessgewinn gegenüber dem Drittschuldner und wird seine Kollokation nachträglich abgewiesen, steht der Prozessgewinn der Konkursmasse zu; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 48; MILANI, Koordination, S. 148.

3.2 Zulässigkeit der Kettenabtretung



Die Abbildung ist an diejenige von LORANDI, Kettenabtretung, S. 305 angelehnt.

- 158 Die Kettenabtretung bedeutet, dass ein Abtretungsgläubiger 1 während des Konkursverfahrens über einen Gemeinschuldner selbst in Konkurs gerät und dass das Prozessführungsrecht, das dem Abtretungsgläubiger 1 übertragen wurde, nun durch «seine» Konkursverwaltung an seine Konkursgläubiger und damit an Abtretungsgläubiger 2 abgetreten wird.⁴⁴⁴ Für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist die Frage nach der Zulässigkeit der Kettenabtretung relevant, weil sich einerseits die Anzahl Streitgenossen ändern kann (beispielsweise erfolgt die Kettenabtretung von einem Abtretungsgläubiger 1 an mehrere Abtretungsgläubiger 2) und andererseits der Zeitpunkt des Eintritts der Abtretungsgläubiger 2 erst nach der Abtretung an den Abtretungsgläubiger 1 erfolgt. Deshalb ist es denkbar, dass ein Abtretungsgläubiger 2 in einen bereits hängigen Prozess gegen den Drittschuldner eintreten möchte.
- 159 Die Mehrheit der Lehre⁴⁴⁵ und auch die Rechtsprechung⁴⁴⁶ sprechen sich für die Zulässigkeit der Kettenabtretung aus. Kurz gefasst begründen das Bundesgericht und die Lehre die Zulässigkeit der Kettenabtretung damit, dass diese nicht gegen die Akzessorietät zwischen der Konkursforderung von Abtretungsgläubiger 1 und dem an ihn abgetretenen Prozessführungsrecht verstosse. Im Formular 7F stünde zwar, dass ein Abtretungsgläubiger das Prozessführungsrecht nur zusammen mit

⁴⁴⁴ Vgl. LORANDI, Kettenabtretung, S. 305.

⁴⁴⁵ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 34; AMONN/WALTER, § 47 Rz. 57; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 33; SCHLAEPFER, S. 106 f.; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 22; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 70 mit dem Hinweis, die Zulässigkeit der Kettenabtretung sei umstritten.

⁴⁴⁶ BGE 61 III 1, S. 1 ff.; HGer ZH HG180035, E. 4.1, wobei sich das Bundesgericht im dagegen erhobenen Beschwerdeentscheid BGer 4A_218/2020, E. 6, einer Beurteilung entzog, da es die Beschwerde aus anderen Gründen abwies.

seiner Konkursforderung übertragen dürfe und eine alleinige Übertragung des Prozessführungsrechts losgelöst von der Konkursforderung verboten sei. Die Kettenabtretung sei aber nicht unter dieses Verbot zu subsumieren, da die vollstreckungsrechtlichen Massnahmen nicht eingeschränkt würden. Das Bundesgericht verlangt jedoch zusätzlich, dass das Prozessführungsrecht des Abtretungsgläubigers 2 auf die Höhe der Konkursforderung von Abtretungsgläubiger 1 beschränkt werde.⁴⁴⁷ Dies ist auch die Meinung des Handelsgerichts Zürich⁴⁴⁸ und von HÄUPTLI.⁴⁴⁹

LORANDI spricht sich gegen die Zulässigkeit der Kettenabtretung aus. Er argumentiert in der Hauptsache, das Prozessführungsrecht sei zur kollozierten Forderung akzessorisch und die Kettenabtretung widerspreche dem Wesen der Abtretung nach Art. 260 SchKG.⁴⁵⁰ Auch komme der Zweitmasse bzw. deren Abtretungsgläubiger eigentlich gerade keine «Vorzugsdeckung» zu, womit die Vorabdeckung der Forderung vor den restlichen Gläubigern gemeint ist.⁴⁵¹ LORANDI führt noch diverse weitere dogmatische und praktische Gründe für die Unzulässigkeit der Kettenabtretung an.⁴⁵² 160

Nach vorliegender Ansicht ist die Meinung von LORANDI aus dogmatischer Sicht schlüssiger: Die Prozessführungsbefugnis ist akzessorisch zur Konkursforderung.⁴⁵³ Eine Übertragung der Prozessführungsbefugnis eines konkursiten Abtretungsgläubigers ohne zeitgleiche Übertragung seiner Konkursforderung ist nicht möglich. Ansonsten wird das Prinzip der Akzessorietät des Nebenrechts verletzt. 161

Ein weiterer Grund, weshalb die Kettenabtretung unzulässig ist, ergibt sich aus der Einräumung der Prozessführungsbefugnis als Rechtsfolge der Abtretung nach Art. 260 SchKG. Die Rechtsprechung fordert, dass zur Vermeidung einer Substratverschiebung von der Erst- in die Zweitmasse der Abtretungsgläubiger 2 im 162

⁴⁴⁷ BGE 61 III 1, S. 4: «Natürlich gehen die Rechte der neuen Abtretungsgläubiger [Abtretungsgläubiger 2] nicht weiter als Hardegger [Abtretungsgläubiger 1] selbst sie hätte ausüben können. [...] Die neuen Abtretungsgläubiger haben also nur im Rahmen der Forderung Hardeggers Anspruch auf den allfälligen Prozessgewinn.»

⁴⁴⁸ HGer ZH HG180035, E. 4.3: «Selbstverständlich kann von den Abtretungsgläubigern [Abtretungsgläubiger 2] der Konkursmasse C. insgesamt nicht ein höherer Betrag geltend gemacht werden, als die Konkursmasse C. [Abtretungsgläubiger 1] für ihre eigene Konkursforderung geltend machen könnte.»

⁴⁴⁹ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 34.

⁴⁵⁰ LORANDI, Kettenabtretung, S. 306 f.

⁴⁵¹ LORANDI, Kettenabtretung, S. 306.

⁴⁵² LORANDI, Kettenabtretung, S. 305 ff.; LORANDI, Abtretung, S. 70 ff.

⁴⁵³ Vgl. Rz. 170.

Prozess gegen den Drittschuldner nur bis zur Höhe der kollozierten Forderung des Abtretungsgläubigers 1 klagen darf. Dies sei «selbstverständlich»⁴⁵⁴ bzw. «natürlich»⁴⁵⁵. Diese Beschränkung der Prozessführungsbefugnis kollidiert mit den üblichen Rechtsfolgen der Prozessstandschaft, nämlich der Einräumung der (vollen) Prozessführungsbefugnis an den Prozessstandschafter.⁴⁵⁶ Nur in Fällen, in welchen die rechtliche Grundlage der Prozessstandschaft eine Einschränkung vorsieht, wird auch das Prozessführungsrecht beschnitten.⁴⁵⁷ Dies ist für Art. 260 SchKG aber gemäss klarem Wortlaut des Bundesgerichts nicht vorgesehen.⁴⁵⁸ Es ist dann auch nicht verständlich, wieso die gleiche Norm für (fast) den gleichen Sachverhalt zu einer unterschiedlichen Rechtsfolge hinsichtlich der Beschränkung der Prozessführungsbefugnis führen soll.

3.3 Ausnahmen

- 163 Keine Abtretung erfolgt an einen Konkursgläubiger, der zugleich Anspruchsgegner des abgetretenen Rechtsanspruchs ist.⁴⁵⁹ Ein solcher Abtretungsgläubiger steht in einem Interessenkonflikt.⁴⁶⁰ Ihm ist es auch verwehrt, die Prozessführungsbefugnis indirekt zu erwerben, beispielsweise als Zessionar der Konkursforderung eines Abtretungsgläubigers.⁴⁶¹ Die direkte oder die indirekte Abtretung an den Anspruchsgegner ist nichtig (Art. 22 SchKG).⁴⁶² Für die Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG an eine dem Anspruchsgegner nahestehende Person muss das Gleiche gelten, wobei hierüber aber das Sachgericht zu befinden hat.⁴⁶³

⁴⁵⁴ HGer ZH HG180035, E. 4.3.

⁴⁵⁵ BGE 61 III 1, S. 4.

⁴⁵⁶ Vgl. Rz. 177; BGE 49 III 122, S. 124; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 446.

⁴⁵⁷ Rz. 24. Die Befugnisse des Willensvollstreckers ergeben sich beispielsweise aus Art. 518 ZGB.

⁴⁵⁸ BGE 49 III 122, S. 124; BGE 43 III 160, S. 164.

⁴⁵⁹ BGE 145 III 101, E. 4.2.2.1; BGer 7B.18/2006, E. 3.2; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 33.

⁴⁶⁰ BGE 113 III 135, E. 3b; BGE 107 III 93, E. 2; HGer ZH HG120129, E. 5.4; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 24.

⁴⁶¹ BGE 145 III 101, E. 4.2.2.1; BGer 7B.18/2006, E. 3.2.

⁴⁶² BGer 7B.18/2006, E. 3.1; BGE 113 III 135, E. 3a.

⁴⁶³ Vgl. Rz. 184 ff. weitergehend; KGer BL 420 18 218, E. 6; RBOG 2011 Nr. 19, E. 2a. dd; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 24.

4. Verzichtsbeschluss der Gläubigergesamtheit

4.1 Notwendigkeit eines Verzichtsbeschlusses

Als weitere Voraussetzung der Abtretung muss die «Gesamtheit der Gläubiger» 164 gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG vorgängig auf die Geltendmachung des abzutretenden Anspruchs verzichten.⁴⁶⁴ Der Verzicht wirkt lediglich konkursintern.⁴⁶⁵ Der Verzichtsbeschluss muss unter Einbezug aller Gläubiger gefasst werden.⁴⁶⁶ Wird ein Gläubiger nicht angehört, kann er während des ganzen Konkursverfahrens verlangen, dass seine Äusserungsmöglichkeit nachträglich eingeräumt wird.⁴⁶⁷ Der Verzicht muss nicht ausdrücklich erfolgen. Stillschweigen wird somit als Zustimmung gewertet.⁴⁶⁸

4.2 Modalitäten des Verzichtsbeschlusses

Die Modalitäten der Beschlussfassung sind je nach Verfahrensart unterschiedlich. 165 Im ordentlichen Konkursverfahren wird der Verzichtsscheid je nach Konstellation von der ersten,⁴⁶⁹ der zweiten (Art. 253 Abs. 2 SchKG)⁴⁷⁰ oder von einer besonderen Gläubigerversammlung (Art. 48 Abs. 2 KOV)⁴⁷¹ getroffen. Bei einer nicht beschlussfähigen Gläubigerversammlung⁴⁷² oder in dringenden Fällen entscheiden die Konkursgläubiger auf dem Zirkularweg.⁴⁷³ Ergänzend zum Zirku-

⁴⁶⁴ BGE 136 III 533, E. 4.1; MILANI, Koordination, S. 147; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 16; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 12; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 24; TSCHUMY, S. 38.

⁴⁶⁵ CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 12.

⁴⁶⁶ BGE 102 III 78, E. 3b; TSCHUMY, S. 38.

⁴⁶⁷ BGE 120 III 36, E. 3.

⁴⁶⁸ BGE 136 III 533, E. 4.3; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 13.

⁴⁶⁹ Der Verzicht der ersten Gläubigerversammlung ist ein Ausnahmefall. Er kommt dann in Betracht, wenn ein Verzichtsbeschluss dringlich ist, insbesondere bei drohendem Fristenablauf im Zusammenhang mit Verfahren (vgl. exemplarisch BGE 138 III 219, Sachverhalt).

⁴⁷⁰ TSCHUMY, S. 39.

⁴⁷¹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 36. Dies ist ein Ausnahmefall und dann einschlägig, wenn sich die Erledigung von Eigentumsansprüchen vor der zweiten Gläubigerversammlung aufdrängt – beispielsweise wegen hoher Aufbewahrungskosten, der raschen Wertverminderung oder der besonderen Wichtigkeit des Entscheids (KOV Komm.-BOMMER, Art. 48 N 3).

⁴⁷² BGE 120 III 36, E. 3.

⁴⁷³ BGE 136 III 533, E. 4.1; BGE 134 III 75, E. 2.3.

lar kann der Verzichtsantrag publiziert werden (Art. 255a Abs. 2 SchKG).⁴⁷⁴ Im summarischen Konkursverfahren entscheiden die Gläubiger in der Regel ebenfalls mittels Zirkularbeschluss über den Verzicht der Geltendmachung des strittigen Anspruchs.⁴⁷⁵ Sind nicht alle Gläubiger bekannt, kann die Aufforderung zur Stellungnahme auch mittels Publikation erfolgen.⁴⁷⁶ Der Verzichtsbeschluss erfordert die Stimmenmehrheit, wobei Stillschweigen als Zustimmung zum Antrag der Konkursverwaltung gilt.⁴⁷⁷

5. Abtretungsbegehren

166 Nach dem Verzichtsbeschluss muss als weitere Voraussetzung das Abtretungsbegehren von einem oder mehreren Konkursgläubigern gestellt werden.⁴⁷⁸ Das Begehren ist innert der von der Konkursverwaltung angesetzten Frist zu stellen.⁴⁷⁹ Die Konkursverwaltung weist im Rahmen des ordentlichen Konkursverfahrens in der Einladung für die Gläubigerversammlung darauf hin, dass das Abtretungsbegehren im Fall eines Verzichtsbeschlusses an der Gläubigerversammlung oder spätestens zehn Tage danach gestellt werden muss (Art. 48 Abs. 1 KOV).⁴⁸⁰ Für das summarische Konkursverfahren findet sich keine Regelung bzgl. einer Frist zur Abtretung. Üblicherweise wird eine Frist von 10–20 Tagen nach Zustellung des Zirkularschreibens angesetzt.⁴⁸¹

⁴⁷⁴ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 16.

⁴⁷⁵ BGer 5A_950/2016, E. 3.1; BGer 5A_347/2007, E. 2.3; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 16; LORANDI, Zirkularbeschlüsse, S. 32; LORANDI, Vergleich, S. 43; TSCHUMY, S. 39. Grundsätzlich finden in summarischen Konkursverfahren keine Gläubigerversammlungen statt, die Beschlüsse werden in der Regel über den Zirkularweg getroffen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).

⁴⁷⁶ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 16; LORANDI, Zirkularbeschlüsse, S. 35; AB GE DCSO/278/2018, E. 2.1.

⁴⁷⁷ BGE 136 III 534, E. 4.3; ausführlich BGE 75 III 14, E. 2.

⁴⁷⁸ BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.2; FRITZSCHE/WALDER, Bd. I, § 21 Rz. 29; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 13; MILANI, Koordination, S. 147; TSCHUMY, S. 40. Das Abtretungsbegehren ist gemäss BGE 113 III 135, E. 3a, kein Gestaltungsrecht.

⁴⁷⁹ BGE 134 III 75, E. 2.2; TSCHUMY, S. 40; MILANI, Koordination, S. 147.

⁴⁸⁰ BGE 134 III 75, E. 2.2; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 26; KOV Komm.-BOMMER, Art. 48 N 2. Die Fristansetzung von 10 Tagen ist eine Mindestfrist (BGer 5A_950/2016, E. 3.1). In der Praxis wurden bereits längere Fristen angesetzt, so beispielsweise 20 Tage (BGE 136 III 636, Sachverhalt).

⁴⁸¹ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 26; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 50, spricht von zehn bis zwanzig Tagen.

IV. Abtretungsverfügung

Sind die Voraussetzungen gemäss des Vorkapitels erfüllt, kommt den die Voraussetzungen erfüllenden Konkursgläubigern ein Rechtsanspruch auf die Abtretung zu.⁴⁸² Diese ergeht in der Form einer formellen Verfügung mittels Formular 7K (Art. 80 Abs. 1 KOV)⁴⁸³ bzw. eines von der Konkursverwaltung erstellten Formulars mit gleichem Inhalt (Art. 2 Abs. 2 VFRR).⁴⁸⁴ Die Abtretungsverfügung muss grundsätzlich vor dem Schluss des Konkursverfahrens erfolgen.⁴⁸⁵ 167

1. Inhalt

Die Abtretungsverfügung enthält die Angabe der Abtretungsgläubiger mit Namen oder Firma.⁴⁸⁶ Üblicherweise wird auch die Höhe der kollozierten Forderung mit-angegeben.⁴⁸⁷ Ist diese strittig, wird ein *pro memoria*-Vermerk angebracht.⁴⁸⁸ 168

2. Darlegung gewisser zwingender Bedingungen

Das *Formular 7K* enthält sieben Bedingungen, die zwingender Natur sind.⁴⁸⁹ Es werden nachgehend diejenigen Bedingungen erläutert, die für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG relevant sind. 169

Bedingung 1 sieht vor, dass die Abtretung der Prozessführungsrechte an Dritte nur mit der zugelassenen Konkursforderung zulässig ist. Die Prozessführungsbefugnis aus Art. 260 SchKG ist ein akzessorisches Nebenrecht i.S.v. Art. 170 OR zur Kollokationsforderung.⁴⁹⁰ Entsprechend geht die Prozessführungsbefugnis bei 170

⁴⁸² BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.2; BGE 113 III 135, E. 3b; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 52.

⁴⁸³ MILANI, Koordination, S. 148; LORANDI, Vergleich, S. 43; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 24; AMONN/WALTHER, § 47 N 51.

⁴⁸⁴ AB GE DCSO/333/2022, E. 2.1.1; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 54 m.w.H.

⁴⁸⁵ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 53. Gemäss BGE 127 III 526, E. 3, darf die Konkursverwaltung bei versehentlichem Konkurschluss die Abtretungsverfügung auch danach noch erlassen.

⁴⁸⁶ MILANI, Koordination, S. 148.

⁴⁸⁷ MILANI, Koordination, S. 148.

⁴⁸⁸ MILANI, Koordination, S. 148.

⁴⁸⁹ MILANI, Koordination, S. 148; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 24.

⁴⁹⁰ Rz. 148; BGE 58 III 94, E. 4; BGE 57 III 98, S. 99.

einer Zession, einer Subrogation oder einer sonstigen Form der Rechtsnachfolge auf einen Dritten über und kann in der Folge von diesem geltend gemacht werden.

- 171 *Bedingung 3* hält fest, dass die Abtretungsgläubiger das Ergebnis aus der Geltendmachung des Anspruchs zurückbehalten können und dass sie der Masse nur einen Überschuss abliefern müssen. Dies ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbar, wonach den Abtretungsgläubigern das Recht zusteht, den Prozesserlös an sich zu verlangen.⁴⁹¹
- 172 Die *Bedingung 5* besagt, dass mehrere Abtretungsgläubiger in einem Verfahren als «Streitgenossen» aufzutreten haben und die Konkursverwaltung eine Verteilungsliste hinsichtlich des eingegangenen Erlöses zu erstellen hat. Auffallend ist, dass *Bedingung 5* die Streitgenossenschaft nicht weiter qualifiziert.
- 173 Gemäss *Bedingung 6* kann die Konkursverwaltung den Widerruf der Abtretungsverfügungen aussprechen, wenn die Abtretungsgläubiger nicht innert einer von ihr angesetzten Frist den Prozess hängig machen.⁴⁹² Die Frist kann erstreckt werden.⁴⁹³ Der Ablauf der Frist hat nicht die Wirkung, dass die Abtretungsverfügungen dahinfallen würden.⁴⁹⁴ Hierzu muss die Konkursverwaltung erst eine Widerrufsverfügung erlassen.⁴⁹⁵
- 174 *Bedingung 7* sieht vor, dass Abtretungsgläubiger der Masse für die schuldhafteste Prozessführung haftbar sind. Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass eine Haftung dann zu bejahen ist, wenn die Masse schlechter gestellt wird, als wenn keine Abtretung stattgefunden hätte.⁴⁹⁶ Das Bundesgericht kommt bei genauer Betrachtung seiner Erwägungen zu diesem Schluss, weil eine ältere Literaturmeinung forderte, dass das Höchstmass des Anspruchs durchgesetzt werden müs-

⁴⁹¹ Rz. 326.

⁴⁹² Eine Pflicht zur Fristansetzung besteht nicht (BGE 65 III 61, S. 63; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 81; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 50). Die Konkursverwaltung kann die Frist sogleich in die Abtretungsverfügung integrieren (vgl. KGer VS C1 22 32, *Faits et procédure B*).

⁴⁹³ BGer 5A_483/2012, E. 5.3.3 ff.; BGer 5A_107/2012, E. 4.5; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 85; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 50.

⁴⁹⁴ BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGer 5C.54/2007, E. 2.3.1; BGE 64 III 107, E. 1; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 69; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 86.

⁴⁹⁵ BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 86.

⁴⁹⁶ BGE 102 III 29, S. 30 f.

se.⁴⁹⁷ Dass die Abtretungsgläubiger gerade nicht gehalten sind, den vollständigen Anspruch zu verfolgen, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass die übrigen Gläubiger mangels Abtretungsbegehren auf die Anspruchsdurchsetzung verzichtet haben und somit ihr Desinteresse an der Forderung bekundeten.⁴⁹⁸ Die Abtretungsgläubiger müssen frei bleiben, wie und in welcher Höhe sie den Anspruch durchsetzen möchten.⁴⁹⁹

3. Weitere Bedingungen

Konkursverwaltungen dürfen neben den zwingenden auch weitere Bedingungen in die Abtretungsverfügung aufnehmen.⁵⁰⁰ Die Diskussion um weitere Bedingungen wird dabei in der Lehre primär zur Frage des Genehmigungsvorbehalts eines Vergleichs durch die Konkursverwaltung geführt.⁵⁰¹

Für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen können weitere Bedingungen relevant sein, denn der Konkursverwaltung wird damit die Möglichkeit ein-

⁴⁹⁷ BGE 102 III 29, S. 30 f. mit Verweis auf FLACHSMANN, S. 16 ff. Dieser legt an genannter Stelle der Abtretung ein Mandatsverhältnis zugrunde, weshalb er die sorgfältige Prozessführung nach Art. 394 Abs. 1 OR einschlägig erachtet. Vgl. Rz. 146 ff., wonach die Rechtsnatur der Abtretung *sui generis* ist und nicht alleinig unter das Auftragsrecht fällt.

⁴⁹⁸ BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 59 mit dem Hinweis, dass die übrigen Pfändungsgläubiger das Risiko in Kauf nähmen, dass nichts aus der Verwertung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG herauschaue.

⁴⁹⁹ OGer ZH LB190031, E. II.3; AMONN/WALTHER, § 27 Rz. 57; GILLIÉRON, Poursuite, Rz. 2059; CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 40; Kuko SchKG-BÜRGI, Art. 260 N 17: Eine Schädigung der Masse ist indes denkbar, wenn die Abtretungsgläubiger den Anspruch verjähren lassen und damit der Masse die Möglichkeit der Verwertung nach Art. 260 Abs. 3 SchKG genommen wird.

⁵⁰⁰ Vgl. BGer 5A_16/2023, E. 6.2: Die Konkursverwaltung darf die Bedingung ins Formular 7K integrieren, dass ein Abtretungsgläubiger zum Erhalt der Abtretungsverfügung den Kostenvorschuss, den der Gemeinschuldner in einem vor der Konkursöffnung gegenüber dem Drittschuldner geführten Prozess bereits geleistet hat, an die Konkursmasse abliefern muss. Vgl. MILANI, Koordination, S. 148, zu Bedingungen generell.

⁵⁰¹ Die Zulässigkeit des Zustimmungsvorbehalts durch die Konkursverwaltung bejahend JENNY, Rz. 398; REITER, S. 198; SCHLAEPFER, S. 148 f. A.A. BGE 102 III 29, S. 30 f.; GRIEDER, Rz. 530; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 204 Fn. 42.

geräumt, bereits mit der Abtretungsverfügung koordinierende Massnahmen zu begründen.⁵⁰²

V. Rechtsfolge des Erlasses der Abtretungsverfügung

- 177 Wird eine Abtretungsverfügung durch die Konkursverwaltung erlassen, hat dies zweierlei Rechtswirkungen. Auf der einen Seite verliert die Konkursverwaltung ihre Befugnis, das dem Rechtsträger zustehende Recht geltend zu machen.⁵⁰³ Der Gemeinschuldner ist nach wie vor Rechtsträger des Anspruchs.⁵⁰⁴ Auf der anderen Seite wird den Abtretungsgläubigern die Prozessführungsbefugnis eingeräumt.⁵⁰⁵ Die Prozessführungsbefugnis erlaubt ihnen, alle Handlungen vorzunehmen, die auch dem Gemeinschuldner als Rechtsträger zustehen.⁵⁰⁶ So können die Abtretungsgläubiger verschiedene Prozesse anheben, wie beispielsweise einen Prozess in der Sache oder die Einleitung eines Rechtsöffnungsverfahrens.⁵⁰⁷ Sie haben ebenfalls die Befugnis, den Anspruch mittels eines gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleichs durchzusetzen.⁵⁰⁸ Auch das Gesuch um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung kann von den Abtretungsgläubigern gestellt werden.⁵⁰⁹ Ist ein Sachentscheid ergangen, können die Abtretungsgläubiger diesen auch vollstrecken.⁵¹⁰ Gemäss nicht unumstrittener bundesgerichtlicher Rechtspre-

⁵⁰² MILANI, Koordination, S. 151.

⁵⁰³ BGer 7B.18/2006, E. 4.3.2 m.w.H.; BGE 115 III 76, E. 2; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 54; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 67.

⁵⁰⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 67.

⁵⁰⁵ Rz. 151; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 34; SCHLAEPFER, S. 103; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 195; LORANDI, Abtretung, S. 66; DAETWYLER/STALDER, S. 158.

⁵⁰⁶ OGer ZG BZ 2022 15, E. 4: «Dies bedeutet, dass der Abtretungsgläubiger als Prozessstandschafter grundsätzlich sämtliche Rechte der Konkursmasse im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend machen kann.»; JAKOB, Rz. 23 m.w.H.

⁵⁰⁷ BGE 144 III 552, E. 4.2; BGE 93 III 48, E. 1; RBOG 2012 Nr. 18, E. 3a; STÜCHELI, S. 179.

⁵⁰⁸ BGE 138 III 628, E. 5.3.2; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 50; LORANDI, Löschung, S. 729; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 42.

⁵⁰⁹ OGer ZG BZ 2022 15, E. 4; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, Art. 190 N 19.

⁵¹⁰ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 414.

chung kommt den Abtretungsgläubigern bzgl. der adhäsionsweisen Zivilklage keine Prozessführungsbefugnis zu.⁵¹¹

Führt man die in diesem Kapitel dargelegten Rechtsfolgen mit den Wirkungen des Konkurses zusammen, zeichnet sich folgendes Bild: Der Gemeinschuldner ist Rechtsträger und wird von den Abtretungsgläubigern prozessstandschaftlich vertreten. Die Gegenpartei, d.h. der Drittschuldner, ergibt sich aus dem materiellen Rechtsverhältnis. Mehrere Abtretungsgläubiger zeichnen sich dadurch aus, dass jedem eine nebeneinander bestehende Prozessführungsbefugnis zukommt.⁵¹² 178

VI. Wegfall der Prozessführungsbefugnis

Im Folgenden wird untersucht, wann die Prozessführungsbefugnis eines Abtretungsgläubigers dahinfällt. Die Auseinandersetzung mit den möglichen Wegfallgründen ist relevant, weil die personelle Zusammensetzung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG davon abhängt. 179

1. Verzicht auf Konkursforderung, bedingte Abtretung und Widerruf des Konkurses

Der Verzicht auf die Konkursforderung führt *eo ipso* dazu, dass die Prozessführungsbefugnis dahinfällt.⁵¹³ Dies ergibt sich daraus, dass die Prozessführungsbefugnis akzessorisch zur Konkursforderung ist.⁵¹⁴ Das Gleiche gilt, wenn eine bedingte Abtretung basierend auf einer noch nicht rechtskräftig kollozierten Konkursforderung verlangt wurde⁵¹⁵ und die Konkursforderung im Nachgang rechts- 180

⁵¹¹ BGer 4A_496/2018, E. 3; BGE 140 IV 155, E. 3.4; PERRIER DEPEURSINGE, S. 107. A.A. KGer FR 501 2018 211, E. 4.2; KGer BL 460 12 164, E. 1.2.2. Vgl. SCHAFFNER, S. 100, für eine weitergehende Übersicht zum Meinungsstand.

⁵¹² Rz. 23. BÖCKLI, § 16 Rz. 186.

⁵¹³ BGE 113 III 20, E. 3; BGE 109 III 27, E. 1c; SCHLAEPFER, S. 90 f.; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 32.

⁵¹⁴ BGE 109 III 27, E. 1c.

⁵¹⁵ Vgl. Rz. 157; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 23.

kräftig abgewiesen wird.⁵¹⁶ Auch der Widerruf des Konkurses (Art. 195 f. SchKG) führt zum Dahinfallen der Prozessführungsbefugnis.⁵¹⁷

2. Erfüllung der Konkursforderung

- 181 Wird die Konkursforderung eines Abtretungsgläubigers befriedigt, bleibt die Abtretung bestehen. Dies gilt einerseits für die Befriedigung durch die provisorische Verteilung im Konkursverfahren;⁵¹⁸ andererseits auch für die Begleichung der Konkursforderung eines Abtretungsgläubigers durch einen anderen.⁵¹⁹ Der Grund dafür liegt darin, dass die Regeln der Intervention nach Art. 68 OR nicht auf das Konkursverfahren übertragen werden können.⁵²⁰ Das Rechtsschutzinteresse eines Konkursgläubigers erschöpft sich nicht einzig in der Befriedigung seiner Konkursforderung, sondern geht darüber hinaus.⁵²¹

3. Erfüllung des Anspruchs des Gemeinschuldners

- 182 Wird der Anspruch des Gemeinschuldners erfüllt, gilt es zu differenzieren. Haben die Abtretungsgläubiger noch keine Schritte zur Anspruchsdurchsetzung unternommen und erfüllt der Drittschuldner den Anspruch des Gemeinschuldners, wird die an die Konkursgläubiger erlassene Abtretungsverfügung durch die Konkursverwaltung widerrufen.⁵²² Haben die Abtretungsgläubiger hingegen bereits Schritte eingeleitet, die *kausal* für die Anspruchserfüllung waren, wird der Erlös nach Art. 260 Abs. 2 SchKG verteilt.⁵²³

⁵¹⁶ BGE 145 III 101, E. 4.1.1.; BGer 5A_769/2013, E. 3; BGE 113 III 20, E. 3. BGE 109 III 27, E. 1a; RBOG 2012 Nr. 18, E. 2c; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 23; AMONN/WALTHER, § 47 N 48.

⁵¹⁷ BGer 5A_651/2020, E. 3.2.2; BGE 109 III 27, E. 1a m.w.H.; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 6; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 71; SCHLAEPFER, S. 95.

⁵¹⁸ BGer 5A_324/2015, E. 4.2.2; BGE 113 III 20, E. 3; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 71.

⁵¹⁹ BGer 5A_769/2013, E. 3; SCHLAEPFER, S. 91.

⁵²⁰ BGer 5A_769/2013, E. 3.

⁵²¹ BGer 5A_769/2013, E. 3.

⁵²² Vgl. Rz. 183 zur Wirkung. BGE 109 III 27, E. 1a; BGE 84 III 40, S. 43.

⁵²³ BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.1.; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 68; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 67.

4. Widerrufsverfügung durch die Konkursverwaltung

Der Konkursverwaltung kommt in gewissen Situationen⁵²⁴ die Befugnis zu, die 183
Abtretungsverfügung einzelner oder aller Abtretungsgläubiger zu widerrufen.⁵²⁵
Mit dem Widerruf der Abtretungsverfügung fällt auch die Prozessführungsbefugnis dahin.⁵²⁶

5. Feststellungsurteil durch das Sachgericht

Das Bundesgericht klärt in einem im Jahr 2018 ergangenen Entscheid, wann dem 184
Sachgericht die Befugnis zukommt, einen Abtretungsgläubiger aus dem Prozess auszuschliessen. Damit schafft es in funktioneller Hinsicht sogleich eine Abgrenzung zur Widerrufskompetenz der Konkursverwaltung. Ausgangslage war eine SchKG-Beschwerde mehrerer Abtretungsgläubiger gegen den Erlass der Abtretungsverfügung an einen anderen Konkursgläubiger, der dem Drittschuldner gemäss Ansicht der Beschwerdeführer nahestand.⁵²⁷

Der Entscheid besagt, die Konkursverwaltung müsse die Abtretung an einen Kon- 185
kursgläubiger verweigern, sofern dieser gemäss Kollokationsplan formell die gleiche Person sei wie der Drittschuldner im Inventar.⁵²⁸ Sei hingegen der Abtretungsgläubiger formell eine andere Person als der Drittschuldner und sei umstritten, ob die beiden *materiell* übereinstimmten, könne diese Frage nur durch das Sachgericht beurteilt werden.⁵²⁹ Erkenne das Sachgericht, dass die Verfahrensnachteile so gross seien, dass die Rechtsdurchsetzung behindert werde, sei es befugt,

⁵²⁴ Vgl. beispielsweise Rz. 311 für den Fall von Passivität von Abtretungsgläubigern und Rz. 313 für den Fall der Nichtbeachtung von Weisungen vor Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens, Rz. 351 ff. für die Widerrufsverfügung im Rechtsmittelverfahren und Rz. 482 im Fall eines passiven Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung.

⁵²⁵ Vgl. Rz. 264 ff. zur Rechtsprechung hinsichtlich der Befugnisse der Konkursverwaltung.

⁵²⁶ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 51.

⁵²⁷ BGE 145 III 101, Sachverhalt B.d.a: «En substance, elles [die Beschwerdeführerinnen] ont invoqué que l'office n'était pas en droit de céder les droits concernés à D. SA [Adressat der umstrittenen Abtretungsverfügung] vu les liens étroits que cette société entretenait avec son administrateur unique, M., et avec K. N.V. [potenzielle Drittschuldner], son organe de fait et le conflit d'intérêts que cette situation entraînait.»

⁵²⁸ BGE 145 III 101, E. 4.2.3.

⁵²⁹ BGE 145 III 101, E. 4.2.3.

aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots ein Feststellungsurteil zu fällen, in dem es die Unmöglichkeit der Erfüllung des «Prozessmandats»⁵³⁰ feststelle. Rechtsmissbrauch sei jedoch nur restriktiv anzunehmen. Ein solcher liege vor, wenn ein Fall von Durchgriff bestehe, der Abtretungsgläubiger mit seinem eigenen Vermögen für den strittigen Anspruch hafte oder der Abtretungsgläubiger der einzige Abtretungsgläubiger der Masse sei und verhindern möchte, dass die Masse ihren Anspruch gegenüber dem Drittschuldner geltend machen könne.⁵³¹

- 186 Während die funktionale Abgrenzung zwischen der Kompetenz der Konkursverwaltung und dem Sachgericht hinsichtlich des Umgangs mit Abtretungsverfügungen aus dem Entscheid entnommen werden kann, geben die Erwägungen zur *Rechtswirkung des Feststellungsurteils* Anlass zur Diskussion.⁵³² Gemäss Bundesgericht hat das Feststellungsurteil die Rechtswirkung, dass die Konkursverwaltung befähigt wird, den Anspruch nach Art. 256 i.V.m. Art. 260 Abs. 3 SchKG zu verwerten.⁵³³ Das Problem an dieser Rechtswirkung ist, dass eine Verwertung nach Art. 256 i.V.m. Art. 260 Abs. 3 SchKG nur möglich ist, wenn kein Abtretungsgläubiger mehr prozessführungsbefugt ist.⁵³⁴ Bestehen mehrere Abtretungsgläubiger – und das war im Bundesgerichtsentscheid der Fall und ist auch Prämisse bei der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG –, hätte das Feststellungsurteil zur Folge, dass *alle Streitgenossen* ihre Prozessführungsbe-

⁵³⁰ Vgl. Rz. 149 ff. für die Qualifikation der Abtretungsverfügung. Das Bundesgericht spricht teilweise von einem «mandat procédural» und meint damit die Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger.

⁵³¹ BGE 145 III 101, E. 4.2.3.

⁵³² WALTHER, Rechtsprechung 2019, S. 245 f., hält fest, die Konkursverwaltung habe nach dem Sachurteil die Abtretungsverfügung zu widerrufen. BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 44, hält hingegen fest, dass das Gericht bei Bejahung der vom Bundesgericht definierten Fälle des Rechtsmissbrauchs dem Streitgenossen die Prozessführungsbefugnis abzusprechen habe. Der Rechtsanspruch könne von der Konkursverwaltung verwertet werden, sofern der vom Urteil berührte Abtretungsgläubiger der einzige prozessierende Abtretungsgläubiger gewesen sei. Das Feststellungsurteil des Bundesgerichts komme einer Ungültigkeitserklärung der Abtretungsverfügung gleich.

⁵³³ BGE 145 III 101, E. 4.2.3: «Au besoin, si le juge estime que ces inconvénients de procédure sont tels qu'ils empêchent l'exercice du droit matériel, il peut alors, en application des règles sur l'abus de droit (art. 2 CC; ATF 107 III 91 consid. 3b in fine), rendre une décision constatant l'impossibilité d'exécuter le mandat procédural; cette décision permettra alors à l'administration de la faillite de réaliser la créance conformément à l'art. 256 LP (cf. art. 260 al. 3 LP).»

⁵³⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 122, wonach die Verwertung auch nach dem Widerruf der Abtretungsverfügung möglich sei.

fugnis verlören und den Anspruch nicht mehr verfolgen könnten. Dies ist abzulehnen, denn die Nähe eines Abtretungsgläubigers zum Drittschuldner kann für die übrigen Abtretungsgläubiger nicht zur Folge haben, dass sie von der Anspruchsdurchsetzung ausgeschlossen werden.

Nach vorliegender Ansicht muss die Abtretungsverfügung, die an denjenigen Abtretungsgläubiger erfolgte, der materiell dem Drittschuldner entspricht, als nichtig festgestellt werden.⁵³⁵ Teile der Rechtsprechung und der Lehre sehen die Abtretung an einen dem Drittschuldner nahestehenden Abtretungsgläubiger im Ergebnis ebenfalls als nichtig an.⁵³⁶ Indem das Sachgericht die Nichtigkeit der Abtretungsverfügung feststellt, die an den dem Drittschuldner nahestehenden Abtretungsgläubiger erfolgte, können die übrigen Abtretungsgläubiger den Anspruch weiterhin verfolgen. Auch respektiert die Feststellung der Nichtigkeit die Kompetenzaufteilung, die das Bundesgericht zwischen der Konkursverwaltung und dem Sachgericht vorsieht.

6. Schluss des Konkursverfahrens

Der Konkurschluss hat keine Wirkung auf die Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger.⁵³⁷ Die Abtretungsgläubiger sind weiterhin berechtigt, den Anspruch durchzusetzen.

7. Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts

Die Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts, das den prozessierenden Abtretungsgläubigern zusteht, führt ebenfalls zum Wegfall der Prozessführungsbefugnis.⁵³⁸

⁵³⁵ AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 50: «Der Zivilrichter hingegen darf die betriebsrechtliche Gültigkeit der Abtretung – Nichtigkeit vorbehalten – nicht überprüfen, wenn es zum Prozess um den abgetretenen Anspruch kommt.»; wohl auch BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 43, die von der stetigen Beachtung der Nichtigkeit spricht. A.A. WALTHER, Rechtsprechung 2019, S. 245, der einen Widerruf der Konkursverwaltung fordert.

⁵³⁶ KGer BL 420 18 218, E. 6; HGer ZH HG120129, E. 5.5; RBOG 2011 Nr. 19, E. 2a.dd; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 24.

⁵³⁷ Vgl. Art. 95 KOV; KOV Komm.-REUTTER, Art. 95 N 8.

⁵³⁸ Rz. 385 ff.

B. Erlösverteilung

- 190 Das vorliegende Kapitel äussert sich zur Verteilung des Erlöses, den die Abtretungsgläubiger im Rahmen ihrer Anspruchsdurchsetzung generieren. Es dient mitunter als Grundlage, um das ökonomische Interesse eines jeden Abtretungsgläubigers im Rahmen der gemeinsamen Anspruchsdurchsetzung aufzuzeigen und die Ausführungen zur Auferlegung der Prozesskosten auf die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG zu begründen.⁵³⁹

I. Kreis der erlösberechtigten Abtretungsgläubiger

- 191 Die Erlösberechtigung von Abtretungsgläubigern hängt davon ab, ob sie bei der Anspruchsdurchsetzung mitgewirkt haben.⁵⁴⁰ Kommt es zum Prozess, ist die Erlösbeteiligung die Belohnung für das eingegangene Prozesskostenrisiko.⁵⁴¹ Sofern keine Abtretungsgläubiger aus dem Prozess ausscheiden,⁵⁴² sind alle Abtretungsgläubiger am Prozesserlös berechtigt.

II. Ablauf der Verteilung

- 192 Bevor der von den Abtretungsgläubigern erzielte Erlös zur Verteilung kommt, wird zuerst die Liquidation des sonstigen Konkursvermögens durchgeführt.⁵⁴³ Der Prozesserlös wird nur auf den noch ungedeckt gebliebenen Teil der Kollokationsforderungen der Abtretungsgläubiger verteilt.⁵⁴⁴ Mehr als seine kollozierte Konkursforderung kann ein Abtretungsgläubiger nicht erhalten.⁵⁴⁵
- 193 Die Berechnung und die Verteilung des Erlöses aus dem Prozess geschieht wie folgt: Vom Erlös werden die *Kosten* für die Geltendmachung des Anspruchs in

⁵³⁹ Vgl. Rz. 496 ff.

⁵⁴⁰ BGE 43 III 160, S. 165; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 67; SCHLAEPFER, S. 277; FLACHSMANN, S. 105.

⁵⁴¹ BGE 145 III 101, E. 4.1.1; BGE 132 III 342, E. 2.2; FLACHSMANN, S. 105; GÖTZINGER, S. 498.

⁵⁴² Vgl. Rz. 393 ff. für Spezialfragen in diesem Zusammenhang.

⁵⁴³ SCHLAEPFER, S. 283 und S. 285; JAEGER et al., Art. 260 N 22.

⁵⁴⁴ SCHLAEPFER, S. 238 f.

⁵⁴⁵ JAEGER et al., Art. 260 N 22.

Abzug gebracht.⁵⁴⁶ Für den verbleibenden Erlös erstellt die Konkursverwaltung gemäss Art. 86 KOV eine *besondere Verteilungsliste*.⁵⁴⁷ Die zwei Zuteilungskriterien des verbleibenden Erlöses sind primär die Klasse der Abtretungsgläubiger im Kollokationsplan (Art. 219 Abs. 4 SchKG)⁵⁴⁸ und, sofern nicht alle Konkursforderungen in einer Klasse befriedigt werden, die Höhe der kollozierten Forderung.⁵⁴⁹ Werden alle kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger vollständig befriedigt, dann fällt der darüber hinausgehende Erlös in die Masse und wird nach den allgemeinen Regeln an die restlichen Gläubiger verteilt.⁵⁵⁰

III. Anreizstruktur

1. Potenzieller Gewinn und Verlust als ökonomischer Grundgedanke

In ökonomischer Hinsicht sehen sich die Abtretungsgläubiger der Möglichkeit sowohl von Gewinn als auch von Verlust ausgesetzt.⁵⁵¹ Auf der Gewinnseite steht den Abtretungsgläubigern der potenzielle Erlös bis zur Deckung ihrer Konkursforderung zu.⁵⁵² Die Verlustseite äussert sich durch die potenziellen Prozesskosten,

⁵⁴⁶ Vgl. BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 111 ff., mit einer detaillierten Aufstellung, welche Kosten abzugsfähig sind; KOV Komm.-RÜETSCHI, Art. 86 N 4; TSCHUMY, S. 53; SCHLAEPFER, S. 275; GÖTZINGER, S. 506.

⁵⁴⁷ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 119; SCHLAEPFER, S. 276; TSCHUMY, S. 53, der anmerkt, dass in der Praxis oft nur dann eine besondere Verteilungsliste erstellt wird, wenn aus dem Erlös ein Überschuss in die Masse fliesst; ebenso SCHLAEPFER, S. 282.

⁵⁴⁸ TSCHUMY, S. 53; GLASL, S. 162; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 111; KOV Komm.-RÜETSCHI, Art. 86 N 4; SCHLAEPFER, S. 286; GÖTZINGER, S. 506.

⁵⁴⁹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 119; BSK SchKG II-LORANDI, Art. 220 N 2: «Die Forderungen derselben Klasse haben unter sich gleiches Recht (Abs. 1). Dies bedeutet, dass sie anteilmässig gleichbehandelt werden, so dass sie relativ (in % des kollozierten Betrages) dieselbe Dividende erhalten.»; SCHLAEPFER, S. 286.

⁵⁵⁰ TSCHUMY, S. 44; KOV Komm.-RÜETSCHI, Art. 86 N 4.

⁵⁵¹ BGE 145 III 101, E. 4.1.1: «Le procès conduit après une cession au sens de l'art. 260 LP sert à augmenter les actifs de la masse, et le fait que le produit, au moment de la répartition, revienne en première ligne à celui qui en supporte le risque n'y change rien.»; BGE 43 III 160, S. 165; SCHLAEPFER, S. 41: «Die bevorzugte Deckung gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG bildet die Prämie für die ihren [sic] Aufwand und die Risikoübernahme in einem allfälligen Prozess.»

⁵⁵² SCHLAEPFER, S. 64.

welche die Abtretungsgläubiger im Fall des Unterliegens aufgrund der prozessstandschaftlichen Geltendmachung zu tragen haben.⁵⁵³

2. Bei einem einzigen Abtretungsgläubiger

- 195 Besteht nur ein einziger Abtretungsgläubiger, stellt sich für ihn die Frage, ob er bereit ist, das Prozesskostenrisiko zur Erlangung der privilegierten Befriedigung durch den Prozesserlös einzugehen.⁵⁵⁴ Er geht das Risiko ein, gutes Geld schlechtem nachzuwerfen. Der Abtretungsgläubiger wird aus rationaler Perspektive bei der Formulierung der Höhe des Rechtsbegehrens den Teil seiner Konkursforderung angeben, der nach der Liquidation des übrigen Konkursvermögens ungedeckt bleibt.⁵⁵⁵ Erwartet der Abtretungsgläubiger von der Liquidation des übrigen Konkursvermögens keine Dividende, wird er sein Rechtsbegehren in Höhe seiner Konkursforderung stellen. Gerade Abtretungsgläubiger in tieferen Kollokationsklassen erwarten in der Regel keine Dividende.⁵⁵⁶

3. Bei einer Mehrzahl von Streitgenossen

- 196 Bei einer Mehrzahl von Abtretungsgläubigern ist die Anspruchsdurchsetzung das gemeinsame Ziel. Aufgrund der Erlösverteilungsregeln gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG besteht jedoch im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung Konkurrenz unter den Streitgenossen.⁵⁵⁷ Diese besteht klassenübergreifend und innerhalb der einzelnen Klassen (vgl. Art. 219 Abs. 4 SchKG).

⁵⁵³ Rz. 29.

⁵⁵⁴ SCHLAEPFER, S. 259; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 69: «[...] le droit de préférence est la contrepartie du risque que court l'intervenant autorisé qui procède d'être chargé des frais du procès qu'il conduit.»

⁵⁵⁵ Rz. 192, wonach zuerst das sonstige Konkursvermögen liquidiert wird.

⁵⁵⁶ LORANDI, Gedanken, S. 1396, wonach die durchschnittliche Verlustquote eines «gewöhnlichen» (ungesicherten und nicht privilegierten) Gläubigers 95 bis 100 Prozent betrage; LORANDI, Aktivenüberschuss, S. 281 m.w.H., wonach der überwiegende Teil der Konkurs- und Nachlassverfahren mit einer Nulldividende für die Drittklassgläubiger ende.

⁵⁵⁷ BGE 145 III 101, E. 4.1.2: «A cela s'ajoute que le fait que les bénéficiaires de la cession voient leur intérêt à la cession diminuer dans la mesure où le gain espéré est moindre est une conséquence inhérente au système même de la cession des droits de la masse, les créanciers cessionnaires pouvant être plus ou moins nombreux et agir avec des intérêts contradictoires et sur des plans différents.»; ZR 2010 Nr. 32, E. 2.2.2.2, spricht von einem «Verteilungskampf»; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 43 Rz. 1.

Klassenübergreifend ist offensichtlich, dass Abtretungsgläubiger, die in einer nachgehenden Klasse kolloziert sind, kein Interesse am Bestand von Abtretungsgläubigern haben, deren Forderungen in einer vorgehenden Klasse kolloziert sind.⁵⁵⁸ Die Abtretungsgläubiger in einer vorgehenden Klasse werden zuerst befriedigt (Art. 220 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 260 Abs. 2 Satz 1 SchKG).⁵⁵⁹ Aufgrund dieser Kaskade werden sich Abtretungsgläubiger in einer nachgehenden Klasse jeweils überlegen, ob ihre kollozierte Konkursforderung bei einer vollständigen Anspruchsdurchsetzung aufgrund der vorgehenden Klassen überhaupt in den Genuss der Erlösverteilung kommt.⁵⁶⁰ Darüber hinaus müssen sie das Risiko bedenken, dass die Forderungsklage betragsmässig nur teilweise durchdringt. Auch in diesem Fall kann es sein, dass ihre Konkursforderung bei einer allfälligen Erlösverteilung nicht profitiert. Rational handelnde Abtretungsgläubiger werden deshalb nur dann an der Streitgenossenschaft teilnehmen, wenn sie mit einer Deckung ihrer Konkursforderung rechnen.

Innerhalb der gleichen Klasse möchten Abtretungsgläubiger ebenfalls möglichst wenig andere Abtretungsgläubiger am Prozess beteiligt sehen, denn der Erlös wird proportional zur Höhe der kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger aufgeteilt (Art. 220 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 260 Abs. 2 Satz 1 SchKG).⁵⁶¹ Gerade Abtretungsgläubiger mit relativ hohen kollozierten Forderungen erhalten mehr vom Erlös als die übrigen Abtretungsgläubiger in der gleichen Klasse.⁵⁶²

4. Abtretungsgläubiger und die restlichen Gläubiger

Führt der Erlös einzig dazu, dass die noch ungedeckten Teile⁵⁶³ der kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger befriedigt werden, ist die Masse dem gegenüber indifferent. Das Massevermögen bleibt unverändert. Wird jedoch durch den

⁵⁵⁸ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198.

⁵⁵⁹ SCHLAEPFER, S. 41.

⁵⁶⁰ Ist beispielsweise die Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von CHF 100'000.– strittig, werden Abtretungsgläubiger bei der Anspruchsdurchsetzung nicht mitwirken, sofern ihre Konkursforderung aufgrund der Verteilungsregeln voraussichtlich nicht in den Genuss dieser CHF 100'000.– kommen kann. Prämisse hierbei ist, dass keine Kosten vom Erlös abgezogen werden und abgesehen von der Anspruchsdurchsetzung eine Nulldividende zu erwarten ist.

⁵⁶¹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 119; BSK SchKG II-LORANDI, Art. 220 N 2.

⁵⁶² BGE 105 Ia 249, E. 2d, was Abtretungsgläubiger mit kleinen Konkursforderungen benachteiligen kann.

⁵⁶³ Vgl. Rz. 192.

Prozess mehr eingebracht, als die noch ungedeckten Teile der kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger in der Summe ausmachen, fällt der Überschuss in die Masse (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG), weshalb die restlichen Gläubiger ein Interesse daran haben, dass die Abtretungsgläubiger den Anspruch durchsetzen.

- 200 Aufseiten der Abtretungsgläubiger besteht ein Interesse daran, das Prozesskostenrisiko so gering wie möglich zu halten.⁵⁶⁴ Entsprechend werden sich Abtretungsgläubiger davor hüten, einen höheren Betrag geltend zu machen als jenen, welcher der Summe der ungedeckten Teile der kollozierten Forderungen der Abtretungsgläubiger entspricht.⁵⁶⁵ Eine Geltendmachung der Forderung über die vorgenannte Summe dürfte sehr selten sein.⁵⁶⁶

C. Abgrenzung von Art. 260 SchKG zu anderen Rechtsinstituten

- 201 Nachdem der Gehalt von Art. 260 SchKG dargelegt wurde, wird die Norm von ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt.

I. Überlassung zur Eintreibung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG

- 202 Im Verfahren der Betreibung auf Pfändung besteht Art. 131 Abs. 2 SchKG. Die Norm regelt, dass, sofern alle pfändenden Gläubiger einverstanden sind, sie oder einzelne von ihnen, ohne Nachteil für ihre Rechte gegenüber dem betriebenen Schuldner, gepfändete Ansprüche im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigene Gefahr geltend machen können. Das Ergebnis dient der Deckung der

⁵⁶⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 79; BÖCKLI, § 16 Rz. 186; KGer SZ ZK1 2018 5, E. 1b: «Es bleibt dem Abtretungsgläubiger anheimgestellt, wie viel er von der abgetretenen Forderung einklagen will. So kann er den Betrag auf die Höhe der eigenen Konkursforderung beschränken, tiefer gehen, oder aber im (aus seiner Perspektive) altruistischen Interesse der verzichtenden Gläubigermehrheit den ganzen abgetretenen Betrag unter entsprechendem Prozesskostenrisiko geltend machen.»

⁵⁶⁵ Für die Aussage wird angenommen, dass die Abtretungsgläubiger keine nennenswerten Kosten für die Geltendmachung des Anspruchs tragen, die sie vorab vom Erlös abziehen können (vgl. hierfür Rz. 193). Bestehen solche Kosten oder sind sie absehbar, ist es sinnvoll, dass die Abtretungsgläubiger die Kosten bei der Formulierung der Forderungshöhe berücksichtigen.

⁵⁶⁶ LORANDI, Gläubiger, S. 285 Fn. 49; LORANDI, Verwertung, S. 1759.

Auslagen und der Forderungen derjenigen Gläubiger, die in dieser Weise vorgegangen sind. Ein Überschuss muss an das Betreibungsamt abgeliefert werden.⁵⁶⁷

Vergegenwärtigt man sich die Rechtsfolgen der Abtretung nach Art. 260 SchKG, wird aus dem Gesetzeswortlaut von Art. 131 Abs. 2 SchKG klar, dass die beiden Bestimmungen *ähnlich* sind.⁵⁶⁸ Der Gleichlauf der Bestimmungen besteht darin, dass die Eintreibungsgläubiger, d.h. die Pfändungsgläubiger, die sich den Anspruch nach Art. 131 Abs. 2 SchKG haben abtreten lassen, ebenfalls als Prozessstandschafter handeln.⁵⁶⁹ Sie machen den Anspruch in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigene Gefahr geltend.⁵⁷⁰ Der Pfändungsschuldner bleibt Rechtsträger des Anspruchs, er verliert indes seine Verfügungsbefugnis darüber.⁵⁷¹ Dies ist vergleichbar mit den Abtretungsgläubigern, die den Anspruch des Gemeinschuldners prozessstandschaftlich geltend machen, wobei auch die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners bezüglich des in die Konkursmasse fallenden Vermögens entfällt.⁵⁷² Die Eintreibungsgläubiger bilden im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung analog zu den Abtretungsgläubigern *uneigentliche notwendige Streitgenossen*.⁵⁷³ Darüber hinaus dürfen die Eintreibungsgläubiger analog zu den Abtretungsgläubigern den Erlös zur Deckung ihrer Betreibungsforderung behalten und müssen nur den Überschuss abliefern.⁵⁷⁴

Unterschiede ergeben sich aus den Konzeptionen des Pfändungs- und des Konkursverfahrens. Während bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG der Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung durch die Mehrheit der stimmberechtigten

⁵⁶⁷ SK SchKG-SCHLEGEL/ZOPFI, Art. 131 N 8.

⁵⁶⁸ BGer 4A_215/2009, E. 3.2; BGE 116 III 91, E. 2b; BGE 93 III 45, E. 1; AMONN/WALTHER, § 27 Rz. 58; CR LP-BETTSCHART, Art. 131 N 19; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 46; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1185.

⁵⁶⁹ HGer ZH HG120101, E. 4; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 48; CR LP-BETTSCHART, Art. 131 N 19.

⁵⁷⁰ BGer 4A_215/2009, E. 3.2 unter Verweis auf BGE 121 III 488, E. 2b, der sich zu Art. 260 SchKG äussert; CR LP-BETTSCHART, Art. 131 N 22.

⁵⁷¹ BGer 4C.170/2002, E. 2.1; BGE 95 II 235, E. 4; HGer ZH HG120101, E. 4; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 52.

⁵⁷² Rz. 119.

⁵⁷³ BGE 93 III 45, E. 1, spricht von «Streitgenossen»; CR LP-BETTSCHART, Art. 131 N 22, spricht von «consorts»; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 52: «Wurde die Forderung mehreren Gläubigern zur Eintreibung überlassen, so haben diese – wie bei der Abtretung gemäss Art. 260 – in einem allfälligen Prozess als notwendige Streitgenossen aufzutreten.»

⁵⁷⁴ BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 63 und N 64.

Konkursgläubiger gefällt wird,⁵⁷⁵ müssen zum Ermöglichen der Überlassung zur Eintreibung im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG alle Pfändungsgläubiger einverstanden sein.⁵⁷⁶ Darüber hinaus beschränkt sich die Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht nur auf Geldforderungen, so wie dies bei Art. 131 Abs. 2 SchKG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Fall ist.⁵⁷⁷ Und schliesslich besteht ein Unterschied hinsichtlich der Übertragbarkeit der Prozessführungsbefugnis. Während ein Abtretungsgläubiger seine Prozessführungsbefugnis durch die Zession seiner Konkursforderung übertragen kann,⁵⁷⁸ hält das Formular 34 für die Pfändungsgläubiger fest, dass die Übertragung der Prozessführungsbefugnis unstatthaft ist.⁵⁷⁹

II. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach Art. 325 SchKG

- 205 Im Fall eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) sind gemäss Art. 325 SchKG bestrittene oder schwer einbringliche Ansprüche den Gläubigern nach den Regeln von Art. 260 SchKG zur Abtretung zu offerieren. Voraussetzung ist, dass die Liquidatoren und der Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung dieser Ansprüche verzichten.⁵⁸⁰
- 206 Der Zweck des Liquidationsvergleichs ist die Liquidation des Schuldnervermögens zur Gläubigerbefriedigung.⁵⁸¹ Da auch im Konkurs die Liquidation der Masse das Ziel ist,⁵⁸² nimmt Art. 325 SchKG im Rahmen des Liquidationsvergleichs den gleichen Regelungsgegenstand ein wie Art. 260 SchKG im Konkursverfahren.⁵⁸³

⁵⁷⁵ Rz. 165 ff.

⁵⁷⁶ BGer 4C.170/2002, E. 2.1; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 48.

⁵⁷⁷ BGE 78 III 68, E. 3; BGE 60 III 229, E. 3; BSK SchKG I-ROTH, Art. 131 N 47; vgl. auch Formular 34, das anders als das Formular 7K keine Bestimmung enthält, wonach ein Ergebnis, das nicht in barem Geld besteht, der Konkursverwaltung zur Liquidation auszuhändigen ist. In der Lehre wird dies kritisiert (CR LP-BETTSCHART, Art. 131 N 6).

⁵⁷⁸ Vgl. Rz. 170.

⁵⁷⁹ Vgl. Formular 34, Bedingung 1; SK SchKG-SCHLEGEL/ZOPFI, Art. 131 N 8.

⁵⁸⁰ LORANDI, Vergleich, S. 43.

⁵⁸¹ AMONN/WALTHER, § 55 Rz. 21; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD, Art. 325 N 1.

⁵⁸² LORANDI, Durchführung, S. 846.

⁵⁸³ Die aus der Auslegung von Art. 260 SchKG entwickelten Grundsätze gelten für Art. 325 SchKG vollumfänglich (PKG 1999 Nr. 4, E. 4); BSK SchKG II-

Wurde die Abtretung nach Art. 325 SchKG an mehrere Gläubiger vorgenommen, sind diese aufgrund des Verweises auf Art. 260 SchKG ebenfalls als *uneigentliche notwendige Streitgenossen* zu qualifizieren.

Als Besonderheit des Liquidationsvergleichs ist indes zu beachten, dass sich die Nachlassmasse anders als beim Konkurs durch den Nachlassvertrag bildet.⁵⁸⁴ Die formelle Ausgestaltung des Verfahrens beim Liquidationsvergleich führt dazu, dass der Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs nicht von der Gläubiger-gesamtheit, sondern durch die Liquidatoren und den Gläubigerausschuss zu fällen ist (Art. 325 SchKG).⁵⁸⁵ Auch die im Gesetz gemäss Art. 325 SchKG vorgesehene Form der Bekanntmachung – nämlich durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Rundschreiben – weicht von den Modalitäten bei Art. 260 SchKG ab.⁵⁸⁶

III. Abtretung nach Art. 230a SchKG

Eine Abtretung findet auch gemäss Art. 230a SchKG statt. Wird eine konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, so können die Erben unter gewissen Voraussetzungen die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder einzelne Erben verlangen. Machen die Erben davon nicht Gebrauch, können die Gläubiger oder subsidiär Dritte die Abtretung verlangen.

Die Abtretung nach Art. 230a SchKG unterscheidet sich von Art. 260 SchKG dahingehend, als mit der Abtretung nicht die Prozessstandschaft für umstrittene Ansprüche eingeräumt wird, sondern die Aktiven im Sinne einer *Singularsukzes-*

BAUER/HARI/WÜTHRICH, Art. 325 N 14; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD, Art. 325 N 1; Kuko SchKG-BÜRGI, Art. 325 N 1.

⁵⁸⁴ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehen bei einem Nachlassvertrag, der alle Vermögenswerte des Gemeinschuldners umfasst, auch Verantwortlichkeitsansprüche über, selbst wenn diese nicht im Inventar aufgezeichnet sind (BGE 122 III 166, E. 3c). Bei Nachlassverträgen, in welchen nur ein Teil des Vermögens des Gemeinschuldners abgetreten wird, muss eine Auslegung des Vertrags die Erkenntnis bringen (BGE 122 III 166, E. 3c; CR LP-JUNOD MOSER/GAILLARD, Art. 325 N 6).

⁵⁸⁵ LORANDI, Vergleich, S. 43; BSK SchKG II-BAUER/HARI/WÜTHRICH, Art. 325 N 8 mit dem Hinweis darauf, dass je nach Ausgestaltung des Nachlassvertrags nur die Liquidatoren über die Abtretung zu befinden haben.

⁵⁸⁶ Vgl. Rz. 165 ff. zu den Modalitäten im Fall des ordentlichen und des summarischen Konkursverfahrens.

sion auf die Antragssteller übergehen.⁵⁸⁷ Darüber hinaus wurde im Fall der Abtretung nach Art. 230a SchKG das Konkursverfahren mangels Aktiven bereits eingestellt und geht somit Art. 260 SchKG systematisch nach.⁵⁸⁸ Dies bedeutet, dass die Konkursgläubiger auf die Leistung der festgelegten Sicherheit zur Durchführung des Konkursverfahrens verzichtet haben, welches die Abtretung nach Art. 260 SchKG ermöglicht hätte.⁵⁸⁹ Und schliesslich machen die Erben oder Gläubiger, die sich die Aktiven gesamthänderisch mittels Singularsukzession haben abtreten lassen, diese als *notwendige Streitgenossenschaft* geltend.⁵⁹⁰ Bei Art. 260 SchKG liegt hingegen eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft vor.

D. Zusammenfassung von Teil 3

- 210 Die Abtretung im Rahmen von Art. 260 SchKG erlaubt Konkursgläubigern, umstrittene Rechtsansprüche geltend zu machen. Die Rechtsnatur der Abtretungsverfügung wird in der Lehre und in der Rechtsprechung als betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis* umschrieben mit Elementen der Zession, des Auftragsrechts und der Prozessstandschaft.⁵⁹¹
- 211 Die Voraussetzungen der Abtretungsverfügung sind unter anderem ein laufendes Konkursverfahren und das Vorhandensein abtretbarer Rechtsansprüche.⁵⁹² Eine Abtretung ist des Weiteren nur an kollozierte Gläubiger möglich, wobei die Kollokation auch bedingt sein kann.⁵⁹³ Die Kettenabtretung wird nach vorliegender Ansicht als unzulässig angesehen.⁵⁹⁴ Eine Abtretung an einen Konkursgläubiger ist dann nicht möglich, wenn dieser zugleich Drittschuldner ist. Weiter kann eine Abtretung nur erfolgen, wenn die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung

⁵⁸⁷ BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 230a N 7 f.; CR LP-VOUILLOZ, Art. 230a N 13; GASSER/PFÄFFLI, Erben, S. 114; GASSER/PFÄFFLI, Abtretung, S. 46.

⁵⁸⁸ GASSER/PFÄFFLI, Erben, S. 114.

⁵⁸⁹ Art. 230 Abs. 2 SchKG; BGer 5A_651/2020, E. 3.5.4; GASSER/PFÄFFLI, Erben, S. 114.

⁵⁹⁰ BGer 5A_651/2020, E. 3.5.3; GASSER/PFÄFFLI, Abtretung, S. 51.

⁵⁹¹ Rz. 146 ff.

⁵⁹² Rz. 152 ff.

⁵⁹³ Rz. 157.

⁵⁹⁴ Rz. 158 ff.

des Anspruchs verzichtet hat und die Konkursgläubiger fristgerecht ein Abtretungsbegehren gestellt haben.⁵⁹⁵

Die Abtretungsverfügung hält Angaben zu den Abtretungsgläubigern fest und enthält zwingende Bedingungen. Die Konkursverwaltung kann weitere Bedingungen hinzufügen.⁵⁹⁶ Mit dem Erlass der Abtretungsverfügung verliert die Konkursverwaltung die Befugnis, den Anspruch des Rechtsträgers geltend zu machen. Gleichzeitig wird den Abtretungsgläubigern die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich dieses Anspruchs eingeräumt.⁵⁹⁷ Bestehen mehrere Abtretungsgläubiger, sind sie Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis.⁵⁹⁸ 212

Die Prozessführungsbefugnis fällt mit dem Verzicht auf die Konkursforderung, der rechtskräftigen Abweisung einer Konkursforderung und dem Widerruf des Konkurses dahin.⁵⁹⁹ Die Erfüllung der Konkursforderung hat keine Wirkung auf die Prozessführungsbefugnis. Die Erfüllung des Anspruchs des Gemeinschuldners führt zum Verlust der Prozessführungsbefugnis, sofern die Abtretungsverfügung widerrufen wird.⁶⁰⁰ Entspricht ein Abtretungsgläubiger materiell dem Drittschuldner, kann nach vorliegender Auffassung das Sachgericht die Nichtigkeit hinsichtlich seiner Abtretungsverfügung feststellen.⁶⁰¹ Der Schluss des Konkursverfahrens führt nicht zum Untergang der Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger.⁶⁰² 213

Erlösberechtigt sind Abtretungsgläubiger, die an der Anspruchsdurchsetzung teilgenommen haben.⁶⁰³ Im Prozess ist der Erlös die Belohnung für das eingegangene Prozesskostenrisiko. Der Erlös aus der Anspruchsverfolgung wird auf den noch ungedeckten Teil der Konkursforderungen der Abtretungsgläubiger verteilt, der nach der Verteilung des sonstigen Konkursvermögens besteht.⁶⁰⁴ Vom Erlös können vor der Verteilung Kosten, die im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung anfielen, abgezogen werden. Der Erlös wird zuerst nach den Rängen der kollozierten 214

⁵⁹⁵ Rz. 164 ff.

⁵⁹⁶ Rz. 175 f.

⁵⁹⁷ Rz. 177 f.

⁵⁹⁸ Rz. 177 f.

⁵⁹⁹ Rz. 180.

⁶⁰⁰ Rz. 179 f.

⁶⁰¹ Rz. 184 ff.

⁶⁰² Rz. 188.

⁶⁰³ Rz. 191.

⁶⁰⁴ Rz. 192.

Forderungen und innerhalb der Ränge proportional zu den Konkursforderungen verteilt.⁶⁰⁵ Abtretungsgläubiger stehen deshalb in Konkurrenz, was die Erlösverteilung anbelangt. Die Masse profitiert von der Erlösverteilung nur dann, wenn nach der Erlösverteilung auf die Abtretungsgläubiger ein Überschuss besteht.⁶⁰⁶

- 215 Die Überlassung zur Eintreibung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG ist von der Ausgestaltung her sehr ähnlich wie die Abtretung nach Art. 260 SchKG. Werden mehrere Pfändungsgläubiger im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG zur Eintreibung ermächtigt, bilden sie wie die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft.⁶⁰⁷ Das Gleiche gilt für Gläubiger, die sich im Fall des Liquidationsvergleichs die Abtretung nach Art. 260 SchKG einräumen lassen.⁶⁰⁸ Die Abtretung nach Art. 230a SchKG unterscheidet sich von der Abtretung nach Art. 260 SchKG grundlegend.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Rz. 193.

⁶⁰⁶ Rz. 199 f.

⁶⁰⁷ Rz. 202 ff.

⁶⁰⁸ Rz. 205 ff.

⁶⁰⁹ Rz. 208 f.

Teil 4:

Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG

Teil 4 behandelt die Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG und dient als Grundlage für die weitergehende Auseinandersetzung in Teil 5. 216

In Kapitel A. wird eine Übersicht über die Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG gegeben.⁶¹⁰ Die Übersicht dient als struktureller Unterbau für die folgenden Kapitel. Kapitel B. «Umgang mit dem Einzelklagerecht»⁶¹¹ adressiert das Verhältnis der Einzelklage zur Notwendigkeit des einheitlichen Urteils. Kapitel C. «Prozessführung der Streitgenossen»⁶¹² setzt sich mit der Frage auseinander, wie die Abtretungsgläubiger gemeinsam – d.h. nicht in Form einer Einzelklage – einen Prozess führen können bzw. müssen. Sodann analysiert Kapitel D. «Jederzeitiges Rücktrittsrecht»⁶¹³ eine prozessuale Besonderheit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG. Schliesslich erfolgt in Kapitel E. die dogmatische Einordnung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG.⁶¹⁴ Die dogmatische Einordnung findet erst am Schluss dieses Teils statt, weil dafür zunächst die Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG vertieft abgehandelt werden müssen. 217

⁶¹⁰ Rz. 218 ff.

⁶¹¹ Rz. 224 ff.

⁶¹² Rz. 294 ff.

⁶¹³ Rz. 385 ff.

⁶¹⁴ Rz. 396 ff.

A. Übersicht über die Eigenschaften

I. Einzelklagerecht

218 In der Rechtsprechung⁶¹⁵ und der herrschenden Lehre⁶¹⁶ ist anerkannt, dass jedem Abtretungsgläubiger ein Einzelklagerecht zukommt. Das Einzelklagerecht bedeutet, dass jeder Abtretungsgläubiger selbst und unabhängig von den anderen entscheiden kann, ob er einen Prozess zur Geltendmachung des Rechtsanspruchs des Gemeinschuldners einleiten oder den Anspruch nicht verfolgen möchte.⁶¹⁷ Von einer Einzelklage wird entsprechend gesprochen, wenn diese nicht von allen prozessführungsbefugten Abtretungsgläubigern zusammen erhoben wird. Werden über den gleichen Streitgegenstand mehrere Einzelklagen erhoben, bestehen sogenannte *Parallelklagen*. Das Bundesgericht anerkennt die Möglichkeit von Parallelklagen im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung von Abtretungsgläubigern explizit.⁶¹⁸ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht für die pro-

⁶¹⁵ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGer 5A_483/2012, E. 5.3.2; BGE 121 III 488, E. 2b; BGE 107 III 91, E. 3c; BGE 93 III 64, E. 1c; BGE 63 III 70, E. 1: «Sind Rechtsansprüche der Masse mehreren Gläubigern abgetreten worden, so haben diese nach Ziff. 5 der im obligatorischen Abtretungsformular aufgestellten Bedingungen als Streitgenossen aufzutreten. Zweck dieser Vorschrift ist einzig die Ermöglichung gemeinsamer Beurteilung, was auch noch durch nachträgliche Zusammenfassung getrennt eingereichter Klagen erreicht werden kann.»; BGE 34 II 384, E. 2; BGE 33 II 339, E. 2. Soweit ersichtlich findet sich in der Rechtsprechung nur eine Ausnahme. Das ist BGE 43 III 160 aus dem Jahr 1917. Dieser Entscheid wurde in der späteren Rechtsprechung aufgenommen und verworfen (BGE 107 III 91, E. 3c: «Un arrêt plus récent a introduit l'obligation pour les cessionnaires de procéder conjointement et d'ester en justice comme consorts (ATF 43 III 164). Cependant, il faut relever que les circonstances de ce dernier cas sont trop particulières pour que l'on puisse en tirer un principe absolu.»).

⁶¹⁶ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198 f.; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 61; TSCHUMY, S. 47; SCHLAEPFER, S. 173; GEIER, S. 16; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 170; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 44 N 3d; GROLMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolmund, § 13 Rz. 43; DAETWYLER/STADLER, S. 159. A.A. LORANDI, Gläubiger, S. 285 f., der sich für die Qualifikation der Abtretungsgläubiger als notwendige Streitgenossen ausspricht, was das Einzelklagerecht ausschliesst.

⁶¹⁷ BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer 5A_483/2012, E. 5.3.2; BGer 5A_107/2012, E. 4.5; BGer 5P.204/2004, E. 5.4; BGE 121 III 291, E. 3a.

⁶¹⁸ BGE 148 III 322, E. 3.7; BGer 4A_581/2021, E. 3.7; BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2: «Autrement dit, soit les créanciers cessionnaires se concertent et agissent ensemble (art. 70 al. 1 CPC), soit ils ouvrent action séparément et le tribunal procédera à la jonction des différentes causes (art. 125 let. c CPC).»; BGE 121 III 488, E. 2d;

zessführenden Abtretungsgläubiger keine Pflicht, die übrigen Abtretungsgläubiger über die Einleitung der Einzelklage zu informieren.⁶¹⁹

II. Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils

Wie bei der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft⁶²⁰ besteht auch bei der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG die Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils. Der von den Abtretungsgläubigern als Prozessstandschaftern geltend gemachte Anspruch muss einem einheitlichen Urteil unterliegen.⁶²¹ Auch wenn Parallelklagen hängig sind, ist es nicht möglich, dass für die in verschiedenen Verfahren involvierten Abtretungsgläubiger unterschiedliche Urteile ergehen.⁶²² Als Begründung für das Erfordernis des einheitlichen Urteils bringt das Bundesgericht vor, nur ein einheitliches Urteil erlaube die Verteilung des überschüssigen Prozesserlöses an die weiteren Gläubiger nach Art. 260 Abs. 2 SchKG.⁶²³

III. Uneinheitliche Prozessführung

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre erlauben den Abtretungsgläubigern, den Prozess uneinheitlich zu führen.⁶²⁴ Unter eine uneinheitliche Prozessführung

BGE 107 III 91, E. 3c; BGE 93 III 64, E. 1c; BGE 63 III 70, E. 1; BGE 34 II 384, E. 2; BGE 33 II 339, E. 2.

⁶¹⁹ BGE 43 III 160, S. 164; BGE 41 III 335, S. 338.

⁶²⁰ Rz. 82 ff.

⁶²¹ BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2b; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 61; HOHL, Rz. 924; GEIER, S. 16; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 98; LORANDI, Gläubiger, S. 285; SCHLAEPFER, S. 182; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 44 N 3d; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 170; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 43.

⁶²² BGE 136 III 534, E. 2.1.

⁶²³ BGE 121 III 488, E. 2d.

⁶²⁴ BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGer 5A_344/2018, E. 4.1.1; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2e; SCHLAEPFER, S. 185; LEUCH et al., Art. 36 N 2c; HOHL, Rz. 923; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; GEIER, S. 16; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 43; VON HOLZEN, S. 113. Eine einheitliche Prozessführung fordernd: BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 104; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 202; LORANDI, Gläubiger, S. 284.

fällt das Recht eines jeden Abtretungsgläubigers, eine eigene Rechtsvertretung zu mandatieren und eigene Vorbringen geltend zu machen. Eigene Vorbringen umfassen unter anderem Eingaben wie Tatsachenbehauptungen,⁶²⁵ Bestreitungen,⁶²⁶ Beweisanträge⁶²⁷ und den eigenen Rechtsstandpunkt.⁶²⁸ Sie dürfen sich widersprechen.⁶²⁹

- 221 Das Bundesgericht begründet das Recht auf eine uneinheitliche Prozessführung damit, dass Abtretungsgläubiger unterschiedliche Interessen und unterschiedliche Pläne bei der Anspruchsverfolgung haben könnten. Sie stünden aufgrund der Erlösverteilungsregeln in einer Konkurrenz, da sich bei der Teilnahme mehrerer Abtretungsgläubiger die Gewinnerwartung des Einzelnen reduziere.⁶³⁰
- 222 Ausgenommen von der uneinheitlichen Prozessführung ist die alleinige Disposition über den Streitgegenstand. Dies bedeutet, dass die Abtretungsgläubiger bzw. die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG eine Klageanerkennung oder einen Klagerückzug nur gemeinsam beschliessen können.⁶³¹ Das Gleiche gilt für den Abschluss eines eigentlichen Vergleichs, mit dem über den Streitgegenstand disponiert wird.⁶³²

IV. Jederzeitiges Rücktrittsrecht

- 223 Abtretungsgläubiger können sich jederzeit von der Geltendmachung des Rechtsanspruchs zurückziehen. Wurde noch kein Verfahren angehoben, kann ein Abtre-

⁶²⁵ VON HOLZEN, S. 113.

⁶²⁶ SCHLAEPFER, S. 185; VON HOLZEN, S. 113.

⁶²⁷ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 200; SCHLAEPFER, S. 185; VON HOLZEN, S. 113.

⁶²⁸ BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 136 III 534, E. 2.1; BGE 121 III 488, E. 2e; HOHL, Rz. 923; LEUCH et al., Art. 36 N 2c.

⁶²⁹ BGE 121 III 291, E. 3a; BGE 107 III 91, E. 3c; SCHLAEPFER, S. 185; VON HOLZEN, S. 113.

⁶³⁰ BGE 145 III 101, E. 4.1.2: «les créanciers cessionnaires pouvant être plus ou moins nombreux et agir avec des intérêts contradictoires et sur des plans différents»; BGE 5A_879/2017, E. 3.1; BGE 7B.206/2005, E. 5.

⁶³¹ Indirekt BGE 107 III 91, E. 3c; BGE 49 III 122, E. 2; LORANDI, Gläubiger, S. 285; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 102; SCHLAEPFER, S. 185.

⁶³² Vgl. Rz. 428 ff. für die Ausführungen hierzu.

tungsgläubiger auf die Prozessführungsbefugnis verzichten.⁶³³ Ist bereits ein Prozess hängig gemacht worden, steht es jedem Streitgenossen offen, jederzeit und ohne Rechtsverlust für die anderen «auf eine Weiterführung des Prozesses zu verzichten»⁶³⁴.⁶³⁵

B. Umgang mit dem Einzelklagerecht

Im Vorkapitel wurde dargelegt, dass sich die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG mitunter durch das Einzelklagerecht charakterisiert.⁶³⁶ Dieses ist bereits aus den Ausführungen zur generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft bekannt.⁶³⁷ Das vorliegende Kapitel dient dazu, den Umgang mit dem Einzelklagerecht im Fall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG aufzuzeigen. Hierzu wird einleitend auf die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung eingegangen.⁶³⁸ Anschliessend werden die Koordinationsmöglichkeiten bei einer Einzelklage und bei Parallelklagen dargelegt und bewertet.⁶³⁹ Für die Koordination zwischen den Abtretungsgläubigern im Fall einer Einzelklage muss darüber hinaus auf die

⁶³³ BGE 121 III 291, E. 3a; BGE 107 III 91, E. 3.

⁶³⁴ BGE 121 III 488, E. 2e, spricht nicht von einem «Rücktritt», wie in dieser Dissertation terminologisch verwendet, sondern von einem Verzicht auf die Weiterführung des Prozesses. Diese Dissertation spricht bewusst vom «Rücktritt» eines Streitgenossen und nicht von einem «Rückzug». Damit wird terminologisch eine Abgrenzung zum «Klagerückzug» geschaffen, dessen Rechtsfolgen nicht einschlägig sind, wenn ein Streitgenosse auf die Weiterführung des Verfahrens verzichtet (vgl. Rz. 387 ff.). Ein unilateraler Klagerückzug ist nur denkbar, wenn gerade keine Streitgenossenschaft besteht und ein einziger Abtretungsgläubiger die Prozessführungsbefugnis innehat (exemplarisch BGE 105 III 135, E. 3, wonach der «Abtretungsgläubiger» – und damit Singular – eine eingeleitete Klage wieder zurückziehen kann).

⁶³⁵ BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 144 III 552, E. 4.1.1; BGE 121 III 488, E. 2e; LEUCH et al., Art. 38 N 6b; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 101; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; SCHLAEPFER, S. 173; LORANDI, Gläubiger, S. 285; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 44 N 3d; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 Rz. 43.

⁶³⁶ Rz. 218 ff.

⁶³⁷ Rz. 85.

⁶³⁸ Rz. 225 ff.

⁶³⁹ Rz. 233 ff.

Kompetenzen der Konkursverwaltung eingegangen werden.⁶⁴⁰ All diese Ausführungen sind die Grundlage für eine abschliessende kritische Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht und seiner gerichtlichen Handhabung.⁶⁴¹

I. Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung

1. Gehalt

- 225 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre müssen Gerichte im Fall einer Klage durch die Abtretungsgläubiger prüfen, ob die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung erfüllt ist.⁶⁴² Sie ist erfüllt, wenn alle *prozessführungsbefugten*⁶⁴³ Abtretungsgläubiger im Verfahren involviert sind. Sind nicht alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Verfahren involviert, muss das Gericht einen Nichteintretensentscheid fällen.⁶⁴⁴ Die im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung korrekte Zusammensetzung der Abtretungsgläubiger ist somit nicht eine Frage der Aktivlegitimation, sondern eine Prozessvoraussetzung.⁶⁴⁵ Bei Involvierung aller prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger, d.h. der Parteistellung aller prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger auf der Aktivseite, kann ein Sachentscheid ergehen, der die Ein-

⁶⁴⁰ Rz. 262 ff.

⁶⁴¹ Rz. 271 ff.

⁶⁴² BGE 145 III 101, E. 4.1.3; BGE 144 III 552, E. 4.1.2; BGE 121 III 488, E. 2d; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305 f.; VOGEL, S. 811; DAETWYLER/STALDER, S. 159 f.; kritisch SCHWANDER, Urteil, S. 78.

⁶⁴³ Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist für die Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung nicht die Involvierung schlechthin aller Abtretungsgläubiger, sondern nur der *prozessführungsbefugten* Abtretungsgläubiger notwendig (vgl. Rz. 234 hierzu). Diese Differenzierung besteht deshalb, weil ein Abtretungsgläubiger auf die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich eines Verfahrens verzichten kann, ohne dass seine Stellung als Abtretungsgläubiger dahinfiele.

⁶⁴⁴ BGE 145 III 101, E. 4.1.3: «La faculté de faire valoir en justice, en son propre nom, le droit d'un tiers est une condition de recevabilité de l'action que le juge doit examiner d'office. Il doit contrôler en particulier, sur la base de la formule 7F, que le droit de procéder appartient (encore) aux (seuls) créanciers qui agissent devant lui. Si tel n'est pas le cas, il ne doit pas entrer en matière sur la demande déposée par une partie seulement des créanciers cessionnaires.»

⁶⁴⁵ Vgl. Rz. 33 und Rz. 441 ff., wonach die Aktivlegitimation beim Rechtsträger zu prüfen ist.

heitlichkeit des Urteils sicherstellt. Unterschiedliche Urteile unter den einzelnen Abtretungsgläubigern werden durch diese Prozessvoraussetzung verhindert.

2. Heilbarkeit und Bedeutung für Einzelklagen

Die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung bzw. ihr Fehlen ist heilbar.⁶⁴⁶ Diese Feststellung ist für den Umgang mit Einzelklagen bedeutsam. Da die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung im Lauf des Prozesses geheilt werden kann, müssen Möglichkeiten bestehen, wie die Prozessvoraussetzung auch nach dem Ergreifen einer Einzelklage erfüllt wird. Auf die verschiedenen Koordinationsmöglichkeiten, die hierfür in Anspruch genommen werden können, wird sogleich vertieft eingegangen.⁶⁴⁷ 226

3. Verfahren und Zeitpunkt der Prüfung

Das Gericht ist bei der Gestaltung des Verfahrens zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen weitestgehend frei. Das Verfahren wurde beim Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung bewusst nicht geregelt⁶⁴⁸ und es fällt nicht unter die Regeln des ordentlichen Verfahrens nach Art. 219 ff. ZPO.⁶⁴⁹ Das Gericht muss sich bei der Verfahrensgestaltung jedoch an die allgemeinen Grundsätze der Zivilprozessordnung halten,⁶⁵⁰ worunter insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben und jener der Verhältnismässigkeit zu subsumieren sind.⁶⁵¹ Ist eine heilbare Prozessvoraussetzung nicht erfüllt, hat das Gericht, sobald es die Prozess- 227

⁶⁴⁶ BGer 4A_165/2021, E. 3.2.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.2. Bereits die kantonale Rechtsprechung sah die Heilungsmöglichkeit vor, exemplarisch ZR 1999 Nr. 24, E. II.1.a. Während eine Lehrmeinung die Klärung der Frage in die Hände der Rechtsprechung legt (WALTHER, Rechtsprechung 2018, S. 194), nennen andere Lehrmeinungen diverse Möglichkeiten der Koordination (LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; REINAU, S. 160; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 99; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42; AMONN, S. 677; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, S. 485; MAURER, Rz. 316; VON HOLZEN, S. 114), auf die in Rz. 233 ff. eingegangen wird. Damit bestätigen sie die Heilbarkeit indirekt.

⁶⁴⁷ Rz. 233 ff.

⁶⁴⁸ Botschaft ZPO, S. 7276; BGE 140 III 159, E. 4.2.4; BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 6.

⁶⁴⁹ DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 17; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 220 N 9.

⁶⁵⁰ DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 220 N 9.

⁶⁵¹ SCHWANDER, Prozessvoraussetzung, S. 205 f.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 8; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 45; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 220 N 9.

voraussetzung geprüft hat, zur Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des rechtlichen Gehörs eine Nachfrist zu deren Erfüllung anzusetzen.⁶⁵²

- 228 Prozessvoraussetzungen müssen in der Regel spätestens im Zeitpunkt des Übergangs des Gerichts zur Urteilsberatung erfüllt sein.⁶⁵³ Da das Gericht bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen einzig an die Grundsätze der Zivilprozessordnung gebunden ist, steht es in seinem Ermessen, wann bzw. in welchem Verfahrenszeitpunkt es die Prozessvoraussetzungen prüfen möchte.⁶⁵⁴ Üblicherweise prüft ein Gericht die Prozessvoraussetzungen sogleich nach der Prozesseinleitung.⁶⁵⁵
- 229 Für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist die Feststellung zentral, dass das Gericht die Prozessvoraussetzungen in zeitlicher Hinsicht weitestgehend nach seinem Ermessen prüfen kann. Für Einzelklagen bedeutet dies nämlich, dass die Heilung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung bis zu diesem vom Gericht zu determinierenden Zeitpunkt stattzufinden hat. Die Diskussion, in welchem Verfahrenszeitpunkt ein Gericht die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung prüfen sollte, wird im Rahmen der kritischen Würdigung des Einzelklagerechts geführt.⁶⁵⁶

⁶⁵² Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 3; SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen, S. 205; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 59 N 45; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 8.

⁶⁵³ BGE 140 III 159, E. 4.2.4 mit Hinweis auf gewisse Ausnahmen; BGE 133 III 539, E. 4.3: «Selon les principes généraux de la procédure civile, les conditions de recevabilité du procès doivent encore être réunies au moment du jugement au fond. *En d'autres termes, il suffit qu'elles se réalisent jusqu'à ce terme*» (Kursivsetzung hinzugefügt). BGer 5A_15/2009, E. 4.1 m.w.H.; BGE 133 III 539, E. 4.3; BGE 116 II 209, E. 2.bb; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 5; SUTTER-SOMM, Rz. 606; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 60 N 5; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 60 N 10.

⁶⁵⁴ BGE 140 III 159, E. 4.2.4: «Auch wenn daher die Prüfung hinsichtlich jeder Prozessvoraussetzung sobald als möglich und vor der materiellen Behandlung der Klage erfolgen soll [...], besteht von wenigen Ausnahmen abgesehen [...] keine gesetzliche Regelung, wann sie stattzufinden hat.»; STAHELIN, A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 Rz. 7, legen den Prüfzeitpunkt nach dem Einzelfall fest.

⁶⁵⁵ BGE 140 III 159, E. 4.2.4; BGE 116 II 209, E. 2.bb; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 5, welche aus prozessökonomischen Gründen die möglichst frühe Prüfung der Prozessvoraussetzungen fordert; ebenso DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 220 N 9.

⁶⁵⁶ Rz. 271 ff.

4. Beweislast und Novenregelung

Die Beweislast für die Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung liegt beim Einzelkläger bzw. bei den Streitgenossen.⁶⁵⁷ Dies liegt daran, dass das Gericht die Prozessvoraussetzungen «asymmetrisch» prüft bzw. bei ihrer Prüfung eine «partielle» Untersuchungsmaxime anwendet.⁶⁵⁸ Demnach müssen die Tatsachen hinsichtlich der klagebegründenden Prozessvoraussetzung von der klägerischen Partei bewiesen, die klagehindernden Tatsachen hingegen von Amtes wegen berücksichtigt werden.⁶⁵⁹ Die Prozessführungsbefugnis als Prozessstandschaft ist als prozessbegründende Tatsache zu qualifizieren, denn sie kann systematisch bei der Darlegung der Partei- und Prozessfähigkeit verortet werden,⁶⁶⁰ für welche die klägerische Partei anerkanntermassen die Beweislast trägt.⁶⁶¹ 230

Fragen wirft die Handhabung von klagebegründenden Tatsachen im Zusammenhang mit der Novenregelung auf. So ist nicht klar, ob die Anwendung der Verhandlungsmaxime im Prozess zur Folge hat, dass die klagebegründenden Tatsachen ebenfalls der gleichen Maxime unterliegen und damit Art. 229 Abs. 1 ZPO einschlägig ist oder ob für die klagebegründenden Tatsachen die Untersuchungsmaxime gilt, sodass die laschere Novenregelung von Art. 229 Abs. 3 ZPO gilt. Es finden sich sowohl in der Literatur⁶⁶² als auch in der bundesgerichtlichen 231

⁶⁵⁷ Exemplarisch BGE 144 III 552, E. 4.1.3 und E. 4.1.4, wonach als Beweismass der strikte Beweis gefordert ist; BGE 141 III 294, E. 6.1; BGE 139 III 278, E. 4.3; BGer 5P.204/2004, E. 5.4; KGer VD Jug/2017/47, E. III.d und E. III.e; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198 ff.; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 99.

⁶⁵⁸ Explizit den Ausdruck «partiell» oder «asymmetrisch» verwendend: KGer VS C1 22 32, E. 4.3.2; HGer ZH HG200195, E. 3.3; CR CPC-COPT/CHABLOZ, Art. 60 N 3; HUBER-LEHMANN, Stolpersteine, S. 32 f.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 60 N 2.

⁶⁵⁹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 60 N 2; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 10; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 5 m.w.H.; BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 5. A.A. SCHWANDER, Urteil, S. 78, wonach das Gericht die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen und ohne Auferlegung der Beweislast an die klägerischen Abtretungsgläubiger zu prüfen habe.

⁶⁶⁰ Vgl. für die Prozessstandschaft CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 59 N 10; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 60.

⁶⁶¹ BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 16.

⁶⁶² Für die Anwendung der *Verhandlungsmaxime* auf die Novenregelung: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 60 N 2; MARKUS/HUBER-LEHMANN, S. 91 f.; HUBER-LEHMANN, Stolpersteine, S. 50; PC CPC-COPT/CHABLOZ, Art. 60 N 3. Für die

Rechtsprechung⁶⁶³ widersprüchliche Meinungen. Was die Rechtsprechung angeht, ist auffallend, dass das Bundesgericht bei der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung Art. 229 Abs. 3 ZPO anwendet. Letztlich dürfte dies von der Bestrebung geleitet sein, die Koordination bei Einzelklagen möglichst lange und voraussetzungslos zuzulassen. Die Diskussion ist in der vorliegenden Arbeit indes nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Prüft das Gericht die Prozessvoraussetzungen in einem frühen Verfahrensstadium, verliert die Novenfrage an Bedeutung.⁶⁶⁴

5. Fazit

- 232 Die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung führt dazu, dass bei einer Einzelklage nur dann ein Sachurteil ergehen kann, wenn alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sind. Da die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung heilbar ist, kann die Koordination der Abtretungsgläubiger, d.h. das Erfüllen der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung, auch nach der Anhebung einer Einzelklage erfolgen. Wann die Koordination zu erfolgen hat, ist in das Ermessen des Gerichts gestellt, denn es legt den Zeitpunkt der Prüfung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung fest. Eine andere Frage hingegen ist, *wie* die Koordination zur Erfüllung

Anwendung der *Untersuchungsmaxime*: ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 229 N 14a; OFK ZPO-ENGLER, Art. 229 N 11; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 229 N 7.

⁶⁶³ Für die Anwendung der *Verhandlungsmaxime*: BGer 5A_741/2020, E. 5.2.1: «Dans les procès soumis à la maxime des débats, il revient au demandeur d'apporter les éléments permettant de conclure au respect des conditions de recevabilité, selon les règles de procédure applicables en matière de présentation des faits et des preuves [m.w.H. auf diverse Bundesgerichtsentscheide].»; BGer 4A_229/2017, E. 3.4; HGer ZH HG200195, E. 3.3: «Nicht verlangt wird dagegen, Tatsachen, welche für das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen sprechen, zu berücksichtigen, wenn solche von der klagenden Partei nicht oder *verspätet* vorgebracht worden sind» (Kursivsetzung hinzugefügt). Für die Anwendung der *Untersuchungsmaxime*, wobei sich die verschiedenen Urteile explizit auf die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung bei Abtretungsgläubigern beziehen: BGer 4A_165/2021, E. 3.2.3: «Même lorsque le procès au fond est régi par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), l'établissement des faits nécessaires pour juger des conditions de recevabilité est soumis à la maxime inquisitoire simple (ATF 139 III 278 consid. 4.3; arrêt 4A_100/2016 du 13 juillet 2016 consid. 2.1). Sous l'empire de cette dernière maxime, le tribunal doit admettre les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations, conformément à l'art. 229 al. 3 CPC.» Der Entscheid wurde in BGE 148 III 322, E. 3.7, bestätigt.

⁶⁶⁴ Vgl. Rz. 282 für die in dieser Dissertation getroffene Empfehlung hinsichtlich des Prüfzeitpunkts.

der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung erfolgt. Diese Frage wird im Folgekapitel durch die Auseinandersetzung mit den einzelnen Koordinationsmöglichkeiten im Fall einer Einzelklage oder bei Parallelklagen beantwortet. Erst nach Darlegung des Gehalts der einzelnen Koordinationsmöglichkeiten kann eruiert werden, ob das Ergreifen einer Einzelklage sinnvoll ist oder nicht.

II. Koordinationsmöglichkeiten

1. Bei einer Einzelklage

Das vorliegende Kapitel setzt sich mit den Koordinationsmöglichkeiten bei einer Einzelklage auseinander. Eine weitere Einzelklage, welche die beiden Einzelklagen zu Parallelklagen machen würde, ist als Prämisse für die folgenden Ausführungen nicht rechtshängig. 233

1.1 Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis

Die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung kann bei einer Einzelklage erfüllt werden, wenn Abtretungsgläubiger, die nicht in einer Einzelklage involviert sind, auf ihre Prozessführungsbefugnis verzichten.⁶⁶⁵ Die Verzichtserklärung⁶⁶⁶ muss sich dabei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einzig auf die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich desjenigen Prozesses beziehen, in dem die Prozessführungsbefugnis geprüft wird.⁶⁶⁷ Diese Rechtsprechung gibt Anlass, hinsichtlich des Verzichtsumfangs zu differenzieren: Dem verzichtenden Abtre- 234

⁶⁶⁵ BGE 144 III 552, E. 4.1.4; BGer 5P.204/2004, E. 5.4; ZR 1999 Nr. 24, E. II.a; DAETWYLER/STALDER, S. 159; VON HOLZEN, S. 113.

⁶⁶⁶ BGE 144 III 552, E. 4.1.1: «établissent que les autres créanciers cessionnaires avaient renoncé à agir, ce qu'ils pouvaient faire par la simple production d'une déclaration de renonciation».

⁶⁶⁷ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2: «ont renoncé à agir *dans la présente procédure*» (Kursivsetzung hinzugefügt); BGE 145 III 101, E. 4.1.3; BGE 144 III 552, E. 4.2: «Les recourants ont en revanche raison lorsqu'ils affirment que la preuve de la renonciation à agir des autres créanciers cessionnaires ne se rapporte *qu'à la procédure en cause*, soit en l'occurrence une procédure de mainlevée» (Kursivsetzung hinzugefügt). BGE 144 III 552 hatte ein Rechtsöffnungsverfahren als Grundlage. Der Entscheid ist gemäss E. 4.2 analog auf den Prozess in der Sache anwendbar. In der Lehre explizit darauf hinweisend: FHB ZPO-ERK, Rz. 10.125 Fn. 308; LORANDI, Gläubiger, S. 285, spricht von Prozessführungsrecht i.e.S. und dem Prozessführungsrecht i.w.S., das auch die Vergleichsbefugnis umfasst.

tungsgläubiger muss es offenstehen, auf seine Prozessführungsbefugnis einzig hinsichtlich des in Frage stehenden Prozesses oder aber auf die Prozessführungsbefugnis als Rechtswirkung der Abtretungsverfügung zu verzichten. Im erstgenannten Fall verbleibt dem Abtretungsgläubiger die Prozessführungsbefugnis für andere Prozesse. Beispielsweise kann ein Abtretungsgläubiger auf seine Prozessführungsbefugnis hinsichtlich eines Rechtsöffnungsverfahrens verzichten, ohne dass er seine Prozessführungsbefugnis hinsichtlich des Prozesses zur Beurteilung des Anspruchs gegenüber dem Drittschuldner verlieren würde.⁶⁶⁸ Im zweitgenannten Fall verzichtet der Abtretungsgläubiger gesamtheitlich auf die Befugnisse, die ihm mit der Abtretungsverfügung eingeräumt wurden.⁶⁶⁹ Alle Teilgehalte der Abtretungsverfügung gehen verloren, weshalb der Abtretungsgläubiger auch in keiner Form mehr an der Anspruchsdurchsetzung teilnehmen kann.

- 235 In dieser Dissertation wird im Folgenden ein Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis mit den Begriffen spezifisch bzw. generell charakterisiert. Die *spezifische* Prozessführungsbefugnis bezieht sich auf die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich des in Frage stehenden Prozesses und berührt damit den ersten Fall; die *generelle* Prozessführungsbefugnis bezieht sich auf die Rechtsfolge der Abtretungsverfügung und damit auf den zweiten Fall.

1.2 Klagebeitritt

1.2.1 Einführung

- 236 Liegt kein Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis vor, kann die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung auch erfüllt werden, indem die prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger, die nicht in der Einzelklage involviert sind, dieser beitreten.

1.2.2 Anwendbare Regeln

(a) Nebenintervention nach Art. 74 ff. ZPO oder Parteiwechsel

- 237 In der Lehre finden sich im Zusammenhang mit dem Prozessbeitritt eines Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung⁶⁷⁰ Stimmen, die vorschlagen, dass solche Abtretungsgläubiger durch die analoge Anwendung der

⁶⁶⁸ Vgl. exemplarisch BGE 144 III 552, E. 4.2.

⁶⁶⁹ Vgl. Rz. 177 für eine Aufzählung der verschiedenen Befugnisse.

⁶⁷⁰ Vgl. Rz. 16 für die Begriffsbestimmung und Rz. 478 ff. für weitergehende Ausführungen hinsichtlich des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung.

Regeln der Nebenintervention⁶⁷¹ oder durch die analoge Anwendung der Regeln des Parteiwechsels gemäss Art. 83 ZPO⁶⁷² einer Einzelklage beitreten könnten. Die Lehrmeinungen können auf die Situation übertragen werden, in der eine Einzelklage durch einen von mehreren Abtretungsgläubigern hängig gemacht wurde. Ist nämlich im Zeitpunkt des Erlasses der nachträglichen Abtretungsverfügung bereits ein Prozess der bestehenden Abtretungsgläubiger hängig, dann besteht die gleiche Situation wie bei einer Einzelklage, bei der nicht *ab initio* alle Abtretungsgläubiger in den Prozess involviert wurden. Ein oder mehrere prozessführungsbefugte Abtretungsgläubiger sind in beiden Fällen nicht in den Prozess involviert.

Die *Nebenintervention* gemäss Art. 74 ff. ZPO wird aufgrund der unpassenden 238 Rechtsfolgen des Beitritts abgelehnt.⁶⁷³ So muss dem beitretenden Abtretungsgläubiger Hauptparteistellung zukommen und gerade nicht die Stellung als Nebenpartei, die sich nicht in Widerspruch zu Prozesshandlungen der unterstützten Hauptpartei stellen kann (Art. 76 Abs. 2 ZPO).⁶⁷⁴ Auch die Rechtsfolgen des Parteiwechsels passen nicht richtig, weil mangels Ausscheidens einer Partei diese auch nicht solidarisch haftbar sein kann, wie Art. 83 Abs. 2 ZPO festhält.

(b) *Streitgenössische Nebenintervention*

(aa) *Bundesgerichtliche Anerkennung*

Die Streitgenössische Nebenintervention ist kein unbekanntes Rechtsinstitut. Sie 239 fand sich in einigen kantonalen Zivilprozessordnungen, die durch Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung ausser Kraft gesetzt wurden.⁶⁷⁵ Beim Erlass der eidgenössischen Zivilprozessordnung fand die Streitgenössische Nebenintervention indes keine Berücksichtigung.⁶⁷⁶ Im Jahr 2016 bejahte das Bundesgericht

⁶⁷¹ Explizit für die Abtretungsgläubiger: MABILLARD, Abtretung, S. 158 ff. Für die Streitgenossen im Rahmen der Durchsetzung des Anspruchs nach Art. 678 OR: ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 158.

⁶⁷² BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 100.

⁶⁷³ Vgl. zu dieser Kritik Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 76 N 12.

⁶⁷⁴ SUTTER-SOMM/SEILER/AMMANN, S. 1073; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.57.

⁶⁷⁵ Für eine Übersicht vgl. JdT II 2020, S. 120, und RITTER, Rz. 137 Fn. 410; HABSCHEID, Rz. 321.

⁶⁷⁶ Dies gilt trotz der Tatsache, dass bereits in der Vernehmlassung darauf hingewiesen wurde, dass die Anwendbarkeit der Streitgenössischen Nebenintervention auch unter der ZPO notwendig sei. Vernehmlassung Vorentwurf ZPO, S. 199 f.: «Die selbstständige, unabhängige Streithilfe (= Streitgenössische Nebenintervention) wird offenbar bewusst weggelassen, mit dem Hinweis, dass für die Regelung kein Bedürfnis bestehe

die Anwendbarkeit der streitgenössischen Nebenintervention als Rechtsinstitut auch unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung.⁶⁷⁷

(bb) Parteistellung des streitgenössischen Nebenintervenienten

- 240 Auffallend am Entscheid aus dem Jahr 2016 ist, dass das Bundesgericht den streitgenössischen Nebenintervenienten als *Nebenpartei* nennt.⁶⁷⁸ Eine Ansicht spricht sich dafür aus, dass der streitgenössische Nebenintervenient wie eine Nebenpartei an die Dispositionshandlungen der Hauptparteien gebunden wäre.⁶⁷⁹ Ihr kann nicht gefolgt werden.
- 241 Eine solche Bindung kann der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht entnommen werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt dem streitgenössischen Nebenintervenienten das Recht zu, auch gegen den Willen der unterstützten Hauptpartei ein Rechtsmittel zu ergreifen.⁶⁸⁰ Das Ergreifen eines Rechtsmittels kann zu einem von der Vorinstanz abweichenden Sachentscheid führen. Ist dem streitgenössischen Nebenintervenienten dieses Recht zugestanden, ist nicht zu sehen, weshalb er bei einem Vergleich oder einem Klagerückzug der Hauptparteien kein Mitspracherecht erhalten soll, denn alle berühren die Streitsache. Darüber hinaus hält der Bundesgerichtsentscheid bei der Begründung, wieso es die streitgenössische Nebenintervention anerkenne, fest: «Der gewöhnliche Nebenintervenient könnte etwa einem kollusiven und für ihn nachteiligen Zusammenwirken der Hauptparteien nicht entgegenwirken, wenn er mit seinen Vorbringen, die im Widerspruch zu den Handlungen der von ihm unterstützten Hauptpartei stehen, nicht gehört würde.»⁶⁸¹ Kollusives Handeln wäre aber gerade auch über einen Klagerückzug oder einen Vergleich denkbar.

(vgl. Bericht zum Vorentwurf ZPO, S. 37 unten). Wir erachten jedoch auch die Regelung der selbstständigen, unabhängigen Streithilfe als erforderlich. Diese Regelung braucht es für all jene Fälle, in denen ein Urteil kraft Zivilrecht unmittelbar auch für Dritte verbindlich ist.»

⁶⁷⁷ BGer 5A_787/2020, E. 1.2.2; BGE 142 III 629, Regeste. Diese Rechtsprechung führt dazu, dass sich die streitgenössische Nebenintervention auch in kantonalen Entscheiden findet: OGer AG ZVE.2022.2, E. 1.2; OGer ZH LZ190010, E. IV.2.2; OGer SO ZKBER.2019.57, E. 3.2.

⁶⁷⁸ BGE 142 III 629, Regeste.

⁶⁷⁹ STAEHELIN, S. 90; BSK ZPO-GRABER, Art. 76 N 20; PC CPC-MAY CANELLAS, Art. 76 N 18; HABSCHEID, Rz. 321; BRUNNER, Rz. 454.

⁶⁸⁰ BGE 142 III 629, E. 2.3.4.

⁶⁸¹ BGE 142 III 629, E. 2.3.6.

Insofern muss geschlossen werden, dass dem streitgenössischen Nebenintervenienten bzgl. der Disposition über den Streitgegenstand die gleiche Befugnis zukommen muss wie den bestehenden Hauptparteien. Dass das Bundesgericht den streitgenössischen Nebenintervenienten als Nebenpartei nennt, ist terminologisch unglücklich, denn er kann gerade auch Prozesshandlungen vornehmen, die im Widerspruch zu jenen der unterstützten Hauptpartei stehen.⁶⁸² Sie sind einzig durch den Zeitpunkt des Verfahrensbeitritts beschränkt, weil sich der streitgenössische Nebenintervenient Prozesshandlungen, die vor seinem Beitritt vorgenommen wurden, gefallen lassen muss.⁶⁸³ Der Beitritt in das bestehende Verfahren als streitgenössischer Nebenintervenient ist nicht auf ein bestimmtes Verfahrensstadium beschränkt; so ist beispielsweise ein Beitritt auch erst im Rechtsmittelverfahren möglich.⁶⁸⁴

(cc) *Streitgenössische Nebenintervention und Abtretungsgläubiger*

Voraussetzung der streitgenössischen Nebenintervention ist, «dass das zwischen den Hauptparteien ergehende Urteil auch in Bezug auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zum Gegner der unterstützten Hauptpartei direkt wirksam ist.»⁶⁸⁵ Das Bundesgericht nannte diese Voraussetzung vor dem Hintergrund eines Organisationsmängelverfahrens. Dem Aktionär, dem die Stellung als streitgenössischer Nebenintervenient zugestanden wurde, stand aufgrund seiner Beteiligung an der Aktiengesellschaft in einem Rechtsverhältnis mit dieser. Das Urteil hätte auf die Rechtsstellung des Aktionärs gewirkt, beispielsweise durch die gerichtliche Auflösung der Aktiengesellschaft.⁶⁸⁶ Ein *Abtretungsgläubiger*, der nicht in eine

⁶⁸² BGer 4A_499/2019, E. 1.2.2; BGE 142 III 629, E. 2.3.7; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 76 N 13; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 74 N 8; GULDENER, S. 307.

⁶⁸³ OGer SO ZKBER.2019.57, E. 3.2; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 76 N 6; HOHL, Rz. 1020; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 76 N 13; BRUNNER, Rz. 454; WEBER/DALLAFIOR, S. 43. A.A. SOGO, S. 356 f., der fordert, dass der streitgenössische Nebenintervenient die verpassten Verfahrensschritte nachholen dürfe.

⁶⁸⁴ OGer SO ZKBER.2019.57, E. 3.2.

⁶⁸⁵ BGE 142 III 629, E. 2.3.4. In der gleichen Erwägung: «Für genau solche Fälle, in denen das zwischen den Hauptparteien ergehende Urteil direkte Wirkungen auch gegenüber dem Nebenintervenienten entfaltet, sahen frühere kantonale Zivilprozessordnungen die sog. streitgenössische Nebenintervention [...] vor.»

⁶⁸⁶ BGE 142 III 629, E. 2.3.7: «Wie oben in E. 2.3.1 und 2.3.2 dargelegt, wirkt das bezirksgerichtliche Urteil kraft materiellen Rechts (i.e. Art. 731b OR) auch gegenüber dem Beschwerdeführer als Nebenintervenienten. Bei einem Organisationsmängelgesuch handelt es sich mithin wie bei einer aktienrechtlichen Anfechtungs- oder Auflösungsklage (Art. 706 bzw. Art. 736 Ziff. 4 OR) um eine gesellschaftsrechtliche Streitig-

Einzelklage involviert ist, steht gerade nicht in einem Rechtsverhältnis mit dem Drittschuldner. Mangels Rechtsverhältnisses kann das Urteil über die Einzelklage auch keine Rechtskraft auf ein solches haben, zumal die Leistungsklage *inter partes* und nicht *erga omnes* wirkt.⁶⁸⁷ Die Abtretungsgläubiger fallen vor diesem Hintergrund nicht unter die vom Bundesgericht definierten Anwendungsvoraussetzungen. Im Folgenden wird jedoch aufgezeigt, dass die Rechtsfolgen der streitgenössischen Nebenintervention für den Klagebeitritt von Abtretungsgläubigern in eine Einzelklage passen. Aus diesem Grund sollte die streitgenössische Nebenintervention qua *Analogieschluss* auf die Abtretungsgläubiger Anwendung finden.

- 244 Die Betrachtung des Zwecks der streitgenössischen Nebenintervention verdeutlicht, dass dieser auf die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG passt.⁶⁸⁸ So begründet das Bundesgericht die Zulässigkeit der streitgenössischen Nebenintervention mit dem Satz: «Die einschneidende Wirkung des Urteils rechtfertigt es, dem Nebenintervenienten zu ermöglichen, den Prozess in selbständiger Stellung zu führen.»⁶⁸⁹ Diese einschneidende Wirkung ergibt sich beim Organisationsmängelverfahren aufgrund der drohenden Auflösung der Aktiengesellschaft und den Folgen für den Aktionär. Das Gestaltungsurteil wirkt *erga omnes*, also auch auf die nicht im Prozess involvierten Aktionäre.⁶⁹⁰ Für die *Abtretungsgläubiger* liegt die einschneidende Wirkung im Fall einer Einzelklage gerade nicht in einer Betroffenheit aufgrund eines *erga omnes* wirkenden Urteils. Im Gegenteil: Ihre *Betroffenheit* liegt darin, dass sie nicht am Prozess gegenüber dem Gemeinschuldner teilnehmen. Sie möchten von der *inter partes*-Wirkung des Leistungsurteils erfasst sein, um von der Erlösverteilung, die durch die Anspruchsdurchsetzung gegenüber dem Drittschuldner resultiert, profitieren zu können. Dies ist aber nur durch den *Prozessbeitritt* möglich. Dieses Motiv muss als «einschneidende Wirkung» i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls anerkannt werden.

keit, über die mit einem Urteil zu entscheiden ist, das *gegenüber allen Aktionären* kraft materiellen Rechts notwendigerweise direkte Wirkungen entfaltet, die nicht nach Art. 77 ZPO in einem Folgeprozess beseitigt oder abgemildert werden können.»

⁶⁸⁷ Rz. 110.

⁶⁸⁸ BVGE 2015/20, E. 3.4.3: «Der Analogieschluss dient dazu, eine rechtliche Regel über deren Wortsinn hinaus auf einen gleich gelagerten Sachverhalt auszudehnen, und stützt sich auf den durch teleologische Auslegung ermittelten Normsinn der auszudehnenden Norm.»

⁶⁸⁹ BGE 142 III 629, E. 2.3.4.

⁶⁹⁰ BGE 142 III 629, E. 2.3.7.

Darüber hinaus ist der enge Konnex zwischen der *generellen* uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft und der streitgenössischen Nebenintervention kein neuer Gedanke. So finden sich Ausführungen, wonach die streitgenössische Nebenintervention bei der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft einen gangbaren Weg darstelle, um das rechtliche Gehör der nicht am Prozess beteiligten prozessführungsbefugten Personen sicherzustellen, bzw. wonach die streitgenössische Nebenintervention sogar ein Anwendungsfall der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft sei.⁶⁹¹ Da auch die Abtretungsgläubiger eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft bilden, ist die Anwendung der Rechtsfolgen der streitgenössischen Nebenintervention naheliegend. 245

Die Zulässigkeit der streitgenössischen Nebenintervention für Abtretungsgläubiger bedeutet, dass diese im Fall einer Einzelklage als streitgenössische Nebenintervenienten beitreten können. 246

(c) *Unzulässigkeit der Beiladung*

Die Beiladung wurde vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung von der Lehre als Möglichkeit vorgeschlagen, um das rechtliche Gehör von uneigentlichen notwendigen Streitgenossen sicherzustellen, die nicht am Verfahren beteiligt und von der Rechtskrafterstreckung umfasst waren.⁶⁹² Mit der Beiladung erlangte die beigeladene Person Parteistellung,⁶⁹³ was auch gegen ihren Willen geschehen konnte.⁶⁹⁴ 247

⁶⁹¹ OGer ZH LZ190010, E. IV.2.2: «Wird nämlich originär eine zulässige Einzelklage der Mutter oder des Kindes erhoben, so steht es der anderen Partei frei, sich ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren in eigenem Namen als streitgenössische Nebenintervenientin am Verfahren zu beteiligen (bzw. als Partei beizutreten).»; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 16; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 76 N 12; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 186, sehen die streitgenössische Nebenintervention als Anwendungsfall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft; BK ZPO I-ZUBER/GROSS, Art. 74 N 10, erlauben die Anwendung nur dann, wenn keine andere Norm eine Koordination zulässt; MABILLARD, Streitgenossenschaften, S. 130, fordert eine analoge Anwendung der Regeln der Nebenintervention, meint damit wohl aber die streitgenössische Nebenintervention, da er auf Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 16 verweist.

⁶⁹² VON HOLZEN, S. 61; HABSCHIED, Rz. 288.

⁶⁹³ Vgl. für diese Wirkung Art. 24 Abs. 2 lit. a BZP; DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 74 N 5.

⁶⁹⁴ SUTTER-SOMM/SEILER/AMMANN, S. 1079 m.w.H.

- 248 Die eidgenössische Zivilprozessordnung kennt das Rechtsinstitut der Beiladung nicht, weshalb es von der Mehrheit der Lehre abgelehnt wird.⁶⁹⁵ Das Bundesgericht hält die Unzulässigkeit der Beiladung unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung dann auch explizit fest.⁶⁹⁶ Weil die Beiladung sowohl von der herrschenden Lehre als auch vom Bundesgericht explizit abgelehnt wird, besteht für sie als Koordinationsinstrument bei einer Einzelklage kein Platz.

(d) *Unzulässigkeit der gerichtlichen Fristansetzung zur Stellungnahme*

- 249 Ein Entscheid des Zürcher Handelsgerichts und eine umstrittene Lehrmeinung⁶⁹⁷ geben Anlass, die Frage zu diskutieren, ob Gerichte die nicht in einer Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger zum Klagebeitritt oder zum Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis zwingen können. Einer von zwei Abtretungsgläubigern machte am letzten Tag innert der altrechtlichen zweijährigen Verwirkungsfrist eine paulianische Anfechtungsklage und eine superprovisorische Massnahme hängig. Das Handelsgericht Zürich wies das Gesuch um superprovisorische Massnahme ab und gab dem Gesuchsgegner das Recht zur Stellungnahme.⁶⁹⁸ Es setzte zudem der nicht im Verfahren involvierten Abtretungsgläubigerin eine Frist, «um [...] zur Frage, ob sie am vorliegenden Prozess teilnehmen wolle» Stellung zu nehmen, wobei Säumnis als Verzicht gewertet werden würde.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 74 N 5; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 74 N 4; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 12; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 14; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 25; DAETWYLER/STALDER, S. 160 f. A.A. SUTTER-SOMM/SEILER/AMMANN, S. 1081 ff., mit der Begründung, dass das Institut im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nicht diskutiert worden sei und somit eine *echte Gesetzeslücke* bestehe.

⁶⁹⁶ BGE 143 III 177, E. 6.1; BGE 142 III 782, E. 3.1.2: «Le CPC ne contient pas de disposition équivalente à l'art. 24 al. 1 let. a, 2e et 3e phrases, PCF, qui permet au juge d'appeler en cause un tiers qui fait partie de la communauté de droit, avec pour effet que celui-ci devient partie au procès.»

⁶⁹⁷ BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 25, spricht von der «Fristansetzung zur Ausdehnung der Klage»; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 3 unter Bezugnahme auf den in der nachgehenden Fussnote zitierten Entscheid; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 36. Die Möglichkeit ablehnend: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 6; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 16. Vgl. DAETWYLER/STALDER, S. 161, mit eingehender Begründung.

⁶⁹⁸ HGer ZH HG120129, E. 4.1.1.

⁶⁹⁹ HGer ZH HG120129, E. 4.1.3.

Die gerichtliche Einladung zur Stellungnahme ist kein zulässiges Koordinationsinstrument. Wie im Grundlagenteil zur notwendigen Streitgenossenschaft dargelegt,⁷⁰⁰ hat das Bundesgericht diese Möglichkeit unter Bezugnahme auf zwei sich dafür aussprechende Autoren explizit verneint.⁷⁰¹ Der Bundesgerichtsentscheid erging im Jahr 2016 und hat zumindest für den Zeitpunkt danach die Rechtslage hinsichtlich der Einladung zur Stellungnahme geklärt. 250

1.3 Zession der Konkursforderung

Eine weitere Möglichkeit, die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung zu erfüllen, ist die Zession der Konkursforderung von einem nicht im Prozess involvierten Abtretungsgläubiger auf einen Abtretungsgläubiger, der an der Einzelklage teilnimmt.⁷⁰² Mit der Konkursforderung geht die Prozessführungsbefugnis als Nebenrecht über.⁷⁰³ 251

2. Bei Parallelklagen

Im Folgenden werden die Koordinationsmöglichkeiten bei Parallelklagen, d.h. mehreren Einzelklagen, der Abtretungsgläubiger diskutiert. 252

2.1 Sperrwirkung der Rechtshängigkeit

In der Lehre wird unter anderem die Meinung vertreten, dass die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung das Eintreten auf eine weitere Einzelklage, die zu Parallelklagen führen würde, verunmögliche.⁷⁰⁴ Zur Sicherstellung der einheitlichen Entscheidung sei die Rechtshängigkeitssperre der Einzelklage auf spätere Klagen auszudehnen.⁷⁰⁵ Diese Meinung wird auch bei Prozessstandschaftern mit 253

⁷⁰⁰ Rz. 48.

⁷⁰¹ BGE 142 III 782, E. 3.1.2.

⁷⁰² ZR 1999 Nr. 24, E. II.a; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198; VON HOLZEN, S. 113.

⁷⁰³ Vgl. Rz. 486 ff. für weitergehende Ausführungen und damit zusammenhängende Folgefragen.

⁷⁰⁴ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 16, unter gleichzeitigem Hinweis auf die streitgenössische Nebenintervention; MABILLARD, Streitgenossenschaften, S. 129; ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 158; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 174; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 346; LÖTSCHER, Prozessführung, S. 629; BRUNNER, Rz. 531; SCHLAEPFER, S. 181.

⁷⁰⁵ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 16; BRUNNER, Rz. 531; MABILLARD, Streitgenossenschaften, S. 129; SCHLAEPFER, S. 181.

nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis vertreten,⁷⁰⁶ worunter sich die Abtretungsgläubiger subsumieren lassen.⁷⁰⁷

- 254 Wird eine Klage rechtshängig gemacht, tritt die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit ein. Sie verhindert, dass eine identische Klage vom gleichen oder von einem anderen Gericht beurteilt werden kann.⁷⁰⁸ Eine identische Klage liegt vor, wenn zwischen den Klagen *Parteiidentität*⁷⁰⁹ besteht und der *Streitgegenstand* der gleiche ist.⁷¹⁰
- 255 Führen mehrere Abtretungsgläubiger Parallelklagen, ist deren Streitgegenstand identisch.⁷¹¹ Gleichwohl führt die Rechtshängigkeit von einer der Parallelklagen *nicht zur Sperrwirkung* gegenüber den anderen Parallelklagen, denn hierzu fehlt den Parallelklagen die nötige Parteiidentität. Wer Partei in einem Prozess ist, ergibt sich aus dem formellen Parteibegriff.⁷¹² Dem *formellen* Parteibegriff nach wird nicht der Rechtsträger des Anspruchs als Partei behandelt, sondern diejenige Person, die als Kläger oder Beklagter Hauptpartei im Verfahren ist.⁷¹³ Da jede Par-

⁷⁰⁶ LÖTSCHER schlägt zur Vermeidung von Parallelklagen des Rechtsträgers und des Prozessstandschafters oder weiterer Prozessstandschaft vor, dass Gerichte bei der Prüfung der Rechtshängigkeit nicht auf die Parteiidentität, sondern auf die Identität der Prozessführungsbefugnis abstellen sollten (LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 346; LÖTSCHER, Prozessführung, S. 629 f.). Da es diese für jeden Streitgegenstand nur einmal gebe, würden Parallelklagen verhindert (LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 346).

⁷⁰⁷ Rz. 178.

⁷⁰⁸ BGer 4A_141/2013, E. 2.2; BSK ZPO-INFANGER, Art. 64 N 3.

⁷⁰⁹ «Eadem res inter easdem partes»; BK ZPO I-BERGER-STEINER, Art. 64 N 13; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 322; ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 64 N 13; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER-CHEN, Art. 64 N 9.

⁷¹⁰ BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 70; BK ZPO I-BERGER-STEINER, Art. 64 N 13; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 59 N 28; BSK ZPO-INFANGER, Art. 64 N 3; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 327; LÖTSCHER, Prozessführung, S. 629.

⁷¹¹ Das Bundesgericht stellt bei der Identität des Streitgegenstands hinsichtlich der Rechtshängigkeitssperre auf die Kernpunkttheorie ab (BGE 138 III 570, E. 4.2.2; KGer BL 400 21 166, E. 5.2; Kuko ZPO-DROESE, Art. 64 N 8 m.w.H.; HOSTETTLER, Rz. 198 Fn. 656 m.w.H. auf die Lehre). Demnach sind zwei Streitgegenstände identisch, wenn die gleiche Rechtsfrage im Mittelpunkt der Verfahren steht (Kuko ZPO-DROESE, Art. 64 N 8). Da die Abtretungsgläubiger alle den *gleichen Anspruch des Gemeinschuldners* gegenüber dem Drittschuldner gelten machen, ist der Streitgegenstand i.S. der Kernpunkttheorie bei Parallelklagen identisch.

⁷¹² HABSCHEID, Rz. 270.

⁷¹³ Vgl. HABSCHEID, Rz. 270; GULDENER, S. 124; BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorbem. zu Art. 160–167 N 7.

alleklage von unterschiedlichen Abtretungsgläubigern gegenüber dem gleichen Drittschuldner geführt wird, unterscheiden sich die Parteien innerhalb der Parallelklagen.⁷¹⁴ Mangels Parteiidentität ist das Bestehen von Parallelklagen für die Abtretungsgläubiger möglich, was auch das Bundesgericht anerkennt.⁷¹⁵

Die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit ist auch noch aus einem anderen Grund abzulehnen. Bestünde sie, käme einer Einzelklage eine Präklusionswirkung hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung für alle übrigen Einzelklagen zu. Ein Rennen zwischen den Abtretungsgläubigern um die erste rechtshängige Einzelklage wäre die Folge. Dies ist eine Situation, die unter dem Gleichheitsgebot der Konkursgläubiger nicht haltbar ist.⁷¹⁶

2.2 Rechtskrafterstreckung des Urteils

Als weiteres Koordinationsinstrument von Parallelklagen muss die Rechtskrafterstreckung diskutiert werden. Die Koordination geschieht dabei über die Rechtskrafterstreckung der ersten rechtskräftigen Parallelklage. Wird diese rechtskräftig, fällt das Rechtsschutzinteresse der übrigen Parallelkläger dahin, weshalb die noch nicht rechtskräftigen Parallelverfahren als gegenstandslos abgeschrieben werden.⁷¹⁷ Als sinnvolles Anwendungsbeispiel dieser Koordinationsmöglichkeit können parallel geführte Beschlussanfechtungsklagen angeführt werden.⁷¹⁸ Sie

⁷¹⁴ LÖTSCHER, Prozessführung, S. 629; ZOGG, Unterhaltsklagen, S. 21; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 16 mit Verweis auf die mangelnde Parteiidentität, die Zulässigkeit der Parallelklage aber pauschal ablehnend. Zudem hat das Bundesgericht in BGer 4A_9/2022, E. 3, festgehalten, dass im Fall einer Partialzession die Parteiidentität zwischen dem Zedenten und dem Zessionar nicht gegeben ist. Entsprechend können sowohl der Zessionar als auch der Zedent über den gleichen Streitgegenstand ein Verfahren führen, ohne dass die Rechtshängigkeitssperre des zuerst eingeleiteten Verfahrens die Durchsetzung des anderen Partialanspruchs hindern würde.

⁷¹⁵ Vgl. Fn. 618 für die Rechtsprechung.

⁷¹⁶ BGE 121 III 488, E. 2d: «Das Anliegen, widersprechende Urteile über denselben Anspruch zu vermeiden, [...] könnte zwar auch durch die Grundsätze der materiellen Rechtskraft und der Litispendenz gewahrt werden. Damit wäre jedoch dem Prinzip der Gleichbehandlung nicht Rechnung getragen.»; AB GE DCSO/333/22, E. 2.1.4.

⁷¹⁷ EMCH, S. 217. Mit Bezug auf die Gegenstandslosigkeit BGer 4A_411/2008, Erwägung; RITTER, Rz. 431: «Der [sic] Rechtskrafterstreckung des ersten stattgebenden Urteils wirkt in getrennten Parallelverfahren insofern koordinativ, als sie im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft die Gegenstandslosigkeit jedes noch hängigen Verfahrens gegen den Beschluss bewirkt.»; SHK FusG-SCHENKER, Art. 106 N 34.

⁷¹⁸ ZK OR-TANNER, Art. 706 N 200: «Mit der Gutheissung werden alle weiteren Anfechtungsklagen, die sich auf denselben Generalversammlungsbeschluss beziehen, gegenstandslos.»

alle zielen auf die Aufhebung des in Frage stehenden Beschlusses. Wird der angefochtene Beschluss durch eine Parallelklage aufgehoben, wirkt der Aufhebungsbeschluss als Gestaltungsurteil *erga omnes*⁷¹⁹ und das Rechtsschutzinteresse der übrigen Parallelkläger fällt dahin. Wird hingegen eine Parallelklage abgewiesen, wirkt sie *inter partes*,⁷²⁰ was den übrigen Parallelklagen nicht schadet.

- 258 Diese Ratio kann nicht auf die Forderungsklage der Abtretungsgläubiger übertragen werden. Da das Urteil über die Forderungsklage nur *inter partes* wirkt,⁷²¹ käme es zu einem Wettrennen unter den verschiedenen Parallelklagen. Zudem könnten sich die in den Parallelklagen geltend gemachten Forderungsbegehren in der Höhe unterscheiden, was für die Erlösverteilung relevant ist. Auch würde die schlechte Prozessführung durch einen Abtretungsgläubiger allen schaden, sofern über den von ihm geltend gemachten Anspruch zuerst ein rechtskräftiges Urteil erginge. Das Bundesgericht lehnt diesen Koordinationsmechanismus zur Handhabung von Parallelklagen von Abtretungsgläubigern richtigerweise ab.⁷²²

2.3 Überweisung und Vereinigung

- 259 Da sowohl die Koordination über die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit als auch die Rechtskrafterstreckung abgelehnt werden, verbleiben für die Koordination von Parallelklagen die Überweisung und die Vereinigung nach den Regeln der Zivilprozessordnung. Sowohl das Bundesgericht⁷²³ als auch die Literatur⁷²⁴ sehen diese beiden Instrumente als Koordinationsmechanismen für Parallelklagen von uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG.

⁷¹⁹ Rz. 109.

⁷²⁰ Rz. 109.

⁷²¹ Rz. 110.

⁷²² BGE 121 III 488, E. 2d.

⁷²³ BGE 136 III 534, Sachverhalt A und B exemplarisch hinsichtlich der abstrakten Möglichkeit; BGE 121 III 488, E. 2e: «Besteht die Möglichkeit, alle Klagen in einem einheitlichen Verfahren zu vereinigen, so ist es Sache des kantonalen Prozessrechts, zu bestimmen, in welchem Zeitpunkt und auf welche Weise dies zu geschehen hat.»; BGE 107 III 91, E. 1; BGE 93 III 59, E. 1c; BGE 63 III 70, E. 1.

⁷²⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 99; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 44 N 3d; VON HOLZEN, S. 114; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 199; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72.

Werden Parallelklagen an *unterschiedlichen Foren*⁷²⁵ hängig gemacht, kann das 260
 später angerufene Gericht mit Einverständnis des früher angerufenen Gerichts das
 Verfahren an letzteres überweisen.⁷²⁶ Das Erfordernis des sachlichen Zusammen-
 hangs ist aufgrund des gleichen Streitgegenstands bei Parallelklagen der Abtre-
 tungsgläubiger erfüllt.⁷²⁷ Da die Überweisung eine Kann-Vorschrift ist,⁷²⁸ liegt die
 damit verbundene Verfahrenskoordination im Ermessen der Gerichte. Als Rechts-
 folge der Überweisung wird die überwiesene Klage im gleichen Verfahrenssta-
 dium fortgeführt⁷²⁹ und das neu zuständige Gericht hat die Wahl, die überwiesene
 Klage mit der bestehenden Klage zu vereinigen, eine getrennte Behandlung vor-
 zunehmen oder einen Prozess zu sistieren.⁷³⁰ Aufgrund des identischen Streitge-
 genstands müssen die Verfahren nach vorliegender Ansicht vereinigt werden. Das
 weniger fortgeschrittene Verfahren muss durch die Verfahrensangleichung in das
 gleiche Prozessstadium gebracht werden wie das fortgeschrittenere Verfahren.⁷³¹

Werden Parallelklagen *beim gleichen Gericht* hängig gemacht, kann das Gericht 261
 die beiden Verfahren vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Der Vereinigung liegt die
 Zweckmässigkeit als Gedanke zugrunde.⁷³² Da aufgrund der Notwendigkeit des
 einheitlichen Urteils die Streitgegenstände die gleichen sind, ist der für die Ver-
 einigung notwendige sachliche Konnex gegeben und eine Vereinigung scheint
 zweckmässig.⁷³³

⁷²⁵ Art. 40 ZPO sieht beispielsweise für Verantwortlichkeitsklagen ein zum Beklagtenge-
 richtsstand nach Art. 10 ZPO alternatives Forum am Gesellschaftssitz vor. Bei Klagen
 nach dem FusG ermöglicht Art. 42 ZPO die Klage am Sitz eines der beteiligten Rechts-
 träger.

⁷²⁶ SUTTER-SOMM, Rz. 716; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 127 N 1.

⁷²⁷ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 127 N 1.

⁷²⁸ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127 N 2.

⁷²⁹ ZPO Komm.-STAEHELIN, Art. 127 N 9; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 127
 N 5.

⁷³⁰ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 127 N 5.

⁷³¹ DIKE Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 127 N 41; BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 127 N 14;
 BK ZPO I-FREI, Art. 127 N 37 f. mit einer Auflistung möglicher Prozesshandlungen
 zur Verfahrensangleichung; OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 127 N 10.

⁷³² BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125 N 14.

⁷³³ Exemplarisch BGE 142 III 626, E. 8.4; BGE 141 III 549, E. 6.5.

III. Die Konkursverwaltung

1. Einleitung und Terminologie

- 262 Nachdem die Koordinationsmöglichkeiten bei Einzel- und Parallelklagen erörtert wurden, folgt die Auseinandersetzung mit der Konkursverwaltung. Ihre Kompetenzen müssen hinsichtlich der Koordination von Einzel- und Parallelklagen in einem eigenen Kapitel dargelegt werden, da der Kompetenzumfang nicht klar abgrenzbar ist und deshalb erst einer Diskussion unterzogen werden muss.
- 263 Vorliegend wird terminologisch von der Konkursverwaltung gesprochen, weil der Begriff breiter ist als derjenige des «Konkursamtes». Die Konkursverwaltung als «ausführendes Organ»⁷³⁴ kann sowohl das Konkursamt als auch eine ausseramtliche Konkursverwaltung sein.⁷³⁵ Wird von Konkursverwaltung gesprochen, ist damit das Konkursamt im Fall eines summarischen Konkursverfahrens mitgemeint.⁷³⁶

2. Befugnisse der Konkursverwaltung

- 264 Gemäss dem Formular 7K kann die Konkursverwaltung Fristen setzen, innert welchen die Abtretungsgläubiger eine Klage einleiten müssen, ansonsten sie eine Widerrufsverfügung aussprechen darf.⁷³⁷ Darüber hinaus wird der Konkursverwaltung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der herrschenden Lehre die Befugnis zugestanden, dass sie *bei verschiedenen Gerichtsständen oder Koordinationsschwierigkeiten* der Abtretungsgläubiger koordinativ wirken darf, um sicherzustellen, dass ein einziger Prozess geführt wird.⁷³⁸ Die Konkursver-

⁷³⁴ AMONN/WALTHER, § 45 Rz. 19; BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 237 N 5.

⁷³⁵ BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 237 N 5; Kuko SchKG-SCHOBER, Art. 231 N 10.

⁷³⁶ Gemäss BGE 121 III 142, E. 2, ist die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung im summarischen Konkursverfahren nichtig (vgl. weiterführend BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 231 N 43).

⁷³⁷ Rz. 173. BGer 4A_77/2014, E. 5.2; AB GE DCSO/333/22, E. 2.2.2, wonach die Frist zur Einhaltung des Gleichheitsprinzips allen Abtretungsgläubigern angesetzt werden müsse; OGer ZH PS150205, E. 4.3; DAETWYLER/STALDER, S. 162; VON HOLZEN, S. 113; SCHLAEPFER, S. 186 ff.; BÖCKLI, § 16 Rz. 185.

⁷³⁸ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2, und BGE 145 III 101, E. 4.1.2, unter Hinweis auf BGE 121 III 488, E. 2d. DAETWYLER/STALDER, S. 159, sprechen von «vorprozessualer

waltung könne hierzu auf Begehren eines Abtretungsgläubigers Weisungen erlassen.⁷³⁹ Werden die Weisungen nicht befolgt, könne die Konkursverwaltung die Abtretungsverfügung widerrufen.⁷⁴⁰

Während die Koordinationskompetenz bei Forumsstreitigkeiten klarerweise der Konkursverwaltung zukommt,⁷⁴¹ stellt sich die Frage, wie die bundesgerichtliche Erwägung, wonach die Konkursverwaltung bei *Koordinationssschwierigkeiten* Weisungen erlassen dürfe,⁷⁴² einzugrenzen ist. Wird einzig auf den Ausdruck *Koordinationssschwierigkeiten* abgestellt, dann führt die Undifferenziertheit des Begriffs dazu, dass man von einer sehr breiten Koordinationskompetenz ausgehen muss. So ist insbesondere nicht klar, ob die Koordinationsbefugnis der Konkursverwaltung nur *vor* der Prozesseinleitung gilt oder ob sie auch zur Koordination von Einzelklagen nach der Einleitung einer Einzelklage besteht.⁷⁴³ Hiervon zu differenzieren ist die Frage, ob der Konkursverwaltung Weisungsbefugnis zukommen soll, um innerhalb eines von allen prozessführungsbefugten Abtretungsgläu-

Einschaltung der Konkursverwaltung»; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 200; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42; SCHNELLER, S. 425; LEUCH et al., Art. 36 N 2c. A.A. BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 107; LORANDI, Gläubiger, S. 286 (vgl. Rz. 314 ff. für die Auseinandersetzung mit ihren Argumenten).

⁷³⁹ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 121 III 488, E. 2d.

⁷⁴⁰ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 138 III 628, E. 5.3.2; BGE 121 III 291, E. 3c.

⁷⁴¹ Exemplarisch für diese Rechtsprechung OGer ZH PS150205, E. 1.1, wonach das Konkursamt in der Verlängerungsverfügung die Abtretungsgläubiger anwies, die Klage beim Handelsgericht Zürich anzuheben.

⁷⁴² MILANI, Koordination, S. 156: «Wieweit diese Weisungsgewalt geht, dazu äussert [das Bundesgericht] sich nicht.»

⁷⁴³ Untersucht man die Lehre auf den Umfang der Koordinationskompetenz, findet sich keine klare Differenzierung: DAETWYLER/STALDER, S. 159, sprechen von «drängt sich eine frühzeitige, d.h. bereits vorprozessuale Einschaltung der Konkursverwaltung auf»; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 200, welcher der Konkursverwaltung die Kompetenz bei Uneinigkeit hinsichtlich des Forums zuspricht, aber ihr keine Befugnis bei Uneinigkeit hinsichtlich Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen zugesteht (S. 201 f.); wohl für eine Koordinationskompetenz der Konkursverwaltung nach der Anhebung einer Einzelklage: BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 107; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72, unter Wiederholung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wobei aber bei Parallelklagen die Koordination nicht durch die Konkursverwaltung, sondern durch die Gerichte mittels Vereinigung oder Überweisung stattzufinden habe; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 42, spricht nur von mehreren Gerichtsständen.

bigern geführten Prozesses – es liegt also keine Einzelklage vor – Meinungsverschiedenheiten bei den Prozesseingaben aufzulösen.⁷⁴⁴

- 266 Aufgrund der breiten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Weisungskompetenz der Konkursverwaltung ist es denkbar, dass die Konkursverwaltung den nicht in die Einzelklage involvierten Abtretungsgläubigern eine Frist ansetzt, um entweder den Prozessbeitritt zur Einzelklage mittels streitgenössischer Nebenintervention zu erklären, auf ihre generelle oder spezifische Prozessführungsbefugnis zu verzichten oder eine Parallelklage hängig zu machen.⁷⁴⁵ Erfolgt keine der vorgenannten Handlungen, widerruft die Konkursverwaltung die Abtretungsverfügung. Eine solche Befugnis der Konkursverwaltung käme einem Koordinationszwang für die nicht im Verfahren involvierten Abtretungsgläubiger gleich und würde das Einzelklagerecht schützen. Im folgenden Kapitel wird diskutiert, ob die Konkursverwaltung vor dem Hintergrund der breiten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu ihrer Kompetenz Einzelklagen schützen darf, indem sie *nach Anhebung einer Einzelklage* einen Koordinationszwang für die nicht im Verfahren involvierten Abtretungsgläubiger schafft.

3. Zwangskoordination durch die Widerrufsverfügung

- 267 Der *Vorteil* des Koordinationszwangs nach Anhebung einer Einzelklage besteht darin, dass ein einmal angestrebtes Verfahren geeignet ist, den Anspruch des Rechtsträgers zur Durchsetzung zu bringen.
- 268 Die Zwangskoordination hat aber auch *Nachteile*. Einzelklagen dürften nämlich dann angehoben werden, wenn zwischen den Abtretungsgläubigern Uneinigkeit besteht.⁷⁴⁶ Als Erstes besteht das Problem, dass ein obstruktiver Abtretungsgläubiger mit einer frühen Einzelklage die erfolgreiche Klagedurchsetzung erschweren oder sogar vereiteln kann. Bevor eine Klage hängig gemacht wird, sollte der Sachverhalt durch die Kläger zuerst sorgfältig abgeklärt und die entsprechenden Beweismittel beschafft werden.⁷⁴⁷ Kann ein Abtretungsgläubiger allein den Zeit-

⁷⁴⁴ Vgl. Rz. 374.

⁷⁴⁵ Die Koordinationsmöglichkeit der Zession der Konkursforderung auf einen in der Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger (vgl. Rz. 251) wird nicht berücksichtigt, weil dies ein Eingriff in das Eigentumsrecht der Abtretungsgläubiger darstellt, der abzulehnen ist.

⁷⁴⁶ Exemplarisch OGer ZH PS150205, E. 3.1.

⁷⁴⁷ Vgl. HAFTER, Rz. 365: «Frühzeitig die erforderlichen zusätzlichen Informationen und Unterlagen zu verlangen, ist nicht nur ein Vorwand, um Zeit zu gewinnen, sondern

punkt der Klageeinleitung bestimmen, weil die übrigen Abtretungsgläubiger durch die Konkursverwaltung in die Einzelklage gezwungen werden, entfällt diese vorprozessuale Phase. Zweitens ermöglicht die Zwangskoordination, dass bei Meinungsverschiedenheiten der Abtretungsgläubiger hinsichtlich alternativer Foren eine Art Forum Running entstehen könnte.⁷⁴⁸ Der erste einzelklägerische Abtretungsgläubiger fixiert das Forum. Die übrigen Abtretungsgläubiger haben sich diesem Forum dann zwangsweise anzuschliessen. Damit setzt sich der einzelklägerische Abtretungsgläubiger möglicherweise bewusst über den Willen der übrigen Abtretungsgläubiger hinweg, was angesichts der Gleichheit unter den Abtretungsgläubigern kritisch zu würdigen ist. Drittens ist der zwangsweise Beitritt als streitgenössischer Nebenintervenient nicht geeignet, das rechtliche Gehör der eintretenden Abtretungsgläubiger sicherzustellen.⁷⁴⁹ Die streitgenössischen Nebenintervenienten müssen sich den Verfahrensstand im Zeitpunkt ihres Eintritts gefallen lassen.⁷⁵⁰ Ist beispielsweise die Novenschranke bereits gefallen, können sie keinen Einfluss mehr auf den Sachverhalt nehmen. Einer Schlechtführung des Prozesses durch den ursprünglichen Einzelkläger wird so Vorschub geleistet.

Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die Ausübung des Einzelklagerechts 269 keinen Vorteil schafft, der die Zwangskoordination rechtfertigen würde. Die Ver-

Voraussetzung jeder zielgerichteten Arbeit. Wenn ein Anwalt sich die notwendige Zeit für die Vorbereitung und Erstellung einer Rechtsschrift reserviert hat und dann, wenn er mit der Arbeit beginnen möchte, feststellt, dass ihm wesentliche Informationen fehlen, dann geht wertvolle Zeit verloren und die fristgerechte Fertigstellung einer optimalen Eingabe ist nicht mehr gewährleistet.» Ebenso HAFTER, Rz. 598 f.: «Nicht wenige Prozesse gehen verloren, weil der Vertreter des Klägers im Bestreben, rasch zu handeln, Fehler begangen hat. [...] Derartige Fehler lassen sich durch sorgfältige Vorbereitung weitgehend vermeiden. Eine sorgfältige Vorbereitung erfordert jedoch in der Regel eine gewisse Zeit.»

⁷⁴⁸ ZR 1996 Nr. 97, E. 2: «Soll die Abtretung nicht zu einem «Rennen» um die erste Klageeinleitung ausarten, muss den Gläubigern also ein Zwang zur Koordination auferlegt werden»; SCHLAEPFER, S. 179 f.

⁷⁴⁹ WEBER/DALLAFIOR, S. 43: «Das staatliche Verfahren bietet jedoch auch über das Instrument der streitgenössischen Nebenintervention noch keine den Gehörsanspruch betroffener Dritter vollumfänglich befriedigende Lösung. Einerseits müssen die intervenierenden Dritten den Prozess in derjenigen Lage annehmen, in der er sich im Zeitpunkt des Verfahrensbeitritts befindet, was unter Umständen dem Gehörsanspruch nicht genügen könnte.» Anders ist die Situation bei der Verfahrensabweichung nach der Vereinigung von Parallelklagen, weil dort Verfahrensschritte nachgeholt werden können (BK ZPO I-FREI, Art. 127 N 37 f.; OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 127 N 10). Die beiden erstgenannten Probleme bestehen aber auch in diesem Fall.

⁷⁵⁰ Rz. 242.

jährungsunterbrechung kann bei Forderungen mittels (Einzel-)Betreibung durch einen Abtretungsgläubiger mit Wirkung für alle einfacher und vor allem kostengünstiger erwirkt werden.⁷⁵¹ Und auch die Anspruchsdurchsetzung, deren Forcierung als Vorteil aufgelistet wurde, erfährt keine Vereinfachung. Ein eigentlicher Vergleich kann nur von allen vergleichsbefugten Abtretungsgläubigern und Streitgenossen geschlossen werden.⁷⁵² Möchte der Einzelkläger einen eigentlichen Vergleich abschliessen, ist er immer noch auf die übrigen vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger angewiesen.

- 270 Vor diesem Hintergrund darf der Konkursverwaltung trotz der breiten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu ihrer Koordinationskompetenz nicht die Befugnis zugesprochen werden, den nicht in der Einzelklage involvierten Abtretungsgläubigern eine Frist zum Klagebeitritt, zum Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis oder zur Einleitung einer Parallelklage zu setzen. Zu stark würden die Nachteile wiegen, wenn das Einzelklagerecht durch die diskutierte Zwangskoordination geschützt würde.

IV. Kritische Würdigung des Einzelklagerechts

- 271 Als Konsequenz bedeutet die Ablehnung der Zwangskoordination durch die Konkursverwaltung, dass das prozessrechtliche Schicksal einer Einzelklage in den Händen der nicht in die Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger liegt: Sie können passiv verbleiben, was darin mündet, dass die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung bei einer Einzelklage nicht erfüllt werden kann, weshalb ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat;⁷⁵³ sie können aber auch auf ihre generelle oder spezifische Prozessführungsbefugnis verzichten, der Einzelklage als streitgenössische Nebenintervenienten beitreten, ihre Konkursforderung an die Einzelkläger zedieren oder eine Parallelklage einleiten und damit zur Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung in der Einzelklage beitragen. Da die Einzelklage bei Uneinigkeit der Abtretungsgläubiger ausgeübt werden dürfte, ist indes die nachträgliche Koordination in Form der vorgenannten Möglichkeiten eher unwahrscheinlich.
- 272 Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welcher Sinn der Ausübung des Einzelklagerechts zukommt. Zur Beantwortung dieser Frage wird untersucht, wes-

⁷⁵¹ Rz. 421 ff.

⁷⁵² Rz. 428 ff.

⁷⁵³ Rz. 225.

halb das Einzelklagerecht überhaupt Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG gefunden hat. Danach wird untersucht, ob sich der Zweck des Einzelklagerechts aus den Ausführungen zur generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft erschliessen lässt und ob es zur Vermeidung eines Rechtsverlusts notwendig ist. Anschliessend wird aufgrund der getroffenen Erkenntnisse eine Empfehlung hinsichtlich des Prüfzeitpunkts der Prozessvoraussetzungen gegeben.

1. Analyse der Rechtsprechung

Diejenigen Bundesgerichtsentscheide, die das Einzelklagerecht zulassen, wurden bei der Beschreibung des Einzelklagerechts dargelegt.⁷⁵⁴ Untersucht man sie auf Erwägungen, weshalb das Einzelklagerecht sachgerecht sei, findet man keine eigentliche Begründung. 273

Als die kantonalen Zivilprozessordnungen noch in Kraft waren, hielt das Bundesgericht fest, dass es an der jeweiligen Zivilprozessordnung liege, verschiedene Prozesse zu koordinieren.⁷⁵⁵ In jüngeren, unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung ergangenen Entscheiden rechtfertigt das Bundesgericht das Einzelklagerecht damit, dass die Verzichtserklärungen noch nachträglich beigebracht werden⁷⁵⁶ bzw. Parallelprozesse nach Art. 125 lit. c ZPO vereinigt werden⁷⁵⁷ könnten. 274

Die das Einzelklagerecht begleitenden Ausführungen sind keine Begründungen für sein Bestehen, sondern vielmehr ein Verweis auf die Koordinationsmöglichkeiten, die im Rahmen des Einzelklagerechts bestehen. Aus der das Einzelklage- 275

⁷⁵⁴ Rz. 218.

⁷⁵⁵ BGE 121 III 488, E. 2d, wonach es nicht ausgeschlossen sei, «verschiedene Klagen zu vereinigen und auf diese Weise den bundesrechtlichen Anforderung [d.h. der Notwendigkeit des einheitlichen Entscheids] Rechnung zu tragen»; BGE 107 III 91, E. 1, wonach das Bundesgericht auf die Instrumente der waadtländischen Zivilprozessordnung abstellt, um die Prozesse von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien zu vereinigen; BGE 93 III 59, E. 1c, wonach sich das Bundesgericht nicht in aller Klarheit für oder gegen Parallelklagen ausspricht, jedoch festhält, dass die Klagevereinigung mit dem Formular 7K passen würde; BGE 63 III 70, E. 1, wonach auf Antrag der Beklagten die Prozesse gemäss kantonalem Prozessrecht vereint werden könnten; BGE 34 II 384, E. 2, und BGE 33 II 339, E. 2, ohne weitergehende Begründung. Vgl. auch VON HOLZEN, S. 113, und LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 44 N 2.

⁷⁵⁶ BGer 4A_581/2021, E. 3.7.

⁷⁵⁷ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2.

recht erlaubenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich kein schlüssiger Grund, weshalb das Einzelklagerecht sachgerecht ist.

2. Zweck des Einzelklagerechts bei der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft

276 In Teil 2 dieser Arbeit wurde ausgeführt, weshalb das Einzelklagerecht bei der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft für gewisse Klagearten sachgerecht ist: Beschlussanfechtungsklagen müssen durch Einzelklagen geführt werden können, um den Individualschutz der Beteiligungsinhaber überhaupt erst zu gewährleisten.⁷⁵⁸ Bei gewissen Statusklagen bzw. der Kündigungsanfechtung bei der Familienwohnung rechtfertigt sich die Einzelklage aufgrund der starken Betroffenheit und des potenziellen Interessengegensatzes zwischen den Streitgenossen.⁷⁵⁹

277 Da die Abtretungsgläubiger üblicherweise eine Leistungsklage durchsetzen,⁷⁶⁰ kann der Individualschutz als Begründung des Einzelklagerechts gerade nicht übernommen werden. Im Gegenteil: Die Abtretungsgläubiger müssen sogar gemeinsam ein Urteil erstreiten, denn aufgrund der *inter partes*-Wirkung des Leistungsurteils sind nur diejenigen Abtretungsgläubiger erlösberechtigt, die am Verfahren teilnehmen.⁷⁶¹ Die Abtretungsgläubiger befinden sich auch nicht in der gleichen Situation wie beispielsweise die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen bei einer Anfechtung einer Mietkündigung oder einer Statusklage. Ihre Interessen sind trotz Konkurrenz im Rahmen der Erlösverteilung auf die Anspruchsdurchsetzung ausgerichtet und damit zumindest im erstinstanzlichen Verfahren parallel.⁷⁶² Diametrale Interessen, weil beispielsweise im Rahmen der Anfechtung einer Mietkündigung oder der Vaterschaftsklage eine Partei am Verfahren nicht teilnehmen möchte, sind im Rahmen der erstinstanzlichen Anspruchsdurchsetzung gerade nicht denkbar. Entweder möchten die Abtretungsgläubiger am Prozess teilnehmen oder nicht. Im letzteren Fall scheiden sie aus der Gruppe der prozessführungsbe-
fugten Abtretungsgläubiger aus.⁷⁶³

⁷⁵⁸ Rz. 114.

⁷⁵⁹ Rz. 116.

⁷⁶⁰ Rz. 4.

⁷⁶¹ Rz. 110, 191 und 219.

⁷⁶² Rz. 196.

⁷⁶³ Vgl. Rz. 234 f.

3. Einzelklagerecht zur Vermeidung eines Rechtsverlusts

Schliesslich muss angedacht werden, ob der Zweck des den Abtretungsgläubigern zustehenden Einzelklagerechts darin besteht, einen Rechtsverlust im Fall von Meinungsverschiedenheiten zu verhindern. Dies ist aufgrund vorzuziehender Alternativen zu verneinen. Zwar ist eine Einzelklage geeignet, die Verjährung mit Wirkung für alle Abtretungsgläubiger zu unterbrechen und damit einen Rechtsverlust abzuwenden; jeder Abtretungsgläubiger kann hierzu jedoch auch eine kostengünstigere Einzelbetreibung einleiten, sofern ein Betreibungsort in der Schweiz besteht.⁷⁶⁴ Droht der Eintritt einer Verwirkungsfrist, ist grundsätzlich die Konkursverwaltung für die Koordination der Elemente, die für die Prozesseinleitung notwendig sind, zuständig.⁷⁶⁵ Im unwahrscheinlichen Fall, dass für eine Koordination durch die Konkursverwaltung zu wenig Zeit verbleibt, erlaubt Art. 70 Abs. 2 ZPO, dass ein Abtretungsgläubiger den Prozess für alle hängig macht.⁷⁶⁶ Auch in diesem Fall kommt dem Einzelklagerecht kein Zweck zu, der den Bestand rechtfertigt.

4. Zwischenfazit

Aus den vorgehenden Kapiteln wird kein Grund ersichtlich, weshalb das Einzelklagerecht bei der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG besteht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Einzelklagerecht muss entsprechend kritisch hinterfragt werden. Dies gilt besonders, weil die Ausführungen zur Konkursverwaltung aufgezeigt haben, dass Abtretungsgläubiger, die nicht in einer Einzelklage involviert sind, nicht zur Teilnahme an einer solchen gezwungen werden können.⁷⁶⁷ Entscheiden sich die nicht in eine Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger, passiv zu verbleiben, d.h. also keine der

⁷⁶⁴ Rz. 421 ff.

⁷⁶⁵ Rz. 313.

⁷⁶⁶ Vgl. Rz. 51. DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 11: «Nach Art. 70 Abs. 2 ZPO wird der säumige Streitgenosse durch den Nicht-Säumigen vertreten. Diese Bestimmung will sicherstellen, dass die Säumnis eines Streitgenossen den übrigen Streitgenossen nicht schadet und es nicht zum einem Rechtsverlust infolge Säumnis eines Einzelnen kommt.»; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 20; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 48; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 40, nennt die Klageeinleitung explizit. OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 10 und N 14, lässt die Klageeinleitung durch Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Dringlichkeit zu.

⁷⁶⁷ Rz. 267 ff.

dargelegten Koordinationsmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen,⁷⁶⁸ weist die Einzelklage de facto kein Gehalt auf. Mangels Reaktion der nicht im Verfahren involvierten Abtretungsgläubiger wird die Einzelklage mit einem Nichteintretensentscheid im Prüfzeitpunkt der Prozessvoraussetzungen beendet.

- 280 Ein rationaler Abtretungsgläubiger wird vor diesem Hintergrund kaum das Einzelklagerecht ausüben. Er wird darauf bedacht sein, die Koordination mit den übrigen Abtretungsgläubigern bereits in einem vorprozessualen Stadium sicherzustellen, um danach den Prozess erfolgreich einem Sachentscheid zuzuführen. Abtretungsgläubiger sollten entsprechend einen Prozess gemeinsam einleiten.⁷⁶⁹
- 281 Trotz dieser Kritik am Gehalt des Einzelklagerechts darf seine Existenz nicht einfach negiert werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erlaubt das Einzelklagerecht,⁷⁷⁰ weshalb es in der Praxis gleichwohl vorkommen kann, dass ein solches ausgeübt wird. Entsprechend muss dargelegt werden, wie Gerichte am besten auf eine Einzelklage von Abtretungsgläubigern reagieren.

V. Handhabung des Einzelklagerechts durch Gerichte

- 282 Es wurde dargelegt, dass der Zeitpunkt der Prüfung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung im Ermessen des Gerichts liegt.⁷⁷¹ Diesen Umstand sollten sich Gerichte zunutze machen. Gerichte, die eine Einzelklage im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung durch die Abtretungsgläubiger beurteilen müssen, sollten die Prüfung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung sogleich nach Eingang der Klageschrift vornehmen.⁷⁷²
- 283 Erstens ist dieser Prüfzeitpunkt prozessökonomisch.⁷⁷³ Einzelklagen dürften dann erhoben werden, wenn Uneinigkeit zwischen den Streitgenossen besteht. Ist nicht

⁷⁶⁸ Rz. 233 ff.

⁷⁶⁹ Vgl. Rz. 311 ff. für Lösungsmöglichkeiten, falls andere Abtretungsgläubiger an einer Klageeinleitung nicht mitwirken möchten.

⁷⁷⁰ Rz. 218.

⁷⁷¹ Rz. 227 ff.

⁷⁷² LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 198: «Voraussetzung für eine erfolgreiche Prozesseinleitung ist allerdings der Nachweis, dass die nicht am Prozess teilnehmenden Abtretungsgläubiger auf ihr Prozessführungsrecht [...] verzichtet haben.»; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 98; im Ergebnis auch LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁷⁷³ BGer 4A_165/2021, E. 3.3, in dem die Gegenpartei die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Erfüllung der Prozessvoraussetzungen verlangte; BGE 140 III 159,

mit einer freiwilligen Handlung zur Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung seitens der nicht in die Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger zu rechnen, ist es aus prozessökonomischer Perspektive nicht sinnvoll, dass ein Gericht die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung erst im Zeitpunkt des Übergangs des Gerichts zur Urteilsberatung prüft. Zwar hält es theoretisch die Möglichkeit offen, dass ein nicht in die Einzelklage involvierter Abtretungsgläubiger noch eine der erwähnten Koordinationsmöglichkeiten ergreift, um die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung in der Einzelklage zu erfüllen. Da aber keine Sicherheit besteht, ist die Bindung von Ressourcen des Gerichts und des beklagten Drittschuldners nicht sachgerecht. Man stelle sich vor, es wird ein ordentliches Verfahren mit zweifachem Schriftenwechsel und anschliessendem Beweisverfahren durchlaufen, nur um am Schluss mit einem absehbaren Nichteintretensentscheid zu enden.

Zweitens führt der Nichteintretensentscheid zu keinem Rechtsverlust für die Gesamtheit der Abtretungsgläubiger.⁷⁷⁴ Die Abtretungsgläubiger können in vollständiger Zusammensetzung den gleichen Anspruch gegenüber dem Drittschuldner geltend machen. 284

Das Gericht erkennt die Einzelklage daran, dass sie von nicht allen auf dem Formular 7K genannten Abtretungsgläubigern eingereicht wird.⁷⁷⁵ Fehlt das Formular 7K, sollte das Gericht dieses einfordern. Da die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung eine heilbare Prozessvoraussetzung darstellt,⁷⁷⁶ muss das Gericht eine Nachfrist zu deren Erfüllung ansetzen. Bei der Festlegung der Länge der Nachfrist ist das Gericht an die Grundsätze von Treu und Glauben und das Verbot des überspitzten Formalismus gebunden.⁷⁷⁷ Die Fristansetzung zur Erfül- 285

E. 4.2.4 m.w.H.; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 60 N 13; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 5; BERGER et al., Rz. 728; SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen, S. 206.

⁷⁷⁴ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 59 N 5.

⁷⁷⁵ BGE 145 III 101, E. 4.1.3: «[Le juge] doit contrôler en particulier, sur la base de la formule 7F [auf Deutsch 7K], que le droit de procéder appartient (encore) aux (seuls) créanciers qui agissent devant lui»; BGE 107 III 91, E. 3: «En tout cas, tout juge doit pouvoir déterminer, à partir de la formule no 7 (cession des droits de la masse) si d'autres créanciers se sont fait céder la même prétention que celle qui est invoquée devant lui.»

⁷⁷⁶ Rz. 226.

⁷⁷⁷ Rz. 227.

lung von Prozessvoraussetzungen darf indes kurz ausfallen.⁷⁷⁸ Das Gericht kann mit der Zustellung der Klage an die Gegenpartei zuwarten. Dies gilt entgegen dem Wortlaut von Art. 222 Abs. 1 ZPO auch im ordentlichen Verfahren.⁷⁷⁹ Das Gericht fällt nach Ablauf der Nachfrist eine Nichteintretensentscheid. Daraufhin stellt es den Nichteintretensentscheid zusammen mit der Klageschrift dem Drittschuldner zu.⁷⁸⁰ Das Zuwarten bei der Zustellung der Klageschrift rechtfertigt sich deshalb, weil der Drittschuldner Sicherheit hinsichtlich der Frage haben soll, ob er seine Ressourcen dem Verfahren widmen soll oder nicht.

VI. Handhabung des Einzelklagerechts durch die Schlichtungsbehörde

- 286 Die Ausführungen zum Umgang mit dem Einzelklagerecht wurden bis anhin jeweils vor dem Hintergrund eines gerichtlichen Verfahrens getroffen. Da die Zivilprozessordnung ein grundsätzliches Schlichtungsobligatorium vorsieht,⁷⁸¹ das nur wenige gesetzliche Ausnahmen kennt (Art. 198–199 ZPO), muss im Folgenden eruiert werden, wie die Schlichtungsbehörde mit einer Einzelklage bzw. – terminologisch auf das Schlichtungsverfahren gemünzt – mit einem «Einzel-schlichtungsgesuch» umzugehen hat.

1. Prüfung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung

- 287 Im Schlichtungsverfahren gilt der Grundsatz, dass eine Schlichtungsbehörde keinen Nichteintretensentscheid aufgrund des Fehlens von Prozessvoraussetzungen fällen darf.⁷⁸² Dieser Grundsatz wird in zweierlei Hinsicht durchbrochen. Einer-

⁷⁷⁸ Im Fall fehlender Partei- oder Prozessfähigkeit, die ebenfalls Prozessvoraussetzungen sind, kann das Gericht eine «kurze Frist» zur Beibringung einer Vollmacht ansetzen (BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 12).

⁷⁷⁹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 222 N 1; OFK ZPO-ENGLER, Art. 222 N 1; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 222 N 1; ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 222 N 6.

⁷⁸⁰ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 222 N 2; ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 222 N 2; Kuko ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 222 N 1. BK ZPO II-KILLIAS, Art. 222 N 3, und BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222 N 4, vertreten die Ansicht, dass die Zustellung unterbleiben kann.

⁷⁸¹ BSK ZPO-INFANGER, Art. 197 N 1; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 197 N 3.

⁷⁸² Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 10 m.w.H.; SCHRANK, Rz. 205: «Da aber der Schlichtungsbehörde in der Regel deutlich weniger Material als dem Gericht im Entscheidungsverfahren vorliegt und es sich bei den Mitgliedern der Schlichtungsbehörde zuweilen um

seits erlaubt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass die Schlichtungsbehörde bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen die örtliche und die sachliche Zuständigkeit prüfen darf,⁷⁸³ sofern ihr Fehlen offensichtlich ist.⁷⁸⁴ Andererseits ist die Schlichtungsbehörde zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen befugt, wenn ihr Entscheidkompetenz zusteht (Art. 212 Abs. 1 ZPO).⁷⁸⁵ Da die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung weder die örtliche noch die sachliche Zuständigkeit beschlägt, darf die Schlichtungsbehörde – ausser im Entscheidverfahren nach Art. 212 ZPO – im Fall eines Einzelschlichtungsgesuchs keinen Nichteintretensentscheid fällen. Sie ist indes befugt, die Parteien darauf hinzuweisen, dass die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung nicht erfüllt ist.⁷⁸⁶

2. Pflicht zum persönlichen Erscheinen

Eine Besonderheit des Schlichtungsverfahrens ist die Pflicht zum persönlichen Erscheinen gemäss Art. 204 ZPO. Die Pflicht gibt Anlass zur Diskussion, ob alle Abtretungsgläubiger an der Schlichtungsverhandlung erscheinen müssen.⁷⁸⁷ Nach vorliegender Ansicht trifft die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nur diejenigen Abtretungsgläubiger, die auf dem Schlichtungsgesuch genannt sind. Ein Abschreibungsbeschluss, der darauf gründet, dass nebst den gesuchstellenden Abtretungsgläubigern noch weitere Abtretungsgläubiger bestehen, ist nicht zulässig. Hierfür sprechen die folgenden Gründe.

juristische Laien handelt, ist ihr Prüfungsumfang geringer als jener des Gerichts. So kann es durchaus eintreffen, dass das Fehlen einer Prozessvoraussetzung erst im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht erkennbar wird.»; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 10a.

⁷⁸³ BGE 146 III 47, E. 4.2, für die offensichtliche sachliche Unzuständigkeit; BGE 146 III 265, E. 4, für die örtliche Zuständigkeit, wobei hierbei die Unzuständigkeit ebenfalls offensichtlich sein muss und noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. SCHMID, S. 85 f.

⁷⁸⁴ Vgl. auch CR CPC-BOHNET, Art. 60 N 17; BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 11; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 59 N 3.

⁷⁸⁵ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 59 N 10.

⁷⁸⁶ SCHRANK, Rz. 216.

⁷⁸⁷ Im Fall eines ausserkantonalen Wohnsitzes steht den Abtretungsgläubigern die Möglichkeit offen, sich gemäss Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO vertreten zu lassen. Durch die Vertretung gelten die Abtretungsgläubiger mit ausserkantonalem Wohnsitz als rechtsgültig im Sinne von Art. 206 ZPO erschienen.

- 289 Erstens darf Art. 204 ZPO nicht dazu führen, dass die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung «durch die Hintertür» geprüft wird. Im Rahmen der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung eruiert das Gericht, ob alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sind. Würde man nun die Pflicht zum persönlichen Erscheinen auf alle Abtretungsgläubiger (d.h. auch solche, die das Schlichtungsgesuch nicht gestellt haben) erstrecken, entspräche Art. 204 ZPO *rein funktional* der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung. Das ergibt sich daraus, dass in beiden Fällen das Verfahren beendet würde, sofern nicht alle bestehenden Abtretungsgläubiger im Verfahren involviert wären. Bei der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung wird ein Nichteintretensentscheid gefällt,⁷⁸⁸ bei der Verletzung der Pflicht zum persönlichen Erscheinen folgt ein Abschreibungsbeschluss gemäss Art. 206 Abs. 1 ZPO.
- 290 Zweitens deutet bereits der Wortlaut von Art. 204 Abs. 1 und Art. 206 Abs. 1 ZPO an, dass sich die Prüfbefugnis der Schlichtungsbehörde einzig auf die Feststellung beschränkt, ob die Gesuchsteller, so wie im Schlichtungsgesuch aufgeführt, auch an der Schlichtungsverhandlung rechtsgültig erschienen sind. Die beiden Normen sprechen von «den Parteien» bzw. «der klagenden Partei», was einzig auf die Gesuchsteller zutrifft.
- 291 Dass die Prüfbefugnis nicht über die im Schlichtungsgesuch genannten Parteien hinausgeht, wird drittens auch durch einen Vergleich mit der notwendigen Streitgenossenschaft offensichtlich. Die Lehre hält bei dieser fest, dass alle notwendigen Streitgenossen am Schlichtungsverfahren zu erscheinen hätten.⁷⁸⁹ Hierbei wird aber jeweils implizit die Prämisse unterlegt, dass das Schlichtungsgesuch auch im Namen aller notwendigen Streitgenossen gestellt wurde. Ist dies nicht der Fall, so darf die Schlichtungsbehörde gerade nicht die Aktivlegitimation der gesuchstellenden notwendigen Streitgenossen prüfen.⁷⁹⁰ Dieser Gedanke muss auf die Zusammensetzung der Abtretungsgläubiger übertragen werden können, auch wenn bei ihnen die korrekte Zusammensetzung nicht eine Frage der Aktivlegitimation, sondern der Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung ist.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ Rz. 225.

⁷⁸⁹ SCHRANK, Rz. 417; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 40; SUTTER-SOMM, Rz. 960.

⁷⁹⁰ GROLIMUND/BACHOFNER, S. 147, für Erben: «Die Frage der Aktivlegitimation ist im Schlichtungsverfahren grundsätzlich (noch) nicht entscheidend. Massgeblich ist, wer als Gesuchsteller auftritt.»

⁷⁹¹ Rz. 225.

Insofern ist auch ein Entscheid der Genfer Cour de Justice korrekt, der von Abtretungsgläubigern und ihrer Erscheinungspflicht im Schlichtungsverfahren handelt. Die Cour de Justice schützte den Abschreibungsbeschluss der Schlichtungsbehörde, nachdem einer der im Gesuch genannten Abtretungsgläubiger⁷⁹² nicht rechtsgenügend erschien.⁷⁹³ Anders wäre zu urteilen gewesen, wenn der säumige Abtretungsgläubiger nicht im Gesuch aufgeführt gewesen wäre.

Wurde das Schlichtungsgesuch nicht von allen prozessführungsbefugten Abtretungsgläubigern gestellt, muss die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung im Namen der gesuchstellenden Abtretungsgläubiger ausstellen. Immerhin kann sie im Schlichtungsverfahren darauf hinweisen, dass sie – vorbehaltlich zukünftiger Handlungen der nicht in der Einzelschlichtung involvierten Abtretungsgläubiger – die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung als nicht erfüllt sieht.⁷⁹⁴

C. Prozessführung der Streitgenossen

Dieses Kapitel behandelt, wie die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG den Prozess zu führen haben, sofern alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sind und somit *keine Einzelklage* vorliegt.

Einleitend wird auf die Prozessführung bei der notwendigen Streitgenossenschaft eingegangen.⁷⁹⁵ Die Rückschlüsse im Umgang mit dem Einstimmigkeitsprinzip bei der Prozessführung der notwendigen Streitgenossen sind grundlegend für die weiteren Ausführungen zur uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG. Anschliessend wird auf die Einleitung des erstinstanzlichen Prozesses, d.h. die dazu notwendigen Elemente und die Formulierung der Rechtsbegehren, eingegangen.⁷⁹⁶ Daraufhin wird thematisch zusammenhängend dargelegt, wie die Abtretungsgläubiger bei der Rechtsmittelergreifung vorzugehen haben.⁷⁹⁷ Von der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und des Rechtsmit-

⁷⁹² AB GE ACJC/132/2020, En fait C.d.

⁷⁹³ AB GE ACJC/132/2020, E. 4.2.2.

⁷⁹⁴ SCHRANK, Rz. 204 ff., für die Nichterfüllung von Prozessvoraussetzungen generell.

⁷⁹⁵ Rz. 296 ff.

⁷⁹⁶ Rz. 304 ff.

⁷⁹⁷ Rz. 336 ff.

telverfahrens abzugrenzen ist die Frage, ob die Abtretungsgläubiger widersprüchliche Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen eingeben dürfen. Dies ist Gegenstand des Kapitels zur uneinheitlichen Prozessführung.⁷⁹⁸

I. Prozessführung bei notwendigen Streitgenossen

1. Einleitung

- 296 Dieses Kapitel geht auf die Prozessführung von (normalen) notwendigen Streitgenossen ein, um zu eruieren, ob die Anspruchsdurchsetzung durch die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG an der Passivität oder der Obstruktion eines Streitgenossen scheitern kann. Die Relevanz der Ausführungen zur notwendigen Streitgenossenschaft liegt darin, dass die dabei getroffenen Erkenntnisse auch auf die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG übertragen werden können.

2. Einstimmigkeitsprinzip

- 297 Im Grundlagenkapitel zur notwendigen Streitgenossenschaft wurde dargelegt, dass sich eine notwendige Streitgenossenschaft aus verschiedenen Gründen ergeben kann.⁷⁹⁹ Für die Anspruchsdurchsetzung und die Prozessführung ist diese Feststellung relevant, weil sie sich je nach Fallgruppe unterscheiden kann.
- 298 Ein Anwendungsfall der notwendigen Streitgenossenschaft liegt bei Gestaltungs- und Feststellungsklagen über unteilbare Rechtsverhältnisse wie beispielsweise der Erbteilungsklage vor. Gerade bei der Auflösung von Gesamthandschaften können die Interessen der Streitgenossen unterschiedlich sein.⁸⁰⁰ Dies äussert sich darin, dass nur die Gesamthänder auf der Aktiv- und der Passivseite im Prozess involviert

⁷⁹⁸ Rz. 363 ff.

⁷⁹⁹ Rz. 38 ff.

⁸⁰⁰ OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 16: «Aufgrund des Zweiparteienprinzips im Prozess und der Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung könnte gefolgert werden, die notwendigen Streitgenossen müssten sich auf eine einheitliche Position einigen und diese gemeinsam vertreten. Bei Gestaltungs- und Statusklagen (z.B. Auflösung einer einfachen Gesellschaft, Erbteilung, Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes) erscheint indessen anerkannt, dass dies nicht der Fall ist. Jeder notwendige Streitgenosse ist zur selbstständigen Wahrung seiner Interessen berechtigt.»

sind und sie bei Anwendung der «actio duplex» unterschiedliche Rechtsbegehren stellen können, ohne Widerklage erheben zu müssen.⁸⁰¹ Die Prozessführung des einzelnen Streitgenossen ist gerade nicht im Korsett des gemeinschaftlichen Vorgehens bzw. des Einstimmigkeitsprinzips eingeschnürt.

Anders ist die Situation bei der Anspruchsdurchsetzung, die sich gegen einen Dritten, d.h. eine Person richtet, die nicht Gesamthänder ist. In diesem Fall ist – rein abstrakt gesehen⁸⁰² – die Interessenlage klar. Alle Gesamthänder sollten ein Interesse daran haben, den Anspruch gegenüber dem Dritten durchzusetzen, denn sie profitieren alle davon.⁸⁰³ Als Beispiel dient die Erbengemeinschaft oder die einfache Gesellschaft, die einen Anspruch gegenüber einem Dritten durchsetzt. Vor dem Hintergrund dieser Interessenlage ist es sinnvoll, dass die notwendigen Streitgenossen zum gemeinsamen Vorgehen verpflichtet sind. Gleichzeitig – und dies wird mitunter als Zweck der notwendigen Streitgenossenschaft genannt⁸⁰⁴ – stellt das Erfordernis des gemeinsamen Vorgehens bzw. das Einstimmigkeitsprinzip sicher, dass nicht ein einzelner Streitgenosse missbräuchlich über den Anspruch verfügt.

Diese Vorteile gehen jedoch mit einem systemimmanenten Nachteil einher: Das Einstimmigkeitsprinzip verschafft jedem einzelnen Streitgenossen ein *Vetorecht*.⁸⁰⁵ Löst man sich von der abstrakten Interessenbetrachtung, wird ersichtlich, dass Gesamthänder auch gute Gründe haben können, auf die Anspruchsdurchsetzung gegenüber einem Dritten zu verzichten: Bestreitet der Dritte beispielsweise den Anspruch, kann die Anspruchsdurchsetzung unter Umständen mehr Kosten als Gewinn nach sich ziehen. Ein notwendiger Streitgenosse kann sich auch aufgrund seiner Nähe zum Dritten gegen die gemeinsame Anspruchsdurchsetzung stellen.⁸⁰⁶ Es wird ersichtlich, dass das Einstimmigkeitsprinzip in *seiner Absolut-*

⁸⁰¹ Vgl. hierzu ausführlich AMMANN, Rz. 391 ff.; SOGO, S. 58.

⁸⁰² Es wird von «abstrakt» gesprochen, weil noch nicht auf die einzelnen Gründe eingegangen werden soll, die gegen eine Anspruchsdurchsetzung stehen.

⁸⁰³ Exemplarisch ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548 N 17: «Die äussere Liquidation ist ein Vorgang, der primär durch das gemeinsame Interesse der Gesellschafter an einem möglichst hohen Liquidationsergebnis bestimmt ist. Interessengegensätze unter den Gesellschaftern sind hier die Ausnahme.»

⁸⁰⁴ Rz. 37.

⁸⁰⁵ LÖTSCHER, Erbengemeinschaft, S. 176.

⁸⁰⁶ SCHLAEPFER, S. 184: «Selbst wenn eine Teilnahme an einer Klage gegen sich selbst ausgeschlossen ist, können sich die Verwaltungsräte dennoch soweit verbünden, dass sich jeder in einem Prozess gegen die oder den anderen querlegt (an welchem er

heit dazu führen kann, dass die Anspruchsdurchsetzung unterbleibt, worauf die Lehre verschiedentlich kritisch hindeutet.⁸⁰⁷ Es verwundert nicht, dass es zum Einstimmigkeitsprinzip auch Ausnahmen gibt, die sich im Gesetz und in der Rechtsprechung gebildet haben und auf die Durchsetzung des Anspruchs gerichtet sind. Die einzelnen Ausnahmen wurden im Grundlagenkapitel zur notwendigen Streitgenossenschaft dargelegt.⁸⁰⁸

- 301 Die vorgehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Anspruchsdurchsetzung beim Einstimmigkeitsprinzip entweder gewährleistet ist, wenn alle notwendigen Streitgenossen einverstanden sind oder aber eine bestehende Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip greift. Ist keine der Ausnahmen einschlägig und verharren die notwendigen Streitgenossen in Meinungsverschiedenheiten, stellt gemäss DOMEJ die Auflösung der Gesamthandschaft als *ultima ratio* einen Ausweg dar.⁸⁰⁹ Das Einstimmigkeitsprinzip fällt dabei weg, sei es, weil der umstrittene Anspruch einem

ja teilnehmen kann). Ein solches Vorgehen könnte auch durch einen, [sic] mit dem betreffenden Verwaltungsrat befreundenden Gläubiger erfolgen.»; WALTHER, Rechtsprechung 2018, S. 193.

⁸⁰⁷ VON HOLZEN, S. 150, spricht von «unbilligen Folgen»; LÖTSCHER, Erbgemeinschaft, S. 176, spricht von einem Vetorecht, das «eine grosse Missbrauchsgefahr birgt»; AMMANN, Rz. 34: «Das Einstimmigkeitsprinzip ist für die Miterben Fluch und Segen zugleich. Zwar schützt es die Miterben gegen Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler. Jedoch führt es bei Uneinigkeit oftmals zur vollständigen Handlungsunfähigkeit der Gemeinschaft.»; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 47, sprechen von unliebsamen Folgen; OFK ZPO-MORF, Art. 70 N 14a; DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 70 N 11.

⁸⁰⁸ Rz. 51 ff.

⁸⁰⁹ Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 15: «Ansonsten – soweit die Mitwirkung an der Prozessführung nicht auf dem Rechtsweg erzwungen werden kann – wird bei der Obstruktion der Rechtsdurchsetzung durch einzelne Mitberechtigte der Weg häufig nur über eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft führen können.» Spezifisch für die Erbgemeinschaft hält LÖTSCHER, Erbgemeinschaft, S. 177, fest, dass die Erbteilungsklage und damit die Auflösung der Gesamthandschaft einen Ausweg aus der Blockadesituation erlaubt.

der Gesamthänder im Rahmen der Auflösung zugeteilt wird⁸¹⁰ oder die Anspruchsdurchsetzung durch einen Dritten ermöglicht wird.⁸¹¹

3. Bedeutung für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG

Für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG bedeuten die Ausführungen im Vorkapitel, dass die Anspruchsdurchsetzung bei Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern in zwei Fällen möglich ist: Entweder können die Abtretungsgläubiger den Prozess uneinheitlich führen und fallen entsprechend auch nicht unter das Einstimmigkeitsprinzip. Oder sie unterliegen dem Einstimmigkeitsprinzip und es besteht ein Mechanismus, der erlaubt, Passivität und Obstruktion der übrigen Streitgenossen aufzulösen. Wie sich zeigen wird, kann die Diskussion um die Prozessführung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG in jedem Prozessstadium auf diesen *Grundgedanken* zurückgeführt werden. 302

Gerade *keine Möglichkeit* ist die von DOMEJ als *ultima ratio* genannte Auflösung der Gesamthandschaft. Für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG, die keine Gesamthänder sind, sondern Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis,⁸¹² bedeutet die Auflösung ihrer Gemeinschaft das Ende der Anspruchsdurchsetzung. Dass der Anspruch des Gemeinschuldners materiell weiterbesteht und von der Konkursverwaltung nach Art. 260 Abs. 3 SchKG nach dem Erlass einer Widerrufsverfügung verwertet werden kann,⁸¹³ ist für die Abtretungsgläubiger nur ein schwacher Trost. Zumindest aus ihrer Perspektive würde ein solches Resultat bedeuten, dass die Zivilprozessordnung ihre dienende Funktion zur Ermöglichung der materiellen Rechtsdurchsetzung nicht wahrnehmen kann. Bestehen bei der Prozessführung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG verschie- 303

⁸¹⁰ Vgl. für die Erbteilung WEIBEL/MATA, Rz. 123; BSK ZGB II-MINNIG, Art. 614 N 1; BK ZGB-WOLF, Art. 611 N 17; BK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 617 N 43. Für den Übergang von Forderungen auf einen einfachen Gesellschafter im Rahmen des Liquidationsvertrags BSK OR II-STAEHELIN, Art. 548/549 N 15; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 10. Bei Uneinigkeit haben einfache Gesellschafter ein klagbares Recht auf Auflösung der Gesellschaft, vgl. hierzu ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 548–551 N 49.

⁸¹¹ Vgl. Rz. 55 für den Erbenvertreter.

⁸¹² Vgl. Rz. 397 ff.

⁸¹³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 122.

dene Möglichkeiten, sind diejenigen Vorgehensweisen zu präferieren, die überhaupt erst die Anspruchsdurchsetzung erlauben und damit den Zweck der Zivilprozessordnung erfüllen.⁸¹⁴ Für die folgenden Kapitel über die Prozessführung in den unterschiedlichen Prozessstadien müssen diese grundsätzlichen Ausführungen im Hinterkopf behalten werden.

II. Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens

- 304 Bei der Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht wurde dargelegt, dass Gerichte die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung sogleich nach Prozesseinleitung prüfen sollten.⁸¹⁵ Der Grund dafür liegt darin, dass im Fall einer Einzelklage die nicht im Prozess involvierten Abtretungsgläubiger nicht zur Teilnahme an der Einzelklage oder anderen Formen der Koordination gezwungen werden können.⁸¹⁶ Zwar bleiben Einzelklagen aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich, sie sind vor diesem Hintergrund aber kaum sinnvoll. Entsprechend wird empfohlen, dass die Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens durch alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger gemeinsam zu erfolgen hat.
- 305 Kein Problem ergibt sich, wenn die Abtretungsgläubiger gemeinsam vorgehen und keine Meinungsverschiedenheiten bestehen. Da dies aber nicht garantiert ist, muss auf den *pathologischen Fall* eingegangen werden, nämlich wie sich die Abtretungsgläubiger bei Uneinigkeit auf die für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente festlegen und die Rechtsbegehren gemeinsam formulieren können.
- 306 Noch keine Aussage wird damit über die Frage getroffen, ob die Abtretungsgläubiger trotz der gemeinsamen Prozesseinleitung zu unterschiedlichen Tatsachenbe-

⁸¹⁴ In diesem Sinn NAEGELI, S. 461, generell: ««Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde.» So steht es in Art. 29a der Bundesverfassung. Das Prozessrecht dient der Durchsetzung dieses Justizgewährungsanspruchs. Die Regeln der Zivilprozessordnung sollen den Anforderungen der Praxis entsprechen und der Rechtsverwirklichung dienen; wo verschiedene Auslegungsmöglichkeiten bestehen, soll die einfachste vorgezogen werden. Aus dem Justizgewährungsanspruch folgt, dass die Gerichte Streitigkeiten zwischen den Parteien wenn immer möglich materiell entscheiden sollen.»

⁸¹⁵ Rz. 271 ff.

⁸¹⁶ Rz. 267 ff.

hauptungen, Bestreitungen, Beweisanträgen und Rechtsausführungen befugt sind. Dies ist Gegenstand des Kapitels zur uneinheitlichen Prozessführung.⁸¹⁷

1. Festlegung der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente

Die für die gemeinsame Prozesseinleitung notwendigen Elemente sind die örtliche und die sachliche Zuständigkeit sowie der Zeitpunkt über die Prozesseinleitung.⁸¹⁸ Da bei der Prozesseinleitung auch einheitliche Rechtsbegehren formuliert werden müssen (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO),⁸¹⁹ gehören diese gedanklich ebenfalls dazu. Die Rechtsbegehren kommen jedoch anders als die vorgenannten Elemente zustande, weshalb ihnen ein separates Kapitel gewidmet ist.⁸²⁰

Hinsichtlich der Festlegung der für die gemeinsame Klageeinleitung notwendigen Elemente werden im Folgenden zwei Ansätze diskutiert, wie Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern aufgelöst werden können. Das ist einerseits die Konkursverwaltung und andererseits die Abstimmung nach Wertquote.

1.1 Festlegung durch die Konkursverwaltung

1.1.1 Einleitung zu den Befugnissen

Die Kompetenzen der Konkursverwaltung wurden im Zusammenhang mit dem Einzelklagerecht bereits beschrieben und sind zweigliedrig: Die Konkursverwaltung kann einerseits *Fristen setzen*, innert welchen die Prozesseinleitung durch die Abtretungsgläubiger zu erfolgen hat. Geschieht dies nicht, kann sie die *Abtretungsverfügung widerrufen*. Andererseits steht es ihr bei Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern offen, *Weisungen zu erlassen*, um eine gemein-

⁸¹⁷ Vgl. Rz. 363 ff.

⁸¹⁸ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106 f., spricht von der Wahl des Gerichtstandes, der Frage nach der sachlichen Zuständigkeit, der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, den Rechtsbegehren und der internen Aufteilung der Kosten. MILANI, Koordination, S. 153 f., spricht für das prozessuale Vorgehen von «unerlässlichen Punkten» und nennt die örtliche und die sachliche Zuständigkeit, die Parteivertretung und die Rechtsverfolgungskosten; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305, spricht von örtlicher und sachlicher Zuständigkeit sowie den Rechtsbegehren; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 172 f., spricht von grundlegenden Fragen.

⁸¹⁹ Der Streitwert, der ebenfalls nach lit. c der vorgenannten Norm in der Klage enthalten sein muss, ergibt sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Forderungsbegehren (BSK ZPO-WILLISEGER, Art. 221 N 25).

⁸²⁰ Rz. 325 ff.

same Klageeinleitung sicherzustellen. Werden die Weisungen nicht befolgt, kann sie ebenfalls die Abtretungsverfügung widerrufen.⁸²¹

- 310 Einleitend wird dargelegt, wann die Konkursverwaltung auf welche der beiden Möglichkeiten zurückgreifen sollte, wenn es um die Anspruchsdurchsetzung bei einer Mehrzahl von Abtretungsgläubigern geht. Hierzu wird zwischen zwei Situationen differenziert. Einerseits, wenn die Abtretungsgläubiger passiv verbleiben, und andererseits, wenn sie entgegenstehende Meinungen hinsichtlich der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente haben.

11.2 Bei Passivität von Abtretungsgläubigern

- 311 Die Fristansetzung und der nachfolgende Erlass einer Widerrufsverfügung passen ohne Zweifel für die Situation, in der kein Abtretungsgläubiger den Anspruch durchsetzen möchte und deshalb alle passiv verbleiben. Dass es zu einer solchen Situation kommen kann, ist denkbar. Es ist bekannt, dass sich Konkursgläubiger die Abtretung oft «auf Vorrat» einräumen lassen, obwohl sie im Abtretungszeitpunkt noch gar nicht wissen, ob sie an der Anspruchsdurchsetzung teilnehmen möchten.⁸²²
- 312 Differenzierter muss indes die Situation betrachtet werden, in der gewisse Abtretungsgläubiger den Anspruch durchsetzen möchten, andere Abtretungsgläubiger hingegen kein Interesse daran haben und deshalb in Passivität verharren.⁸²³ Zu Recht muss gemäss Lehre der Konkursverwaltung die Befugnis zukommen, die passiven Abtretungsgläubiger aufzufordern, bei der Anspruchsdurchsetzung mitzuwirken und sich zu äussern. Verbleiben sie passiv bis zum Ablauf der Frist, innert der sie sich zur Anspruchsdurchsetzung äussern müssen, bekunden sie

⁸²¹ Rz. 264 ff.

⁸²² SCHLAEPFER, S. 186, spricht davon, dass die Abtretung «vorsorglicherweise» verlangt werde; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 44.

⁸²³ Es ist denkbar, dass gewisse Abtretungsgläubiger das Prozesskostenrisiko scheuen und die Abtretung in der Hoffnung auf einen aussergerichtlichen Vergleich verlangen. Manifestiert sich dieser nicht, werden sie kein Interesse an der prozessualen Durchsetzung haben. Vgl. hierzu KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 44. Exemplarisch AB GE DCSO/333/22, En fait h.: «Par courriers [...] adressés à l'Office, C LTD l'a une nouvelle fois invité à révoquer la cession accordée à A. Ce dernier, selon la «conviction» du conseil de C LTD, n'avait pas l'intention d'agir et son inaction empêchait les autres créanciers cessionnaires d'aller de l'avant.»

damit ihr Desinteresse an der Anspruchsdurchsetzung und die Konkursverwaltung kann ihre Abtretungsverfügung widerrufen.⁸²⁴

1.1.3 Bei entgegenstehenden Meinungen der Abtretungsgläubiger

Bei entgegenstehenden Meinungen der Abtretungsgläubiger hinsichtlich der für die Verfahrenseinleitung notwendigen Elemente ist die Situation anders gelagert. Hat die Konkursverwaltung eine Frist angesetzt, innert der die Abtretungsgläubiger die Prozesseinleitung vornehmen müssen, wäre es nicht sachgerecht, beim Fristablauf die Abtretungsverfügungen zu widerrufen.⁸²⁵ Ansonsten würde die Konkursverwaltung Obstruktion fördern, da sich einzelne Abtretungsgläubiger versucht zeigen könnten, die Uneinigkeit bis zum Fristablauf aufrechtzuerhalten. Wird die Frist aufgrund von Uneinigkeit nicht eingehalten, muss die Konkursverwaltung entweder die Frist verlängern⁸²⁶ oder – und dies scheint vor dem Hintergrund, dass schon einmal innerhalb der Frist keine Einigung unter den Abtretungsgläubigern gefunden werden konnte, sinnvoller – eine Weisung erlassen und damit die Uneinigkeit auflösen.⁸²⁷

Sowohl das Bundesgericht als auch die herrschende Lehre sprechen sich für die Befugnis der Konkursverwaltung zum Erlass von Weisungen und dem damit zusammenhängenden Widerrufsrecht aus.⁸²⁸ Die Weisungsbefugnis ist jedoch nicht vollständig unbestritten. So hält eine abweichende Lehrmeinung entgegen, die Konkursverwaltung sei fachlich nicht hinreichend befähigt, einen Entscheid über materiell-rechtliche, prozessuale, taktische und ökonomische Fragen zu

⁸²⁴ Rz. 264; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 81; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1306 f.; VOGEL, S. 811; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 49.

⁸²⁵ Dies bedeutet indes nicht, dass eine Fristansetzung nicht aus anderem Grund sinnvoll sein kann. Die Fristansetzung kann dazu führen, dass Abtretungsgläubiger einen Einigungsdruck verspüren und ihre Differenzen gütlich beiseitelegen.

⁸²⁶ Rz. 173. A.A. SCHLAEPPER, S. 188, gemäss dem das Klagerecht nach Fristablauf nicht mehr ausgeübt werden dürfe. Das führt dazu, dass Obstruktion Vorschub geleistet wird und Abtretungsgläubiger in Einzelklagen flüchten, um weiter an der Anspruchsdurchsetzung zu partizipieren. Diese Lösung ist aufgrund der kritischen Auseinandersetzung mit Einzelklagen, wie in Rz. 280 ff. dargelegt, abzulehnen.

⁸²⁷ LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1306, spricht von einem Anspruch eines jeden Abtretungsgläubigers auf den Weisungserlass der Konkursverwaltung. Dieser Anspruch kann mit betreibungsrechtlicher Beschwerde durchgesetzt werden; ferner KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 50.

⁸²⁸ Rz. 264 ff.

fallen.⁸²⁹ Dies gelte insbesondere, weil die Konkursverwaltung bzw. die Gläubigerversammlung beschlossen habe, dass die Konkursverwaltung den Anspruch gerade nicht geltend mache.⁸³⁰ Der Konkursverwaltung komme vor diesem Hintergrund einzig eine Widerrufsbefugnis bei Rechtsmissbrauch zu.⁸³¹ Es sei für die übrigen Belange Sache der Streitgenossen, die Koordination selbstständig vorzunehmen.⁸³² So täten es nämlich auch die notwendigen Streitgenossen,⁸³³ nötigenfalls unter Zuhilfenahme professioneller externer Hilfe.⁸³⁴

- 315 Die Kritik ist im Grunde nachvollziehbar. Denn mit der Abtretungsverfügung wird die Prozessführungsbefugnis den Abtretungsgläubigern überlassen und die Konkursverwaltung verliert sie. Insofern muss die Entscheidung über die Prozessführung rein aus *funktioneller Perspektive* bei den Abtretungsgläubigern liegen. Das Problem an dieser Ansicht ist jedoch, dass das Abstellen auf Rechtsmissbrauch nicht dazu geeignet ist, einem obstruktiven Abtretungsgläubiger zu begegnen. Wann, wo und bei welchem Gericht ein Prozess hängig gemacht werden soll, ist eine Frage, über die es unterschiedliche Meinungen geben kann und darf. Selbst wenn ein Abtretungsgläubiger in Wirklichkeit obstruktiv wirkt und sich für ein alternatives Vorgehen ausspricht, so ist die Annahme, ein solches Verhalten sei rechtsmissbräuchlich, nur schwer begründbar.⁸³⁵
- 316 Die Forderung, die Abtretungsgläubiger hätten Uneinigkeiten wie notwendige Streitgenossen aufzulösen, unter gleichzeitiger Beschneidung der Kompetenz der Konkursverwaltung, ist nach vorliegender Ansicht kritisch zu sehen, denn es droht ein Anspruchsverlust für die Abtretungsgläubiger. Müssen Abtretungsgläubiger nach dem Einstimmigkeitsprinzip wie notwendige Streitgenossen vorgehen und kann die Abtretung nur bei Rechtsmissbrauch widerrufen werden, können

⁸²⁹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 107; LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁸³⁰ LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁸³¹ LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁸³² BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 107; LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁸³³ LORANDI, Gläubiger, S. 286.

⁸³⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 107.

⁸³⁵ HAFTER, Rz. 1828, führt exemplarisch für die verschiedenen Vorgehensmöglichkeiten der Streitgenossen aus: «Meinungsverschiedenheiten unter den Anwälten [der Streitgenossen] über rechtliche und strategische Fragen sowie über dem Gericht vorzutragende Tatsachen belasten oft das Verhältnis zwischen den Anwälten und sie führen daher oft auch zu Reibereien zwischen den Parteien. Die Parteivorträge werden uneinheitlich und oft widersprüchlich, was sich zum Nachteil der Streitgenossen auswirken kann.»

nicht rechtsmissbräuchliche Meinungsverschiedenheiten nicht aufgelöst werden. Die Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip⁸³⁶ wie die Anerkennungserklärung, das Erfassen des klageunwilligen Streitgenossen auf der Passivseite, die Stellvertretung nach Art. 70 Abs. 2 ZPO, die Rechtsprechung zur Dringlichkeit und materiell-rechtliche Ausnahmen sind nicht geeignet, die Anspruchsdurchsetzung sicherzustellen.⁸³⁷

Eine *Anerkennungserklärung* wird der obstruktive Abtretungsgläubiger nicht aus- 317
sprechen. Auch ist das Erfassen des obstruktiven Abtretungsgläubigers auf der Passivseite kein geeignetes Mittel: Einzelklagewillige Abtretungsgläubiger könnten so die übrigen Abtretungsgläubiger in ein Verfahren zwingen, was – wie bereits dargelegt wurde⁸³⁸ – nicht möglich sein darf. Auch materiell-rechtliche Ausnahmen, die im Fall gewisser notwendiger Streitgenossenschaften bestehen – wie beispielsweise die Bestellung eines Erbenvertreters –, passen nicht. Denn wird überhaupt von einer materiell-rechtlichen Ausnahme bei den Abtretungsgläubigern ausgegangen, dann stellte die Konkursverwaltung eine solche dar. Die Lehrmeinung sieht sie aber gerade nur bei Rechtsmissbrauch als weisungsbefugt an. Die Rechtsprechung zur Dringlichkeit und die Stellvertretung nach Art. 70 Abs. 2 ZPO sind nur bei der Gefahr eines Rechtsverlusts anwendbar.⁸³⁹ Aufgrund der Möglichkeit eines Abtretungsgläubigers, die Verjährung mittels Betreibung für alle zu unterbrechen,⁸⁴⁰ ist einzig der Ablauf einer Verwirkungsfrist als Anwendungsfall denkbar, was einen Ausnahmefall darstellt.

Die vorgehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Anwendung der Regeln der 318
notwendigen Streitgenossenschaft und die Reduktion der Widerrufskompetenz der Konkursverwaltung auf Fälle des Rechtsmissbrauchs ungeeignet sind, Obstruktion bei nicht rechtsmissbräuchlichen Meinungsverschiedenheiten wirksam zu lösen. Die Anspruchsdurchsetzung droht am obstruktiven Abtretungsgläubiger zu scheitern. Dass dieses Ergebnis nicht zufriedenstellt, wurde im Rahmen der einleitenden Ausführungen zum Einstimmigkeitsprinzip dargelegt.⁸⁴¹ Daraus gilt es zu schliessen, dass die Konkursverwaltung gemäss der Rechtsprechung des Bundes-

⁸³⁶ Vgl. Rz. 300 ff. für die Ausführungen zum Problem des Einstimmigkeitsprinzips und zu den dazu bestehenden Ausnahmen.

⁸³⁷ Rz. 45 ff.

⁸³⁸ Rz. 270.

⁸³⁹ Vgl. Rz. 51 ff.

⁸⁴⁰ Rz. 421 ff.

⁸⁴¹ Rz. 303.

gerichts und der herrschenden Lehre richtigerweise befugt sein muss, Weisungen hinsichtlich der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente zu erlassen.⁸⁴²

1.2 Festlegung durch die Abstimmung nach der Wertquote der Konkursforderungen

- 319 In der Literatur findet sich ein weiterer Ansatz, der zur Auflösung von Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern vorgeschlagen wird. Dieser wird der Weisungsbefugnis der Konkursverwaltung gegenübergestellt.

1.2.1 Gehalt

- 320 Der Ansatz sieht vor, dass Abtretungsgläubiger im Fall von Uneinigkeit über «diejenigen Punkte, welche für das prozessuale Vorgehen unerlässlich» seien,⁸⁴³ mittels Traktanden und Anträgen abzustimmen hätten. Die Stimmkraft bemesse sich nach den Wertquoten der rechtskräftig kollozierten Konkursforderungen der Abtretungsgläubiger.⁸⁴⁴ Unter die unerlässlichen Abstimmungsgegenstände würden sich die örtliche und die sachliche Zuständigkeit, die Parteivertretung und die Rechtsverfolgungskosten subsumieren lassen.⁸⁴⁵ Die Kompetenz der Konkursverwaltung zum Widerruf beschränke sich nicht nur auf Abtretungsgläubiger, die rechtsmissbräuchlich handelten, sondern umfasse auch solche, die sich nicht zu den Traktanden geäußert hätten, den Mehrheitsbeschluss nicht mittrügen, konträre Positionen zum Mehrheitsbeschluss eingenommen hätten oder sich nicht an den Rechtsverfolgungskosten beteiligen würden.⁸⁴⁶

1.2.2 Diskussion

- 321 Der Ansatz, eine Abstimmung nach der Wertquote der Abtretungsgläubiger vorzunehmen, ist *interessant*. Er berücksichtigt nämlich die Kritik, dass die Konkursverwaltung nicht hinreichend befähigt sei, einen Entscheid über materiell-rechtliche, prozessuale, taktische und ökonomische Fragen zu fällen.⁸⁴⁷ Indem die Abtretungsgläubiger abstimmen, liegt die Entscheidungsgewalt bei denjenigen

⁸⁴² MEIER, Zivilprozessrecht, S. 172.

⁸⁴³ MILANI, Koordination, S. 152.

⁸⁴⁴ MILANI, Koordination, S. 152.

⁸⁴⁵ MILANI, Koordination, S. 153 f.

⁸⁴⁶ MILANI, Koordination, S. 157.

⁸⁴⁷ Vgl. Rz. 314 zur Kritik.

Personen, welchen die Prozessführungsbefugnis zukommt. Die Rolle der Konkursverwaltung beschränkt sich zumindest bezüglich der «unerlässlichen» Punkte, über welche die Abtretungsgläubiger abstimmen, auf die einer Vollstreckerin des Mehrheitswillens der Abtretungsgläubiger.

Der Ansatz ist jedoch auch von *einigen Unzulänglichkeiten* geprägt. Seine Anwendung hängt von der Willkür der Konkursverwaltung ab. Möchte nämlich die Konkursverwaltung, dass die Abtretungsgläubiger über die unerlässlichen Punkte eine Abstimmung führen, so muss sie dies als Bedingung im Sinne einer achten Ziffer im Formular 7K aufnehmen.⁸⁴⁸ Eine gesetzliche oder sich in der Rechtsprechung befindliche Grundlage für die Abstimmung gibt es gerade nicht. Auch ist die Abstimmung nach der Wertquote dem SchKG grundsätzlich systemfremd. Die Gläubigerversammlung entscheidet nach dem Kopfstimmprinzip.⁸⁴⁹ Darüber hinaus berücksichtigt die Abstimmung nach der Wertquote nicht, dass die Konkursgläubiger in Klassen kolloziert werden. Vergegenwärtigt man sich jedoch, dass das Interesse an der Anspruchsdurchsetzung proportional zur kollozierten Forderung sein dürfte, ist das Kriterium nachvollziehbar.⁸⁵⁰

Schliesslich wirft das Verhältnis zwischen der Weisungsbefugnis der Konkursverwaltung und der Abstimmung gewisse *Fragen* auf. So ist unklar, ob das Ermessen der Konkursverwaltung beim Weisungserlass durch eine Abstimmung der Abtretungsgläubiger eingeschränkt werden kann. Da die Weisungsbefugnis feste Verankerung in der Lehre und der Rechtsprechung findet,⁸⁵¹ steht es nach vorliegender Ansicht der Konkursverwaltung frei, eine Weisung zu erteilen, die entweder dem Abstimmungsergebnis entspricht oder davon abweicht. Die Koordination durch die Abstimmung ist in dieser Hinsicht mit einer gewissen Unsicherheit behaftet. Es ist denkbar, dass ein Abtretungsgläubiger sich dem Abstimmungsergebnis widersetzen möchte und von der Konkursverwaltung eine Weisung in der Hoffnung verlangt, dass diese nicht dem Abstimmungsergebnis entspricht.

⁸⁴⁸ Rz. 175, wonach die Konkursverwaltung dem Formular 7K weitere Bedingungen hinzufügen kann.

⁸⁴⁹ AMONN/WALTHER, § 45 N 6; BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 235 N 26; BSK SchKG II-BÜRGI, Art. 252 N 6.

⁸⁵⁰ BSK SchKG II-RUSSENBERGER/WOHLGEMUTH, Art. 235 N 27, wonach gewisse Autoren in der Lehre das Kopfstimmprinzip durchaus kritisch hinterfragen und auf die Höhe der kollozierten Forderung abstellen möchten.

⁸⁵¹ Rz. 314.

1.3 Fazit

- 324 Nach vorliegender Ansicht sind die Weisungs- und die Widerrufsbefugnis der Konkursverwaltung geeignet, Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern hinsichtlich der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente aufzulösen. Passiven Abtretungsgläubigern wird die Abtretungsverfügung widerrufen, bei Meinungsverschiedenheiten muss die Konkursverwaltung Weisungen aussprechen. Der Ansatz, wonach die Abtretungsgläubiger bei Meinungsverschiedenheiten eine Abstimmung nach der Wertquote ihrer Konkursforderungen führen, ist *optional und komplementär*. Er hängt davon ab, ob die Konkursverwaltung die Koordination durch Abstimmung als achte Ziffer im Formular 7K aufnimmt. Darüber hinaus kann die Abstimmung die freie Weisungsbefugnis der Konkursverwaltung nicht einschränken. Der Mehrwert des Ansatzes liegt darin, dass sich Abtretungsgläubiger nach einer Abstimmung dieser freiwillig unterwerfen und Meinungsverschiedenheiten somit gütlich aufgelöst werden können.

2. Formulierung der Rechtsbegehren

- 325 Nebst den für die Prozesseinleitung notwendigen Elementen müssen sich die Abtretungsgläubiger auf die Formulierung der Rechtsbegehren einigen. Im Folgenden wird von Forderungsbegehren ausgegangen, da sich der Untersuchungsgegenstand der Dissertation auf Forderungsklagen beschränkt.⁸⁵² Bevor dargelegt wird, wie die Rechtsbegehren zustande kommen, werden die Möglichkeiten ihrer Ausgestaltung thematisiert.

2.1 Möglichkeiten der Ausgestaltung

- 326 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG bei der Formulierung des Forderungsbegehrens die *Leistung des Drittschuldners an die Masse oder an sich selbst* verlangen.⁸⁵³ Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass der Rechtsträger des geltend gemachten Anspruchs der Gemeinschuldner ist.⁸⁵⁴

⁸⁵² Rz. 4.

⁸⁵³ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.1; BGE 146 III 441, E. 2.5.1; BGE 145 III 101, E. 4.1.2; BGE 139 III 391, E. 5.1; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 1; HOHL, Rz. 919.

⁸⁵⁴ Vgl. Rz. 121 ff.

In der Lehre wird gelegentlich postuliert, dass Abtretungsgläubiger individuelle Rechtsbegehren stellen könnten.⁸⁵⁵ Die Formulierung dieser Rechtsbegehren erfolgt, als seien die Abtretungsgläubiger einfache Streitgenossen, die je eine eigene Forderung an sich verlangen.⁸⁵⁶ Dies ist abzulehnen. Die Formulierung individueller Rechtsbegehren ist mit Einzelklagen gegenüber dem Drittschuldner vergleichbar. Weil das Bundesgericht die urteilsmäßige Durchsetzung einer Einzelklage durch die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung ausschliesst, müssen die Streitgenossen gehalten sein, ein Forderungsbegehren zu formulieren, das auf Leistung an alle lautet.⁸⁵⁷ Darüber hinaus wäre bei individuellen Rechtsbegehren unklar, wie ein Gericht im Fall des nur teilweisen Obsiegens die zugesprochene Forderung auf die individuellen Rechtsbegehren zu verteilen hätte. Schliesslich wird die Zuordnung des gemeinsam erstrittenen Erlöses auf die einzelnen Abtretungsgläubiger durch das SchKG geregelt,⁸⁵⁸ weshalb sich individuelle Rechtsbegehren nicht aufdrängen.

2.2 Koordination bei Rechtsbegehren

Einleitend muss festgehalten werden, dass die Interessen der Abtretungsgläubiger in der Hauptsache, nämlich der erstinstanzlichen Anspruchsdurchsetzung, gleichlaufen. Uneinigkeit kann jedoch bezüglich der Höhe des Forderungsbegehrens bestehen, denn wie aufgezeigt wurde, stehen die Abtretungsgläubiger untereinander in einem Konkurrenzverhältnis.⁸⁵⁹

In der Lehre finden sich verschiedene Meinungen, wie die Rechtsbegehren von den Abtretungsgläubigern zu formulieren sind. Eine Lehrmeinung spricht sich dafür aus, dass Einigkeit herrschen muss.⁸⁶⁰ Bei Uneinigkeit sei die Konkursverwaltung in der Pflicht, die Rechtsbegehren zu formulieren.⁸⁶¹ Eine andere sieht

⁸⁵⁵ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 201; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43.

⁸⁵⁶ Vgl. exemplarisch BGer 4A_218/2020, Dispositivziffer 3, und das vorinstanzliche Urteil HGer ZH HG180035, E. IV.

⁸⁵⁷ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106 in fine; LORANDI, Besprechung, S. 1305 in fine.

⁸⁵⁸ Vgl. Rz. 190 ff. zur Erlösverteilung.

⁸⁵⁹ Rz. 196 ff.

⁸⁶⁰ LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106.

⁸⁶¹ REINAU, S. 159; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106 und N 107.

keine Koordinationsnotwendigkeit hinsichtlich der Rechtsbegehren.⁸⁶² Letzteres wurde auch vom Obergericht Zürich so festgehalten.⁸⁶³

- 330 Nach vorliegender Ansicht unterliegen die Abtretungsgläubiger *keiner Koordinationspflicht* im Rahmen der Formulierung der Rechtsbegehren. Wird bei der Formulierung der Rechtsbegehren Einigkeit gefordert, besteht Obstruktionsgefahr, die durch die Konkursverwaltung aufzulösen wäre. Diese ist indes nicht hinreichend befugt, eine solch wichtige Entscheidung zu fällen.⁸⁶⁴ Dies ergibt sich daraus, dass die Streitgenossen das Prozesskostenrisiko tragen, das massgeblich vom Streitwert und damit vom Forderungsbegehren abhängt (Art. 91 Abs. 1 ZPO).⁸⁶⁵ Es scheint deshalb *sachgerecht*, dass jeder Abtretungsgläubiger selbst entscheiden kann, in welcher Höhe er seine kollozierte Forderung im Prozess geltend machen möchte.⁸⁶⁶ Hierzu muss jeder Abtretungsgläubiger seine Entscheidung beim Verfassen der Klageschrift mitteilen. Das Forderungsbegehren bestimmt sich aus der *Summe* der mitgeteilten Forderungen der einzelnen Abtretungsgläubiger. Widersetzt sich ein Abtretungsgläubiger gegen die mitgeteilte Forderungshöhe eines anderen Abtretungsgläubigers oder teilt er keine mit, dann kann ihn die Konkursverwaltung zur Kooperation auffordern. Andernfalls wird seine Abtretung widerrufen.⁸⁶⁷
- 331 Der Ansatz, die von jedem Abtretungsgläubiger genannte Forderung zu einem Forderungsbegehren zu summieren, rechtfertigt sich auch vor dem Hintergrund der Erlösverteilung. Aufgrund dieser hat ein rationaler Abtretungsgläubiger bei erwarteter Nulldividende aus der Verwertung des übrigen Massesubstrats nur

⁸⁶² MILANI, Koordination, S. 153: «Dies, zumal es bekanntlich jedem Abtretungsgläubiger freisteht, zu entscheiden, wie viel er von der ihm abgetretenen Forderung einklagen will.»; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 201; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; TSCHUMY, S. 48.

⁸⁶³ OGER ZH PS150205, E. 4.1: «Im Unterschied zur eigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft steht es jedem Abtretungsgläubiger aber frei, wieviel er von der abgetretenen Forderung einklagen möchte.»

⁸⁶⁴ Rz. 314 ff.

⁸⁶⁵ Die Prozesskosten berechnen sich gemäss Art. 96 ZPO nach den kantonalen Tarifen. Zu ihrer Berechnung sind nebst dem Streitwert auch weitere Faktoren zu berücksichtigen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 1).

⁸⁶⁶ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 201.

⁸⁶⁷ Vgl. Rz. 311 hinsichtlich der Passivität von Abtretungsgläubigern. Die Ausführungen gelten sinngemäss auch bei der Formulierung der Rechtsbegehren.

den Anreiz, maximal die Höhe seiner kollozierten Forderung einzugeben.⁸⁶⁸ Ein Erlös, der über seine kollozierte Forderung hinausgeht, fällt aufgrund der Verteilungsregeln nach Art. 260 Abs. 2 SchKG nicht mehr ihm, sondern einem anderen Abtretungsgläubiger oder letztlich der Konkursmasse zu. Zudem wird ein Abtretungsgläubiger nur dann seine kollozierte Forderung eingeben, wenn er effektiv erwartet, dass die Anspruchsdurchsetzung diese auch abdeckt. Ansonsten setzt er sich erwartungsgemäss ohne Aussicht auf eine Erlösverteilung⁸⁶⁹ dem Risiko von Prozesskosten aus.⁸⁷⁰ Die Regeln der Erlösverteilung dürften bei den Abtretungsgläubigern dazu führen, dass das Forderungsbegehren in der Summe maximal der Höhe des erwarteten Gewinns entspricht – und es damit rational und frei von Obstruktion formuliert wird.

Aufgrund von Art. 260 Abs. 2 SchKG, wonach ein Erlösüberschuss der Masse 332 zufällt, muss einem Abtretungsgläubiger ungeachtet der vorgehenden Ausführungen die Befugnis zukommen, auch einen höheren Betrag als seine kollozierte Forderung geltend zu machen.⁸⁷¹ Obstruktion durch unilaterales Aufblähen des Forderungsbegehrens wird denkbar.⁸⁷² Der Streitwert wird in die Höhe getrieben, was wiederum die Prozesskosten und das Risiko erhöht, dass die Klage nur teilweise

⁸⁶⁸ Vgl. hierzu Rz. 192 f. zum Ablauf der Verwertung und Rz. 196 ff. zur Anreizstruktur. Zeichnet sich für einen Abtretungsgläubiger die Teildeckung seiner Konkursforderung durch Liquidation des übrigen Massesubstrats ab, wird er die Differenz bis zur Gesamtdeckung seiner Konkursforderung geltend machen. Als Prämisse für die nachgehenden Ausführungen werden Kosten, die vorab zur Erlösverteilung gedeckt werden, weggedacht.

⁸⁶⁹ Vgl. Rz. 197. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen. Es bestehen zwei Abtretungsgläubiger. Der erste hat eine Konkursforderung in der ersten Klasse in Höhe von CHF 20'000.– kolloziert, der zweite eine Konkursforderung in der dritten Klasse. Beide überlegen sich, eine Darlehensforderung in vollumfänglicher und ursprünglich gewährter Höhe von CHF 10'000.– gegenüber dem Drittschuldner geltend zu machen. Für den ersten Abtretungsgläubiger macht es nur Sinn, CHF 10'000.– bei der Formulierung der Rechtsbegehren einzugeben, denn mehr kann er nicht aus dem Erlös gewinnen. Für den zweiten Abtretungsgläubiger macht die Teilnahme am Verfahren gar keinen Sinn. Aufgrund der Regeln zur Erlösverteilung nach Art. 260 Abs. 2 SchKG geht im Fall des Obsiegens der gesamte Erlös an den ersten Abtretungsgläubiger mit der Erstklassforderung; der zweite Abtretungsgläubiger setzt sich nur dem Risiko von Prozesskosten im Fall des Unterliegens aus.

⁸⁷⁰ Vgl. Rz. 504 f.

⁸⁷¹ KGer SZ ZK1 2018 5, E. 1b; TSCHUMY, S. 48; LEUENBERGER, S. 201.

⁸⁷² Man stelle sich vor, der zweite Abtretungsgläubiger im Beispiel in Fn. 869 gibt trotz der als Darlehen übertragenen CHF 10'000.– eine Forderung von CHF 50'000.– ein. Das Rechtsbegehren beliefe sich auf CHF 60'000.–, weil der erste Abtretungsgläubi-

durchdringt. Solches Verhalten wird wirksam unterbunden, wenn Gerichte bei der Auferlegung der Prozesskosten die Regeln der Erlösverteilung berücksichtigen und die Prozesskosten auf diejenigen Abtretungsgläubiger verteilen, die Anlass zur Überklage gegeben haben.⁸⁷³

- 333 Da das Zusammenrechnen von Forderungen bei der Bestimmung des *Verzugsdatums* und bei einem allfälligen mit der Forderungsklage geltend gemachten *Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags* naturgemäss nicht funktioniert, muss für diese Begehren auf die Lehrmeinungen zurückgegriffen werden, die der Konkursverwaltung die Weisungsbefugnis zusprechen.⁸⁷⁴ Dies ist sachgerecht. Weder die Zinsforderung (Art. 91 Abs. 1 ZPO) noch das Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags⁸⁷⁵ werden zum Streitwert hinzugerechnet, weshalb die Involvierung der Konkursverwaltung in diesen Angelegenheiten keine Kostenfolge für die Streitgenossen auslöst.

3. Fazit

- 334 Als Fazit aus den Ausführungen zur erstinstanzlichen Verfahrenseinleitung kann festgehalten werden, dass die Abtretungsgläubiger das Verfahren aufgrund des drohenden Nichteintretensentscheids bei Einzelklagen sinnvollerweise gemeinsam einleiten sollten. Die Konkursverwaltung kann die Abtretungsverfügung von passiven Abtretungsgläubigern widerrufen. Bei Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern hinsichtlich der örtlichen oder der sachlichen Zuständigkeit oder hinsichtlich des Zeitpunkts der Klageeinleitung erlässt die Konkursverwaltung zu deren Auflösung Weisungen. Verstösst ein Abtretungsgläubiger gegen die Weisungen, kann die Konkursverwaltung seine Abtretungsverfügung ebenfalls widerrufen. Abstimmungen hinsichtlich der für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente sind nur möglich, wenn die Konkursverwaltung diesen Mechanismus in der Abtretungsverfügung vorsieht. Das Abstimmungsergebnis ersetzt indes nicht die Weisungsbefugnis der Konkursverwaltung.
- 335 Bei der Formulierung des Forderungsbegehrens können die Abtretungsgläubiger die Leistung an sich oder an die Masse verlangen. Das Forderungsbegehren ergibt

ger CHF 10'000.– eingegeben hat. Dies wäre die Konsequenz aus der Addierung der Forderungen und führt zur Obstruktion durch Überklagen.

⁸⁷³ Vgl. hierzu ausführlich Rz. 504 f.

⁸⁷⁴ Rz. 329.

⁸⁷⁵ DIKE Komm. ZPO-DIGGELMANN, Art. 91 N 62; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 79 N 24.

sich aus der Summierung der einzelnen, von den Abtretungsgläubigern genannten Forderungen.

III. Einleitung des Rechtsmittelverfahrens

Nachdem dargelegt wurde, wie der erstinstanzliche Prozess einzuleiten ist, muss auch die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens einer vertieften Diskussion unterzogen werden. Einführend werden die Unterschiede zwischen der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und der Rechtsmittelergreifung herausgearbeitet. Anschliessend wird auf die Rechtsmitteleinleitung der Abtretungsgläubiger eingegangen. Nach der Darlegung der Regeln zur Erlösverteilung im Rechtsmittelverfahren wird der Problemfall der Anschlussberufung diskutiert und ein Lösungsvorschlag vorgebracht. 336

Wie das Kapitel zur Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens ist auch dieses Kapitel von der Frage abzugrenzen, ob die Abtretungsgläubiger unterschiedliche Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen im Rechtsmittelverfahren eingeben können.⁸⁷⁶ 337

1. Unterschiede bei der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und des Rechtsmittelverfahrens

Mit der Urteilsfällung des erstinstanzlichen Gerichts entstehen für die Abtretungsgläubiger zwei wesentliche Unterschiede zur Situation vor der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens. Erstens sind die für die Rechtsmitteleinleitung notwendigen Elemente vorgegeben, weshalb gar kein Raum für Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern auftreten kann. So ist die Rechtsmittelinstanz bekannt, entsprechend sind Uneinigkeiten wie Fragen zur örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit bei der Rechtsmitteleingabe nicht denkbar. Das Gleiche gilt für den Zeitpunkt der Rechtsmittelergreifung: Während über den Zeitpunkt der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens Uneinigkeit herrschen kann,⁸⁷⁷ setzt die Rechtsmittelfrist den Zeitpunkt fest, bis zu dem die Rechtsmitteleingabe zu erfolgen hat. Sie beträgt bei der Berufung und der Beschwerde gemäss ZPO je nach Verfahrensart oder Anfechtungsobjekt zehn oder dreissig Tage.⁸⁷⁸ Da die 338

⁸⁷⁶ Vgl. Rz. 363 ff. hierzu.

⁸⁷⁷ Vgl. Rz. 307.

⁸⁷⁸ Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 314 Abs. 1 ZPO; Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO.

Rechtsmittelfrist als gesetzliche Frist nicht erstreckt werden kann,⁸⁷⁹ stehen die Abtretungsgläubiger bei der Entscheidung, ob sie ein Rechtsmittel einlegen wollen, unter erheblichem Zeitdruck.

- 339 Als weiterer Unterschied ist das erstinstanzliche Urteil der Hauptgrund, weshalb sich die Interessen der Abtretungsgläubiger hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung ändern können.⁸⁸⁰ Bei der erstinstanzlichen Prozesseinleitung möchten noch alle prozessierenden Abtretungsgläubiger, dass der Anspruch durchgesetzt und Erlös generiert wird.⁸⁸¹ Ansonsten nähmen sie nicht am Verfahren teil.⁸⁸² Diese Interessenlage kann sich nach dem erstinstanzlichen Urteilserlass aus verschiedenen Gründen *ändern*: Offensichtlich ist, dass diejenigen Abtretungsgläubiger, deren Konkursforderung aufgrund der Verteilungsregeln von Art. 219 i.V.m. Art. 260 Abs. 2 SchKG voll befriedigt werden, kein Interesse am Rechtsmittelverfahren haben.⁸⁸³ Aber auch Abtretungsgläubiger, deren Konkursforderung nicht vollständig gedeckt wird, möchten unter Umständen kein Rechtsmittelverfahren mehr anstrengen. Genügsame Abtretungsgläubiger werden sich auch mit einer nur teilweisen Deckung ihrer Konkursforderung zufriedengeben. Auch Abtretungsgläubiger, die gar nicht in den Genuss der Erlösverteilung kommen, sehen möglicherweise ihre Prozesschancen aufgrund der Urteilsbegründung schwinden oder wollen sich nicht dem erneuten Prozesskostenrisiko des Rechtsmittelverfahrens aussetzen.⁸⁸⁴

⁸⁷⁹ Rz. 65; Art. 144 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-BENN, Art. 144 N 1; Kuko ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, Art. 144 N 2.

⁸⁸⁰ Aufgrund des jederzeitigen Rücktrittsrechts können Abtretungsgläubiger, die im Lauf des erstinstanzlichen Verfahrens das Interesse an der Anspruchsdurchsetzung verlieren, aus dem Prozess ausscheiden (Rz. 223). Ein Wandel in den Interessen kann insofern auch schon früher auftreten (exemplarisch OGer ZH LB140036, E. 1.a, in dem der Willensvollstrecker nach dem Tod eines Abtretungsgläubigers den Rücktritt aus dem Prozess erklärte). In der Regel dürften Abtretungsgläubiger aber wegen den mit dem Rücktritt einhergehenden Prozesskosten (vgl. Rz. 509 ff. hierzu) das erstinstanzliche Urteil abwarten.

⁸⁸¹ Vgl. Rz. 196.

⁸⁸² Sie erklären entweder den Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis (vgl. Rz. 234) oder verharren in Passivität, was zum Widerruf ihrer Abtretungsverfügung führt (vgl. Rz. 311).

⁸⁸³ Vgl. Rz. 196 ff.

⁸⁸⁴ LEUENBERGER, Streitgenossen, S. 205: «Es kann aber vorkommen, dass ein Abtretungsgläubiger ein erstinstanzliches Urteil ausdrücklich anerkennt und es dabei bewenden lassen will, warum er das Ergreifen eines Rechtsmittels ablehnt.»

2. Rechtsmittelergreifung durch die Abtretungsgläubiger

2.1 Einleitung

Bei der Rechtsmittelergreifung stellen sich keine Probleme, wenn alle erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger am Rechtsmittelverfahren teilnehmen oder sich alle Abtretungsgläubiger dagegen entscheiden.⁸⁸⁵ Schwieriger gestaltet sich die Situation, in der nur ein Teil der erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger ein Rechtsmittelverfahren führen möchte. Aufgrund des potenziellen Interessengegensatzes zwischen den Abtretungsgläubigern ist in der Lehre anerkannt, dass die rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger in der Lage sein müssen, ein Rechtsmittel zu ergreifen.⁸⁸⁶ Umstritten ist hierbei jedoch die Frage, wie sie prozessual vorzugehen haben.⁸⁸⁷ Die hierzu bestehenden Lehrmeinungen werden im Folgekapitel integriert und diskutiert. 340

2.2 Gefahr widersprüchlicher Urteile als Ausgangspunkt

Das grundlegende Problem, das sich beim Rechtsmittelverfahren durch nur einen Teil der Abtretungsgläubiger stellt, ist die Gefahr widersprüchlicher Urteile. Ein Beispiel soll dies illustrieren: Angenommen, die Forderungsklage zweier Abtretungsgläubiger wird im erstinstanzlichen Urteil vollumfänglich abgewiesen. Bei den Abtretungsgläubigern werden gemäss dem Prozessausgang die Prozesskosten auferlegt. Einer der beiden Abtretungsgläubiger entscheidet sich, das Rechtsmittelverfahren gegen den Abweisungsentscheid zu führen. Das Rechtsmittelgericht schützt die Rechtsmittelanträge und heisst die Forderungsklage reformatorisch vollständig gut. Es hebt ebenfalls die Kostenregelung des erstinstanzlichen Entscheids auf und verlegt die Prozesskosten neu. Fraglich ist nun, ob das Rechtsmittelurteil auch zugunsten des nicht rechtsmittelführenden Abtretungsgläubigers gilt. Dies muss nach vorliegender Ansicht bejaht werden, ansonsten wäre der nicht rechtsmittelführende Abtretungsgläubiger an das erstinstanzliche Urteil (inkl. 341

⁸⁸⁵ Illustrativ hierfür die Ausführungen von Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24 f., hinsichtlich der notwendigen Streitgenossenschaft.

⁸⁸⁶ Vgl. Rz. 30 für die Prozessstandschaft generell; Rz. 177 hinsichtlich der mit der Abtretungsverfügung eingeräumten Befugnisse; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 103; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 205; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 48; TSCHUMY, S. 49; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; LEUCH et al., Art. 38 N 6b.

⁸⁸⁷ LORANDI, Abtretung, S. 87: «Nicht hinreichend geklärt ist auch, inwiefern nur einzelne Abtretungsgläubiger ein Rechtsmittel ergreifen können oder ob alle gemeinsam agieren müssen.»

Kostenfolgen) gebunden und der rechtsmittelführende Abtretungsgläubiger nicht. Ein solches Ergebnis ist abzulehnen.⁸⁸⁸

- 342 Damit der nicht im Rechtsmittelverfahren involvierte Abtretungsgläubiger ebenfalls durch das Rechtsmittelurteil gebunden ist, muss sich das Rechtsmittelurteil auch auf ihn erstrecken. Dies kann auf zwei verschiedene Arten geschehen und widerspiegelt die Lehrmeinungen hinsichtlich der Teilnahme der erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger am Rechtsmittelverfahren. Gemäss der ersten und an die notwendige Streitgenossenschaft angelehnten Lehrmeinung ist zu fordern, dass alle erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger auch im Rechtsmittelverfahren involviert sein müssen. Aufgrund ihrer Parteistellung im Rechtsmittelverfahren erstreckt sich die Rechtskraft des Rechtsmittelurteils bei einer Leistungsklage auch auf sie,⁸⁸⁹ unterschiedliche Urteile sind nicht möglich.⁸⁹⁰ Die zweite Lehrmeinung sieht vor, dass zwar der rechtsmittelunwillige Streitgenosse nicht im Rechtsmittelverfahren involviert sein muss, er aber gleichwohl von der Rechtskraft des Rechtsmittelurteils umfasst wird.⁸⁹¹
- 343 Das Problem an der ersten Lehrmeinung ist, dass die Anspruchsdurchsetzung bei nur einem obstruktiven Abtretungsgläubiger verunmöglicht wird, denn aufgrund

⁸⁸⁸ LEUCH et al., Art. 38 N 6b. A.A. LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 205, der die erstinstanzliche Kostenregelung unabhängig vom Rechtsmittelausgang für die nicht rechtsmittelführenden Abtretungsgläubiger gelten lassen möchte.

⁸⁸⁹ Vgl. Rz. 110 für die Rechtskrafterstreckung bei Leistungsklagen.

⁸⁹⁰ TSCHUMY, S. 50: «En cas de recours en réforme, la réponse doit être la même. En effet, on doit admettre avec Poudret que l'effet dévolutif du recours en réforme entraîne le report de toutes les conclusions devant l'autorité de recours, dès lors que toutes les conclusions sont dans un lien de dépendance avec celles du recours, même si une seule partie a recouru. Ainsi, il faut admettre que les effets d'un recours s'étendront à tous les cessionnaires. Ceux qui décideront de s'opposer au recours auront logiquement le statut d'intimés.»

⁸⁹¹ LEUCH et al., Art. 38 N 6b: «Am deutlichsten zeigt sich die verfahrensrechtliche Sonderstellung nach Ergreifung eines Rechtsmittels. Die der Klageverbindung zugrundeliegende, sich von der Sache her ergebende Notwendigkeit, ein für alle Prozessparteien in gleicher Weise wirksames Urteil zu fällen, hat im Rechtsmittelverfahren zwei Konsequenzen: wird das Rechtsmittelverfahren von der beklagten Partei ergriffen, sind alle Kläger in das oberinstanzliche Verfahren einzubeziehen. Wird es nur von einem Teil der mehreren Kläger eingelegt, wirken der Aufschub der Rechtskraft und eine allfällige Abänderung des unterinstanzlichen Urteils auch gegenüber den passiv gebliebenen. Hat das Rechtsmittel Erfolg, muss konsequenterweise die unterinstanzliche Kostenverteilung mit Wirkung für alle Kläger einschliesslich derjenigen, die es nicht ergriffen haben, neu geregelt werden.»

des Interessengegensatzes werden sich die rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger nicht freiwillig einer Rechtsmitteleingabe anschliessen. Möchte man die Anspruchsdurchsetzung der rechtsmittelwilligen Streitgenossen nicht scheitern lassen, läge die Lösung darin, den rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubigern die gleichen prozessualen Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip zuzugestehen, die auch den notwendigen Streitgenossen offenstehen. Sie verfangen jedoch nicht.⁸⁹²

Eine Stellvertretung im Rahmen von Art. 70 Abs. 2 ZPO kommt aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in Frage. Der Wortlaut der Norm schliesst eine Vertretung für das Rechtsmittelverfahren explizit aus; das Bundesgericht schützt dies.⁸⁹³ In der Praxis hilft es wenig, dass sich die herrschende Lehre für die Vertretung bei der Rechtsmitteleinleitung ausspricht.⁸⁹⁴ Die Rechtsprechung zur Dringlichkeit könnte zwar auf die Abtretungsgläubiger erstreckt werden, denn das Bundesgericht lässt sie bei der aktivseitigen Anspruchsdurchsetzung der notwendigen Streitgenossen zu.⁸⁹⁵ Das Problem an ihr ist indes, dass die Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht für das Rechtsmittelverfahren ergangen ist und rein funktional grosse Ähnlichkeit zur Stellvertretung nach Art. 70 Abs. 2 ZPO aufweist. In beiden Fällen liegt eine Stellvertretung vor, deren Anwendungsbereich erst bei Dringlichkeit bzw. der Gefahr eines Rechtsverlusts eröffnet ist.⁸⁹⁶ Es liegt deshalb die Annahme nahe, dass Art. 70 Abs. 2 ZPO einen Einfluss auf die Rechtsprechung zur Dringlichkeit hat und ihre Anwendung vereitelt. Schliesslich kommt auch das passivseitige ins Recht fassen der rechtsmittelunwilligen Streitgenossen nicht als Lösung in Frage, so wie dies TSCHUMY im Rahmen der ersten Lehrmeinung vorschlägt.⁸⁹⁷ Die Rechtsprechung, die das passivseitige ins Recht fassen erlaubt, erstreckt sich auf unteilbare Rechtsverhältnisse wie Miet-

⁸⁹² Das sinngemässe Problem bei der notwendigen Streitgenossenschaft ansprechend: Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 24.

⁸⁹³ Rz. 64 f.; BGE 142 III 782, E. 3.1.2: «Dans la suite de la procédure, les consorts nécessaires doivent en principe aussi procéder en commun. Toutefois, en vertu de l'art. 70 al. 2 CPC, les actes de procédure accomplis en temps utile par l'un des consorts valent pour ceux qui n'ont pas agi, à l'exception des recours (art. 70 al. 2 CPC). Par conséquent, pour le dépôt d'un recours, comme pour l'ouverture de l'action en justice, tous les consorts nécessaires doivent agir ensemble.»

⁸⁹⁴ Rz. 65.

⁸⁹⁵ Vgl. Rz. 54.

⁸⁹⁶ Rz. 51 und Rz. 53.

⁸⁹⁷ Vgl. Fn. 890.

verhältnisse⁸⁹⁸ oder Streitigkeiten, in welchen ausschliesslich die Streitgenossen involviert sind.⁸⁹⁹ Für die Durchsetzung von Forderungsklagen finden sich, soweit ersichtlich, keine Anwendungsfälle.

2.3 Rücktrittsrecht und Widerrufsverfügung als Lösungsmöglichkeit

- 345 Vor diesem Hintergrund ist nach vorliegender Ansicht die zweite Lehrmeinung zu befürworten, wonach nicht alle erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger im Rechtsmittelverfahren involviert sein müssen. Für die zivilprozessuale Umsetzung dieses Gedankens kann auf das im Umgang mit den Abtretungsgläubigern bekannte Instrumentarium zurückgegriffen werden.
- 346 Wie die Ausführungen zur Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung gezeigt haben, scheitert eine Einzelklage, wenn nicht alle *prozessführungsberechtigten* Abtretungsgläubiger involviert sind.⁹⁰⁰ Bei der erstinstanzlichen Verfahrenseinleitung kann die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung⁹⁰¹ beim Bestehen von klageunwilligen Abtretungsgläubigern dadurch erfüllt werden, dass die klageunwilligen Abtretungsgläubiger entweder auf die Prozessführungsbefugnis verzichten⁹⁰² oder die Konkursverwaltung bei Passivität ihre Abtretungsverfügung widerruft⁹⁰³. In beiden Fällen fällt die Prozessführungsbefugnis dahin.⁹⁰⁴
- 347 Für das Rechtsmittelverfahren können diese beiden Möglichkeiten im Fall rechtsmittelunwilliger Abtretungsgläubiger ebenfalls fruchtbar gemacht werden. Hierbei muss danach differenziert werden, wie sich das Zusammenspiel der Abtretungsgläubiger hinsichtlich der Rechtsmitteleinleitung gestaltet. Dazu wird auf die

⁸⁹⁸ Rz. 46. BGE 145 III 281, E. 3.4.2 für die Anfechtung einer Mietwohnungskündigung bei Ehegatten; BGer 4A_347/2017, E. 3 für die Anfechtung einer Mietwohnungskündigung im Fall einer Erbengemeinschaft; BGE 140 III 598, E. 3.2 ebenfalls hinsichtlich der Anfechtung einer Mietwohnungskündigung; BGer 5A_809/2011, E. 2.3 im Fall einer erbrechtlichen Teilungsklage; BGE 130 III 550, E. 2.1.2 hinsichtlich des Einzelrechtsmittelrechts bei einem Urteil über die erbrechtliche Teilungsklage.

⁸⁹⁹ ZR 1991 Nr. 12, S. 38 ff.; VON HOLZEN, S. 171.

⁹⁰⁰ Rz. 225 ff. und Rz. 234.

⁹⁰¹ Diese muss wie die übrigen Prozessvoraussetzungen auch im Rechtsmittelverfahren geprüft werden. Für die Prozessvoraussetzungen generell: Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 2; DIKE Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 60 N 4; ZPO Komm.-ZÜRCHER, Art. 60 N 15.

⁹⁰² Rz. 234.

⁹⁰³ Rz. 311.

⁹⁰⁴ Vgl. Rz. 183 hinsichtlich der Widerrufsverfügung und Rz. 234 ff. hinsichtlich des Verzichts auf die Prozessführungsbefugnis.

Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung im Zusammenhang mit *drei* Konstellationen eingegangen.

2.3.1 Bei koordinationswilligen Abtretungsgläubigern

In der ersten Konstellation stehen alle Abtretungsgläubiger in Kontakt und sind 348 in der Lage, ihre Bedürfnisse mitzuteilen.⁹⁰⁵ Sie legen dar, ob sie am Rechtsmittelverfahren teilnehmen wollen oder nicht und handeln entsprechend. Diejenigen Abtretungsgläubiger, die nicht am Rechtsmittelverfahren teilnehmen wollen, verzichten auf ihre Prozessführungsbefugnis,⁹⁰⁶ indem sie ihr jederzeitiges Rücktrittsrecht ausüben, das ihnen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zusteht.⁹⁰⁷ Dass die Rücktrittserklärung vor der eigentlichen Rechtsmittelergreifung ausgesprochen wird und diese antizipiert, schadet nach vorliegender Ansicht nicht. Der Wille, *ab initio* nicht im Rechtsmittelverfahren teilzunehmen, kommt durch die Rücktrittserklärung zum Ausdruck.⁹⁰⁸

Die rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger werden aufgrund der Rechtsmit- 349 telfrist und der bekannten Rechtsmittelinstanz keinen Meinungsverschiedenheiten unterliegen.⁹⁰⁹ Sie geben die Rechtsmitteleingabe in ihrem Namen ein. Die Rechtsmittelinstanz prüft die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung und wird diese aufgrund der bereits beigelegten Rücktrittserklärungen der rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger als erfüllt ansehen.

Wie noch aufzuzeigen sein wird, widerspricht die gemeinsame Rechtsmittelein- 350 gabe nicht der Möglichkeit der einzelnen Abtretungsgläubiger, unterschiedliche

⁹⁰⁵ Dies dürfte gerade bei wenigen Abtretungsgläubigern der Fall sein, die das erstinstanzliche Verfahren von einer gemeinsamen Rechtsvertretung führen liessen oder sonst in konstruktivem Kontakt miteinander stehen.

⁹⁰⁶ Vgl. Rz. 386.

⁹⁰⁷ Rz. 223 zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305: «Es steht ihm [dem Abtretungsgläubiger] sodann frei, jederzeit aus dem gerichtlichen Verfahren auszusteigen. Dies gilt auch in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren. [...] Abtretungsgläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, aber kein Rechtsmittel ergreifen wollen, scheiden aus dem Verfahren aus.»

⁹⁰⁸ Insbesondere führt die Rücktrittserklärung, die nach der Urteilsöffnung ausgesprochen wurde, nicht dazu, dass der Abtretungsgläubiger sich der erstinstanzlichen Urteilswirkung entziehen könnte (vgl. Rz. 393 ff. hierzu).

⁹⁰⁹ Vgl. Rz. 338.

Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen einzureichen.⁹¹⁰

2.3.2 Bei Passivität von Abtretungsgläubigern

- 351 Die zweite Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass ein oder mehrere rechtsmittelunwillige Abtretungsgläubiger passiv verbleiben. Sie reagieren nicht innert der Rechtsmittelfrist auf Kommunikationsversuche der rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger. Die rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger sind gezwungen, vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist ohne die passiven Abtretungsgläubiger die Rechtsmitteleingabe zu tätigen. Eine Widerrufsverfügung der Konkursverwaltung kommt innert der Rechtsmittelfrist nicht in Frage, weil hierzu die Zeit zu knapp bemessen ist und ein scheinbar passiver Abtretungsgläubiger noch am letzten Tag vor Ablauf der Rechtsmittelfrist aktiv werden könnte. Da erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Sicherheit besteht, ob ein Abtretungsgläubiger nicht in das Rechtsmittelverfahren involviert sein möchte, muss die Teilnahme am Rechtsmittelverfahren als Kriterium dienen, auf das sich die Widerrufsverfügung stützt.⁹¹¹
- 352 Treten nicht alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Rechtsmittelverfahren auf, wird dies die Rechtsmittelinstanz feststellen. Aufgrund der Passivität der rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger können die rechtsmittelführenden Abtretungsgläubiger keine Verzichtserklärungen der passiven Abtretungsgläubiger vorweisen. Die Rechtsmittelinstanz muss den das Rechtsmittelverfahren führenden Abtretungsgläubigern – gemäss den allgemeinen Grundsätzen bei heilbaren Prozessvoraussetzungen – eine *Nachfrist* zur Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung ansetzen.⁹¹² Innert dieser Frist ist es für die Konkursverwaltung auf Antrag der rechtsmittelführenden Abtretungsgläubiger ein Einfaches, die Abtretungsverfügung derjenigen Abtretungsgläubiger *zu widerrufen*, die keine Rechtsmitteleingabe getätigt haben.

2.3.3 Obstruktion

- 353 Im vorgehenden Kapitel wird für den Erlass der Widerrufsverfügung bewusst auf den Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. auf die Rechtsmitteleingabe als Kriterium abgestellt, weil noch eine dritte Konstellation denkbar ist. So ist es möglich, dass

⁹¹⁰ Vgl. Rz. 363 ff.

⁹¹¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Widerrufsbefugnis der Konkursverwaltung ist für diesen Schluss genügend breit. Vgl. hierzu ausführlich Rz. 264 ff.

⁹¹² Rz. 227.

ein Abtretungsgläubiger nicht passiv verbleibt, sondern – aus welchen Gründen auch immer – bei der Ergreifung des Rechtsmittels nicht mit anderen Abtretungsgläubigern kooperieren möchte. Dies drückt sich beispielsweise dadurch aus, dass ein Abtretungsgläubiger eine eigene Rechtsmitteleingabe unabhängig vom Verhalten der übrigen Abtretungsgläubiger eingibt. Einer solchen Rechtsmitteleingabe *darf keine Präklusionswirkung zukommen*, da sonst ein Abtretungsgläubiger die übrigen vom Rechtsmittelverfahren ausschliessen könnte. Mehrere fristgerechte Rechtsmitteleingaben müssen zur Auflösung der Möglichkeit von Obstruktion zulässig sein.⁹¹³ Wie der Inhalt der unterschiedlichen Rechtsmitteleingaben aufeinander abgestimmt wird, ist Gegenstand des Kapitels zur uneinheitlichen Prozessführung.⁹¹⁴

Analog dem Vorkapitel widerruft auch hier die Konkursverwaltung die Abtretungsverfügungen von all jenen Abtretungsgläubigern, die keine fristgerechte Rechtsmitteleingabe getätigt haben. 354

2.3.4 Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass nicht alle erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger im Rechtsmittelverfahren involviert sein müssen. Rechtsmittellunwillige Abtretungsgläubiger können durch die Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts auf ihre Prozessführungsbefugnis verzichten. Bleiben sie passiv, wird ihre Abtretungsverfügung widerrufen, was ebenfalls zum Dahinfallen der Prozessführungsbefugnis führt. Zur Verhinderung von Obstruktion müssen mehrere Rechtsmitteleingaben möglich sein. Rechtsmittellunwillige Abtretungsgläubiger können die Anspruchsdurchsetzung im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nicht vereiteln. 355

⁹¹³ Einzelne Rechtsmitteleingaben kommen Einzelklagen gleich. Da das Gericht auch im Rechtsmittelverfahren Prozesse vereinigen kann (OFK ZPO-JENNY/JENNY, Art. 125 N 12), müssen die einzelnen fristgerechten Rechtsmitteleingaben vereinigt werden. Bei der erstinstanzlichen Verfahrenseinleitung wurde die zwangsweise Einleitung von Parallelklagen durch Androhung des Widerrufs der Abtretungsverfügung von nicht in einer Einzelklage involvierten Abtretungsgläubigern abgelehnt (vgl. Rz. 266 ff. für die Ausführungen zur Zwangskoordination im Umgang mit Parallelklagen). Die freiwillige Einleitung von Parallelklagen steht den Abtretungsgläubigern indes offen (vgl. Rz. 259 ff.). Für das Rechtsmittelverfahren muss auf diese Erkenntnis abgestellt werden.

⁹¹⁴ Vgl. Rz. 383.

2.4 Kein Widerspruch zur erstinstanzlichen Prozesseinleitung

- 356 Während für die erstinstanzliche Prozesseinleitung sinnvollerweise empfohlen wird, dass alle Abtretungsgläubiger die prozesseinleitende Eingabe gemeinsam tätigen,⁹¹⁵ kommt das Rechtsmittelverfahren auch ohne diese Empfehlung aus. Die Abtretungsgläubiger können mehrere das Rechtsmittelverfahren einleitende Rechtsschriften eingeben, ohne dass ein Nichteintretensentscheid droht. Dies ist kein unauflösbarer Widerspruch, sondern eine Konsequenz aus den unterschiedlichen Umständen, die vor der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und des Rechtsmittelverfahrens bestehen.
- 357 Für das erstinstanzliche Verfahren sieht die ZPO keine gesetzliche *Frist* vor, innert welcher die Klage eingeleitet werden muss. Grundsätzlich hat die Konkursverwaltung entsprechend genügend Zeit, passive Abtretungsgläubiger vor der gemeinsamen Einleitung des Prozesses durch die Widerrufungsverfügung aus der Gemeinschaft der Abtretungsgläubiger zu entfernen und im Fall von Uneinigkeit der Abtretungsgläubiger Weisungen zu erlassen.⁹¹⁶ Dies ist im Fall des Rechtsmittelverfahrens nicht realistisch. Damit die Anspruchsdurchsetzung vor dem Hintergrund der Rechtsmittelfrist möglich bleibt, sollten die Abtretungsgläubiger die Möglichkeit haben, die Rechtsmitteleingabe nicht gemeinsam einzureichen.
- 358 Darüber hinaus rechtfertigen sich mehrere Rechtsmitteleingaben deshalb, weil ein Abtretungsgläubiger durch die Rechtsmitteleingabe nicht die örtliche und sachliche Zuständigkeit und den Zeitpunkt der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens festlegen kann. Diese sind bei der Rechtsmitteleingabe vorgegeben. Beim erstinstanzlichen Verfahren wurde das unilaterale Festsetzen dieser Elemente durch die zeitlich erste Prozesseingabe abgelehnt,⁹¹⁷ weshalb sich die Abtretungsgläubiger vor der Prozesseinleitung mittels Konkursverwaltung zu koordinieren haben.

3. Erlösverteilung im Rechtsmittelverfahren

- 359 Wird im Rechtsmittelverfahren ein über das erstinstanzliche Urteil hinausgehender Erlös generiert, so steht dieser einzig den rechtsmittelführenden Abtretungs-

⁹¹⁵ Rz. 334.

⁹¹⁶ Vgl. Rz. 309 ff. Droht der Ablauf einer Verjährungsfrist, kann diese unterbrochen werden (vgl. Rz. 417 ff.). Beim Ablauf einer Verwirkungsfrist liegt eine Ausnahmesituation vor.

⁹¹⁷ Rz. 267 ff.

gläubigern zu.⁹¹⁸ Das Gleiche gilt für das Tragen des Prozesskostenrisikos im Rechtsmittelverfahren.⁹¹⁹ Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass diejenigen Abtretungsgläubiger, die auch das Prozesskostenrisiko auf sich nehmen, die Vorzugsdeckung ihrer Forderung erhalten.⁹²⁰

Ob der Erlös aus dem erstinstanzlichen Urteil auch den erstinstanzlichen Abtretungsgläubigern zukommt, hängt davon ab, ob der Drittschuldner ein Rechtsmittel ergreift und ob die erstinstanzlich vollumfänglich oder teilweise geschützte Forderung im Rechtsmittelurteil reduziert oder aufgehoben wird.⁹²¹ Wurden den erstinstanzlichen Abtretungsgläubigern mit dem erstinstanzlichen Entscheid Prozesskosten auferlegt, so müssen die erstinstanzlichen Abtretungsgläubiger diese nur tragen, sofern die erstinstanzlichen Prozesskosten nicht durch das Rechtsmittelurteil reduziert oder aufgehoben werden.⁹²² 360

4. Problemfall der Anschlussberufung

Die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens durch nur einen Teil der Abtretungsgläubiger rechtfertigt sich unter anderem deshalb, weil das Rechtsmittelurteil die rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger grundsätzlich nicht schlechter stellen kann. Dies ergibt sich aus dem Verbot der *reformatio in peius*, die bei der unilateralen Ergreifung der Berufung oder Beschwerde greift.⁹²³ Sofern der Drittschuldner ein Rechtsmittel einlegen möchte, kann er dies unabhängig von den rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubigern tun – die Rechtsmittelergreifung der rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger hat also gerade keinen Einfluss. Dieser 361

⁹¹⁸ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 48; LEUENBERGER, Streitgenossen, S. 205; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 103.

⁹¹⁹ Vgl. Rz. 29. Dies ergibt sich aufgrund der formellen Parteistellung der im Rechtsmittelverfahren involvierten Abtretungsgläubiger.

⁹²⁰ Rz. 191.

⁹²¹ Der Devolutiveffekt hängt bei Anwendung der Dispositionsmaxime sowohl bei der Berufung als auch bei der Beschwerde vom Umfang der Anträge ab (STEINER, Rz. 447; SEILER, Rz. 938). Exemplarisch SEILER, Rz. 1653: «Wird etwa nur ein Teil eines Urteils über eine Geldforderung angefochten, so stellt der nicht angefochtene und daher in Rechtskraft erwachsene Teil bereits einen definitiven Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG dar und kann entsprechend vollstreckt werden.»

⁹²² LEUCH et al., Art. 38 N 6b. A.A. LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 205.

⁹²³ SEILER, Berufung, Rz. 441; STAEHELIN, A./BACHOFNER, in: Stachelin/Stachelin/Grolimund, § 25 Rz. 18.

Gedanke verfängt jedoch bei der Anschlussberufung nicht mehr.⁹²⁴ Die Anschlussberufung des Drittschuldners hängt nämlich von der Berufung der rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger ab.⁹²⁵ Durch die Anschlussberufung fällt das Verbot der *reformatio in peius* dahin.⁹²⁶ Dies führt dazu, dass im Fall der Anschlussberufung die Rechtsmittelergreifung der rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger Ursache für die Schlechterstellung der rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger sein kann.

- 362 Bei der Anspruchsdurchsetzung durch die Konkursverwaltung existieren ähnliche Situationen, in welchen die Handlung von nur einem Konkurs- bzw. Abtretungsgläubiger die übrigen schlechterstellen kann: Möchte die Konkursverwaltung einen Vergleich schliessen oder hat sie ein erstinstanzliches Urteil erstritten, kann sie den Anspruch an Konkursgläubiger abtreten, die der Meinung sind, einen höheren Erlös generieren zu können. Diese Abtretungsgläubiger riskieren aufgrund der Fortführung des Prozesses, dass schlussendlich ein Urteil bzw. Rechtsmittelurteil ergeht, das verglichen zum Vergleichsschluss oder dem erstinstanzlichen Urteil weniger Erlös generiert oder im schlimmsten Fall vollständig zu einer Klageabweisung führt. Die Konkursverwaltung tritt aufgrund dieser Schlechterstellungsgefahr den Anspruch nur ab, wenn die Konkursgläubiger, welche die Abtretung verlangen, das Vergleichsergebnis⁹²⁷ oder die erstinstanzlich zugesprochene Forderung⁹²⁸ als Sicherheit bei der Konkursverwaltung hinterlegen. Die Sicherstellungspflicht verhindert eine Schlechterstellung der Masse aufgrund der geforderten Abtretung. Nach vorliegender Meinung sollte ein Abtretungsgläubiger, dessen Berufung zu einer Anschlussberufung führt, per *Analogieschluss* ebenfalls sicher-

⁹²⁴ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 103.

⁹²⁵ Art. 313 Abs. 1 ZPO.

⁹²⁶ STAEHELIN, A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 25 Rz. 20. Kuko ZPO-BRUNNER/VISCHER, Art. 313 N 9: «Der angefochtene Entscheid kann (noch zusätzlich) zu Ungunsten des Berufungsklägers abgeändert werden (*reformatio in peius*). Dieses zusätzliche Risiko bewegt den Berufungskläger oftmals zum Rückzug des Rechtsmittels.»

⁹²⁷ Vgl. zu dieser Praxis BGer 7B.116/2002, Sachverhalt B. In der Lehre wird von einer freiwilligen und analogen Anwendung von der Abtretung nach Art. 260 SchKG gesprochen. Der Vergleichsschluss durch die Konkursverwaltung erfolgt unter der Bedingung, dass kein Konkursgläubiger die Abtretung verlangt und dass der Abtretungsgläubiger das Vergleichsergebnis sicherstellt. Vgl. hierzu BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 30; LORANDI, Vergleich, S. 45; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 11; BOPP/GROB, Rz. 17.

⁹²⁸ BGE 67 III 100, E. 1; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 31; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 260 N 69; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 8.

stellungspflichtig werden. Die rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger können so einen zusätzlichen Erlös für sich generieren, aber nicht auf Kosten der übrigen Abtretungsgläubiger.⁹²⁹

IV. Uneinheitliche Prozessführung

Die beiden vorhergehenden Kapitel haben sich damit auseinandergesetzt, wie die Abtretungsgläubiger vorzugehen haben, um das erstinstanzliche Verfahren oder das Rechtsmittelverfahren einzuleiten. Zu Beginn der Kapitel wurde jeweils angedeutet, dass die Prozesseinleitung von der Frage abzugrenzen sei, ob die Abtretungsgläubiger auch gemeinsame Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsstandpunkte zu tätigen haben.⁹³⁰ Diese Diskussion wird in diesem Kapitel geführt.

Einleitend werden die Meinungen hinsichtlich der uneinheitlichen Prozessführung diskutiert und es wird dargelegt, ob die Abtretungsgläubiger den Prozess einheitlich führen müssen oder nicht. Anschliessend wird auf den Umgang der Gerichte mit uneinheitlichen Prozesseingaben eingegangen. Schliesslich wird dargelegt, wie die gemeinsame Prozesseinleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und die Rechtsmitteleinleitung mit der uneinheitlichen Prozessführung vereinbar sind.

1. Diskussion der uneinheitlichen Prozessführung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre sprechen sich für die Zulässigkeit der uneinheitlichen Prozessführung durch die Abtretungsgläubiger aus.⁹³¹ Unbestritten ist die Zulässigkeit indes nicht.⁹³² So wird in der Lehre vereinzelt dafürgehalten, dass aus der Notwendigkeit des einheitlichen Urteils auch die Notwendigkeit einer gemeinsamen Prozesseingabe fliesse.⁹³³ Entweder hätten sich Streitgenossen selbst auf gemeinsame Prozesseingaben zu verständi-

⁹²⁹ Die Aufteilung auf die rechtsmittelführenden Abtretungsgläubiger sollte sich nach deren Wertquote richten (vgl. Rz. 496 ff. zur Ratio hinsichtlich der Wertquotenaufteilung).

⁹³⁰ Vgl. Rz. 220 f. für die einzelnen Prozesshandlungen.

⁹³¹ Vgl. Rz. 220.

⁹³² Vgl. Rz. 220.

⁹³³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 104; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 202.

gen⁹³⁴ oder die Konkursverwaltung habe allfällige Uneinigkeiten zur Sicherstellung der einheitlichen Prozessführung zwischen den Abtretungsgläubigern aufzulösen.⁹³⁵ Um zu eruieren, ob die Abtretungsgläubiger den Prozess uneinheitlich führen dürfen, müssen die befürwortende und die ablehnende Meinung hierzu einer Diskussion unterzogen werden.

1.1 Befürwortende Meinung

- 366 Hinsichtlich der Abtretungsgläubiger erlaubt das *Bundesgericht* die uneinheitliche Prozessführung unter Anführung der Begründung, dass die Abtretungsgläubiger unterschiedliche Interessen und Pläne bei der Anspruchsverfolgung haben können und in einem Interessenkonflikt hinsichtlich der Erlösverteilung stehen.⁹³⁶
- 367 Was die *unterschiedlichen Interessen und Pläne* der Abtretungsgläubiger anbelangt, ist festzuhalten, dass sie, sofern sie im erstinstanzlichen Verfahren oder im Rechtsmittelverfahren teilnehmen, das *gleiche übergeordnete Ziel* haben, nämlich die Anspruchsdurchsetzung. Ob dieses Ziel besteht, ist eine binäre Frage. Denkbar ist, dass hinsichtlich des geplanten Vorgehens unterschiedliche Präferenzen bestehen. So möchte vielleicht ein Abtretungsgläubiger lieber einen Vergleich schliessen und sich gar nicht dem Prozesskostenrisiko aussetzen, das die verfahrensrechtliche Anspruchsdurchsetzung birgt.⁹³⁷ Inwiefern aber eine solche Präferenz uneinheitliche Eingaben bzgl. Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweismiteileingaben und Rechtsausführungen *innerhalb des Prozesses* rechtfertigen soll, ist nicht ersichtlich.
- 368 Als *zweiten Grund* spricht das Bundesgericht den *Interessenkonflikt bei der Erlösverteilung* an.⁹³⁸ Gemäss den Regeln der Erlösverteilung erhalten Abtretungsgläubiger mit einer Erstklassforderung ihre Konkursforderungen noch vor denjenigen Abtretungsgläubigern gedeckt, die ihre Forderungen in der zweiten oder der dritten Klasse kolloziert haben.⁹³⁹ Das Interesse an der Anspruchsdurchsetzung erstreckt sich von den Abtretungsgläubigern, die eine Erstklassforderung kolloziert haben,

⁹³⁴ LORANDI, Gläubiger, S. 284 f.

⁹³⁵ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 202.

⁹³⁶ Rz. 221.

⁹³⁷ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 44 zu diesem Problem.

⁹³⁸ Rz. 221.

⁹³⁹ Art. 219 Abs. 4 i.V.m. Art. 260 SchKG.

nur auf einen Teil des gesamten Forderungsbegehrens.⁹⁴⁰ Bei Ansprüchen, für welche die Schaden- bzw. Forderungshöhe nicht klar ist, kann dies dazu führen, dass die Abtretungsgläubiger den Prozess unterschiedlich und damit uneinheitlich führen möchten. Ein *Beispiel* soll dies verdeutlichen.

Die Abtretungsgläubiger machen einen Konkursverschleppungsschaden geltend. 369 Sie sind hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen für die Verantwortlichkeitsklage (Art. 757 OR) beweisbelastet.⁹⁴¹ Unter anderem müssen sie die Schadenhöhe als Tatfrage im Prozess beweisen.⁹⁴² Hinsichtlich der Schadenhöhe bzw. dem Konkursverschleppungsschaden gilt die Prämisse, dass dieser im Laufe der Zeit graduell grösser wurde, weil sich die Aktiven zunehmend verkleinerten und das Fremdkapital gleich blieb.⁹⁴³ Die Schadenhöhe ergibt sich durch einen Vermögensvergleich der konkursiten Gesellschaft zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, und demjenigen, in dem der Konkurs effektiv eröffnet wurde.⁹⁴⁴ Während der Zeitpunkt der effektiven Konkurseröffnung klar ist, kann der Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen, kontrovers sein.⁹⁴⁵

⁹⁴⁰ Vgl. Rz. 328 ff. zum Zustandekommen des Forderungsbegehrens, wonach es sich aus der Summe der eingegebenen Forderungen der einzelnen Abtretungsgläubiger berechnet.

⁹⁴¹ BGer 4A_188/2022, E. 5.1 m.w.H.

⁹⁴² BGer 4A_462/2009, E. 2; HGer ZH HG110226, E. 2.2.2.2; BÖCKLI, § 16 Rz. 97.

⁹⁴³ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 22: «Grundsätzlich vergrössert jede Verzögerung den Schaden, auch eine solche, die eine bereits bestehende Überschuldung weiter ansteigen lässt, unabhängig davon, ob sie in der Zwischenzeit einmal vorübergehend geringer war.»; BÖCKLI, § 16 Rz. 215.

⁹⁴⁴ BGer 4A_188/2022, E. 6.1.1: «Le dommage de la société consiste dans l'augmentation du découvert entre le moment où la faillite aurait été prononcée si l'administrateur n'avait pas manqué à ses devoirs et le moment (impliquant une perte supérieure) où la faillite a effectivement été prononcée [m.w.H.].»; BÖCKLI, § 16 Rz. 222, spricht vom «hypothetischen Konkurs» und der «tatsächlichen Konkurseröffnung».

⁹⁴⁵ Exemplarisch: BGer 4A_188/2022, E. 5.3. Dies ergibt sich schon aus dem Kriterium der «begründeten Besorgnis» (Art. 725b Abs. 1 OR), welche die Verhaltenspflichten bei der Überschuldung auslöst. Was die Verwaltungsräte wussten, ist eine Sachverhaltsfrage (BGE 128 III 180, E. 2e). HGer ZH HG110226, E. 2.2.3: «Denn gerade die Ermittlung des Zeitpunkts, in dem der Konkurs bei pflichtgemäsem Handeln hätte eröffnet werden sollen, und die Feststellung der Vermögenslage in jenem Zeitpunkt ist regelmässig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, da die Preisentwicklung der Vermögenswerte meist nur noch geschätzt werden kann.»

- 370 Abhängig von der Klasse, in der die Forderung der jeweiligen Abtretungsgläubiger kollektiert ist, können die Abtretungsgläubiger den Anreiz haben, einen unterschiedlichen Zeitpunkt zu behaupten, in dem der Konkurs durch den Verwaltungsrat hätte eröffnet werden sollen. Abtretungsgläubiger mit einer Erstklassforderung können auf einen späteren Zeitpunkt abstellen, was die Pflichtverletzung des Verwaltungsrats – unter der Prämisse, dass sich die finanziellen Verhältnisse im Laufe der Zeit verschlechtern – einfacher darlegen lässt.⁹⁴⁶ Da ihre Forderungen zuerst gedeckt werden, schadet ihnen die damit einhergehende Verkleinerung des Konkursverschleppungsschadens nicht. Für Abtretungsgläubiger mit Drittklassforderungen könnte das Abstellen auf diesen Zeitpunkt unbefriedigend sein, weil der davon abhängende Konkursverschleppungsschaden ihre Konkursforderungen nicht deckt. In diesem Fall sind sie aufgrund des Verteilungsregimes daran interessiert, einen früheren Zeitpunkt zu behaupten, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen. Es wird ersichtlich, dass die Abtretungsgläubiger je nach Klasse ihrer Forderung gewillt sein können, den Prozess hinsichtlich der Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen unterschiedlich zu führen. Die bundesgerichtliche Begründung, weshalb die uneinheitliche Prozessführung möglich sein soll, leuchtet in Anbetracht dieses Beispiels ein.

1.2 Ablehnende Meinung

- 371 Die Lehrmeinung, welche die uneinheitliche Prozessführung ablehnt, fordert eine einheitliche, d.h. gemeinsame Prozessführung aller Abtretungsgläubiger. Das altbekannte *Problem*, das mit der Forderung nach der gemeinsamen Prozessführung einhergeht, ist das *Einstimmigkeitsprinzip*.⁹⁴⁷ Nur wenn sich alle Abtretungsgläubiger einig sind, eine Ausnahme vom Einstimmigkeitsprinzip greift oder die Entscheidung den Abtretungsgläubigern mittels Weisung vorgegeben wird, kann eine Prozesshandlung vorgenommen werden. Die drei Möglichkeiten überzeugen nicht.

⁹⁴⁶ Diese Argumentationslinie findet sich auch in BGer 4A_373/2015, E. 4.1. Hinsichtlich der Pflichtverletzung hält das Bundesgericht fest: «En l'occurrence, la violation de ses devoirs par l'administrateur est patente. [...] Ces constatations suffisent à établir que l'administrateur a violé ses devoirs pendant la durée de sa fonction. Il n'est à ce stade pas nécessaire de déterminer à quelle date précise (durant cette période) il a connu (ou devait connaître) le surendettement. Cette question devra par contre être posée lorsqu'il s'agira de déterminer le montant du dommage, celui-ci dépendant évidemment de la date à partir de laquelle l'administrateur a violé ses obligations.»

⁹⁴⁷ Vgl. Rz. 296 ff. für die Grundlagenausführungen zu diesem Problem des Einstimmigkeitsprinzips.

Einstimmigkeit kann von den Abtretungsgläubigern bei den Prozesseingaben nicht erwartet werden. Davon zeugen das vorgehende Kapitel⁹⁴⁸ und die Tatsache, dass auch Teile der Lehre bei der notwendigen Streitgenossenschaft die uneinheitliche Prozessführung als Faktum ansehen.⁹⁴⁹ 372

Was die *Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip* betrifft, so erlauben Art. 70 Abs. 2 ZPO und die Rechtsprechung zur Dringlichkeit einem notwendigen Streitgenossen das Handeln in Stellvertretung, sofern ein anderer notwendiger Streitgenosse säumig ist.⁹⁵⁰ Säumnis kann sich aus Passivität oder aus Meinungsverschiedenheiten ergeben. Droht der Ablauf einer Frist, können die Abtretungsgläubiger diese nutzen, um die für die Stellvertretung notwendige Dringlichkeit zu begründen.⁹⁵¹ 373
Stehen sich nun zwei Streitgenossen mit widersprüchlichen Prozesshandlungen gegenüber und wissen sie um das Erfordernis der gemeinsamen Prozesseingabe, gibt es ein Rennen um die erste Eingabe, die stellvertretend wirkt.⁹⁵² Dies ist unbefriedigend, denn mit der Eingabe würde sich ein Abtretungsgläubiger über den anderen setzen, was keine sachgerechte Lösung sein kann. 374

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die *Konkursverwaltung* nicht Meinungsverschiedenheiten auflösen kann,⁹⁵³ ganz so wie sie es zur Sicherstellung der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens hinsichtlich der örtlichen und der sachlichen Zuständigkeit wie auch des Zeitpunkts der Prozesseinleitung tun kann. Grundsätzlich würde dieser Ansatz bei gerichtlichen Fristen, die erstreckt werden können,⁹⁵⁴ funktionieren. Er scheitert indes bei der Rechtsmitteleinleitung, denn dort kann

⁹⁴⁸ Rz. 368 ff.

⁹⁴⁹ Rz. 56.

⁹⁵⁰ Rz. 51 f. und Rz. 53 f.

⁹⁵¹ Vgl. sowohl Rz. 51 f. und Rz. 53 f., wonach in beiden Fällen Dringlichkeit erforderlich ist.

⁹⁵² Zumindest bei der Rechtsprechung zur Dringlichkeit hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass die Stellvertretungswirkung keiner nachträglichen Genehmigung bedarf (vgl. Rz. 53). Bei Art. 70 Abs. 2 ZPO ist sich die Lehre in dieser Frage uneinig (Rz. 51).

⁹⁵³ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 202.

⁹⁵⁴ Dies stellt in der Regel kein Problem dar, weil die Verlängerung gerichtlicher Fristen im Ermessen des Gerichts steht (CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 144 N 11 m.w.H.; BSK ZPO-BENN, Art. 144 N 12: «Hinsichtlich der Anzahl und der Dauer der Fristerstreckungen setzt die ZPO dem Gericht keine Schranken.»; DIKE Komm. ZPO-MERZ, Art. 144 N 7).

die kurze gesetzliche Frist nicht erstreckt werden⁹⁵⁵ und die Konkursverwaltung realistischerweise nicht koordinierend wirken. Die Rechtsmittelfrist wäre beim Erfordernis der gemeinsamen Rechtsmitteleingabe für die Anspruchsdurchsetzung im Rechtsmittelverfahren *letal*.⁹⁵⁶ Darüber hinaus sollte die Konkursverwaltung nur dann Weisungen erlassen, wenn kein alternativer Koordinationsansatz besteht, denn sie ist dazu grundsätzlich nicht hinreichend befähigt.⁹⁵⁷ Dieser alternative Ansatz findet sich jedoch gerade in der Möglichkeit der uneinheitlichen Prozessführung.

2. Umgang mit der uneinheitlichen Prozessführung

- 375 Wird wie vorliegend die Zulässigkeit der uneinheitlichen Prozessführung bejaht, stellt sich die Folgefrage, wie ein Gericht mit uneinheitlichen Prozesseingaben umzugehen hat. Hierzu wird auf verschiedene Situationen eingegangen.

2.1 Bei Passivität von Abtretungsgläubigern

- 376 Da im Rahmen der uneinheitlichen Prozessführung unterschiedliche Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen durch uneigentliche notwendige Streitgenossen nach Art. 260 SchKG in den Prozess eingebracht werden können, kann es der Streitgenossenschaft nicht schaden, wenn ein Streitgenosse passiv verbleibt, der im erstinstanzlichen Verfahren oder im Rechtsmittelverfahren involviert ist.⁹⁵⁸ Wie mit passiven Abtretungsgläubigern umgegan-

⁹⁵⁵ Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 314 Abs. 1 ZPO; Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO.

⁹⁵⁶ Vgl. Rz. 65 für die Kritik der herrschenden Lehre am Einstimmigkeitsprinzip, das aus Art. 70 Abs. 2 ZPO fliesst. Das Bundesgericht hält am Einstimmigkeitsprinzip bei der notwendigen Streitgenossenschaft zur Rechtsmittelergreifung fest (BGE 142 III 782, E. 3.1.2; BGE 138 III 737, E. 2). BRUNNER, Rz. 530, schliesst dann richtigerweise: «Ein obstruierender Streitgenosse kann nämlich die Rechtsdurchsetzung im Rechtsmittelstadium endgültig blockieren, denn es ist praktisch kaum möglich, ihn mit den genannten Instrumenten [damit sind die Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip gemeint, vgl. Rz. 51 ff.] innerhalb der nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist zur Teilnahme anzuhalten.»

⁹⁵⁷ Vgl. Rz. 314 f.

⁹⁵⁸ Dies kann dadurch abgeleitet werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedem einzelnen Abtretungsgläubiger die Befugnis zur individuellen Prozessführung einräumt (vgl. Rz. 220). Alternativ liesse sich die Stellvertretungswirkung durch die Eingabe auch über Art. 70 Abs. 2 ZPO bzw. über die Rechtsprechung zur Dringlichkeit begründen (vgl. für die beiden Rz. 51 ff.).

gen werden muss, die hinsichtlich der *prozesseinleitenden* Eingabe im erstinstanzlichen Verfahren oder der Rechtsmitteleingabe passiv verbleiben, wurde bereits dargelegt.⁹⁵⁹

2.2 Bei entgegenstehenden Meinungen der Abtretungsgläubiger

Für den Umgang mit uneinheitlichen Prozesseingaben der Abtretungsgläubiger kann auf die Ausführungen zur notwendigen Streitgenossenschaft verwiesen werden. Hinsichtlich der notwendigen Streitgenossenschaft wurde ausgeführt, dass gemäss herrschender Lehre die Gerichte Widersprüche bei den Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen durch die gerichtliche Beweiswürdigung auflösen müssen.⁹⁶⁰

Beim Umgang mit widersprüchlichen Zugeständnissen und Bestreitungen gibt es zweierlei Meinungen. Die eine möchte Zugeständnisse von einzelnen Streitgenossen durch das Gericht als Indiz würdigen lassen.⁹⁶¹ Die andere stellt auf das sogenannte «Günstigkeitsprinzip» ab, wonach ein Zugeständnis nur wirksam von allen notwendigen Streitgenossen, eine Bestreitung hingegen bereits von einem notwendigen Streitgenossen allein vorgenommen werden könne.⁹⁶² Letztere Meinung überzeugt für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie unterschiedliche Interessen im Prozess haben können,⁹⁶³ aber für die Urteilerstreitung gezwungen sind, gemeinsam im Prozess aufzutreten. Das Günstigkeitsprinzip verhindert, dass ein Abtretungsgläubiger, der hinsichtlich der Erlösverteilung andere Interessen als die übrigen Abtretungsgläubiger hat, den übrigen Abtretungsgläubigern durch Zugeständnisse bzgl. Tatsachenbehauptungen des Drittschuldners Rechtsnachteile zufügen kann. Da Bestreitungen eines Abtretungsgläubigers den übrigen bei der Anspruchsdurchsetzung nicht schaden können, ist jeder Abtretungsgläubiger allein befugt, sie wirksam im Prozess vorzutragen. Eine Bestreitung gilt dabei im

⁹⁵⁹ Rz. 311 ff. für das erstinstanzliche Verfahren. Rz. 351 ff. für die Rechtsmitteleingabe.

⁹⁶⁰ Rz. 59. HABSCHIED, Rz. 283; SCHLAEPFER, S. 185; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 70 N 12; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 70 N 30; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 168; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 39 N 25 hinsichtlich Tatsachenerkennungen; wohl auch GULDENER, S. 300.

⁹⁶¹ GEIGER, S. 123.

⁹⁶² Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 23; FHB ZPO-MOSER, Rz. 13.14; BRUNNER, Rz. 52; ablehnend BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 104.

⁹⁶³ Vgl. Rz. 368 ff.

Sinne des Günstigkeitsprinzips für alle uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG.

3. Verhältnis zur erstinstanzlichen Prozesseinleitung und Rechtsmittelergreifung

- 379 Die uneinheitliche Prozessführung setzt uneinheitliche Prozesseingaben voraus. Bis anhin wurde noch nicht spezifiziert, in welchem Zeitpunkt des Verfahrens die uneinheitlichen Prozesseingaben erfolgen. Während uneinheitliche Prozesseingaben *nach* der Einleitung des erstinstanzlichen Prozesses oder des Rechtsmittelverfahrens unproblematisch sind, wird im Folgenden untersucht, ob die Abtretungsgläubiger bereits im Rahmen der Prozesseinleitung oder der Rechtsmittelergreifung den Prozess uneinheitlich führen können.

3.1 Bei der erstinstanzlichen Prozesseinleitung

- 380 Die kritische Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht mündete in der Folgerung, dass der Prozess von allen Abtretungsgläubigern eingeleitet werden sollte, damit die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung erfüllt ist und ein Gericht keinen Nichteintretensentscheid nach Erhalt der Klageschrift fällen muss.⁹⁶⁴ Die gemeinsame Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens steht unterschiedlichen Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträgen und Rechtsstandpunkten in der Klageschrift nicht entgegen.
- 381 Möchten Abtretungsgläubiger bereits mit der Klageschrift unterschiedliche Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsstandpunkte einbringen, so tun sie dies am einfachsten in Form eines Annexes. Auf der einen Seite wird die Klageschrift unter Einhaltung aller Anforderungen von Art. 221 ZPO eingegeben. In dieser sind alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Rubrum als Parteien aufgeführt, die gemeinsamen Rechtsbegehren sind integriert, die Klage enthält tatsächliche Ausführungen wie auch die Bezeichnung von Beweismitteln und optional rechtliche Ausführungen. Darüber hinaus ist sie von allen Streitgenossen bzw. einem Stellvertreter rechtsgültig unterschrieben. Auf der anderen Seite enthält die gleiche Klageschrift einen Annex mit den widersprüchlichen Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, die Bezeichnung von Beweismitteln sowie Rechtsausführungen von einem Teil der Abtretungsgläubiger unter Nennung ihrer Namen.

⁹⁶⁴ Rz. 279 ff.

Würde gefordert werden, dass die Klageschrift und der Annex nicht gemeinsam 382
 eingegeben werden, handelte es sich um zwei individuelle Klageschriften, die je
 eine Einzelklage auslösen würden. Diese Situation ist vor dem Hintergrund, dass
 die erstinstanzliche Verfahrenseinleitung gemeinsam stattfinden sollte,⁹⁶⁵ abzu-
 lehnen.

3.2 Bei der Rechtsmittelergreifung

Bei der Rechtsmittelergreifung wurde dargelegt, dass aufgrund der Rechtsmittel- 383
 frist mehrere Rechtsmitteleingaben möglich, aber nicht zwingend sind.⁹⁶⁶

Wird nur eine Rechtsmitteleingabe eingereicht, dann sind die Ausführungen des 384
 Vorkapitels übertragbar. Werden hingegen mehrere fristgerechte Rechtsmittel-
 eingaben eingereicht, dann schadet dies nicht. Die Eingaben sind zusammenzu-
 führen. Das Forderungsbegehren wird in der Höhe addiert.⁹⁶⁷ Auch die Rechts-
 mitteleingabe muss aufgrund des Begründungserfordernisses dartun, aus welchen
 Gründen der angefochtene Entscheid angefochten wird und wie er geändert wer-
 den sollte.⁹⁶⁸ Die tatsächlichen und die rechtlichen Ausführungen einer Eingabe
 werden wie im Vorkapitel als Annex behandelt. Da alle prozessführungsbefugten
 Abtretungsgläubiger auf mindestens einer Eingabe unterschreiben, kann die Ein-
 gabe ihnen zugerechnet werden.

⁹⁶⁵ Rz. 304.

⁹⁶⁶ Rz. 353 f.

⁹⁶⁷ Vgl. Rz. 328 ff. hierzu. LEUENBERGER, Streitgenossen, S. 201 im Ansatz: «Jedem Abtretungsgläubiger steht es frei, wieviel er von der ihm abgetretenen Forderung ein-
 klagen will. Er kann den Betrag auf die Höhe der eigenen Konkursforderung beschrän-
 ken, besonders wenn er mit seiner Forderung in der ersten Klasse kolloziert ist. Er
 kann aber auch tiefer gehen oder den ganzen abgetretenen Betrag geltend machen. Es
 besteht kein Grund, dass dieser Grundsatz nicht gelten sollte, wenn mehrere Abtre-
 tungsgläubiger zusammen vorgehen. [...] Es ist somit denkbar, dass in der Streitgenos-
 senschaft der Abtretungsgläubiger die Rechtsbegehren in der Höhe variieren.»

⁹⁶⁸ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 311 N 15: «Die Anforderungen an eine Berufungsbegrün-
 dung können nicht generell bestimmt werden, sie hängen vom Einzelfall ab. Werden
 z.B. in einem Fall lediglich rechtliche Mängel am erstinstanzlichen Entscheid gerügt,
 so genügt logischerweise auch eine rechtliche Berufungsbegründung.»

D. Jederzeitiges Rücktrittsrecht

- 385 Jedem uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG steht aufgrund des jederzeitigen Rücktrittsrechts die Befugnis zu, aus dem Prozess auszuscheiden.⁹⁶⁹ Im Folgenden wird auf die Rechtsfolgen der Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts eingegangen.

I. Wirkung auf die Prozessführungsbefugnis

- 386 Tritt ein Streitgenosse von einem Prozess zurück, ist nicht klar, ob der Rücktritt zum Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis⁹⁷⁰ führt. Nach vorliegender Ansicht bedeutet der Rücktritt von einem Prozess den Verzicht auf die generelle Prozessführungsbefugnis.⁹⁷¹ Ein Streitgenosse, der vom Prozess zurücktritt, gibt sein Desinteresse an der Anspruchsdurchsetzung bekannt. Insofern braucht er auch nicht die Möglichkeit zu haben, an anderen Prozessen teilzunehmen.

II. Wirkung auf den Prozess

- 387 Die Wirkungen des Rücktritts aus dem Prozess durch einen Abtretungsgläubiger sind in der Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt. Die beiden Normen, die für die Erfassung des Rücktritts am ehesten in Frage kommen, sind Art. 241 Abs. 3 ZPO und Art. 242 ZPO. Ersterer sieht vor, dass das Verfahren aufgrund eines Vergleichs, einer Klageanerkennung oder eines Klagerückzugs abgeschrieben wird. Letzterer sieht ebenfalls das Abschreiben des Verfahrens vor, indes «aus anderen Gründen ohne Entscheid». Die Diskussion um die anwendbare Norm drängt sich auf, weil die Auferlegung der Prozesskosten davon abhängt.⁹⁷²
- 388 Da der Rücktritt eines Abtretungsgläubigers das Verfahren für die übrigen Streitgenossen nicht berührt,⁹⁷³ muss der in beiden Normen enthaltene Abschreibungs-

⁹⁶⁹ Vgl. Rz. 223.

⁹⁷⁰ Vgl. Rz. 234 zur Terminologie.

⁹⁷¹ Ebenso STÜCHELI, S. 72; LORANDI, Gläubiger, S. 285.

⁹⁷² Vgl. Rz. 509 ff.

⁹⁷³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 101; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 203; LORANDI, Gläubiger, S. 284; SCHLAEPFER, S. 185: «Ein Rückzug der Klage

beschluss so verstanden werden, als beziehe er sich einzig auf das Verfahren des zurücktretenden Streitgenossen. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Abtretungsgläubiger einen gemeinsamen Anspruch geltend machen und gerade nicht ein jeder Streitgenosse ein «eigenes» Verfahren führt. In zwei Urteilen wurde das Verfahren infolge des Rücktritts dann auch nur hinsichtlich des zurücktretenden Streitgenossen als gegenstandslos abgeschrieben.⁹⁷⁴

Da ein uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG nicht 389 allein über den Streitgegenstand disponieren⁹⁷⁵ und deshalb die Rücktrittserklärung nicht einen Klagerückzug darstellen kann, drängt sich die Anwendung von Art. 242 ZPO auf. Üblicher Anwendungsfall von Art. 242 ZPO ist dann auch der Wegfall des Rechtsschutzinteresses nach der Klageeinleitung.⁹⁷⁶ Da der Rücktritt aus dem Verfahren zum Wegfall der Prozessführungsbefugnis führt,⁹⁷⁷ geht auch das Rechtsschutzinteresse am Streitgegenstand verloren.⁹⁷⁸ In den beiden im vorgehenden Absatz genannten Entscheiden sprachen die Gerichte davon, dass der Prozess hinsichtlich des zurücktretenden Abtretungsgläubigers «als durch Rückzug erledigt» abgeschrieben wird.⁹⁷⁹ Zur Vermeidung der Verwechslung der Rechtswirkungen des Klagerückzugs als Urteilssurrogat – welcher, wie dargelegt, gerade nicht einschlägig ist – sollte beim Abschreibungsbeschluss von «Rücktritt» gesprochen werden.

Ein Nichteintretensentscheid als Folge des Rücktritts, wie teilweise in der Lehre 390 postuliert,⁹⁸⁰ ist nicht zu fällen. Das liegt daran, dass die Prozessführungsbefugnis

durch nur einen Streitgenossen bewirkt dementsprechend auch keine Erledigung des Prozesses.»

⁹⁷⁴ OGer ZH LB150009, E. 1.4; OGer ZH LB140036, E. 1a; vgl. auch BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 101, die bei der Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Streitgenossen davon spricht, dass ein Abtretungsgläubiger «seine Klage» zurückzieht.

⁹⁷⁵ Vgl. Rz. 222.

⁹⁷⁶ BK ZPO II-KILLIAS, Art. 242 N 10; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 242 N 8.

⁹⁷⁷ Rz. 386.

⁹⁷⁸ Vgl. Rz. 445 für den Zusammenhang des Rechtsschutzinteresses und der Prozessführungsbefugnis. LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 203 f., spricht sich ebenfalls für den Abschreibungsbeschluss in Bezug auf die zurücktretende Partei aus.

⁹⁷⁹ OGer ZH LB150009, E. 1.4; OGer ZH LB140036, E. 1a.

⁹⁸⁰ So spricht sich MILANI, Koordination, S. 148 Fn. 20, für einen Nichteintretensentscheid aus, wenn die Konkursforderung eines bedingten Streitgenossen weggewiesen wird und er somit die Prozessführungsbefugnis verliert.

als Prozessvoraussetzung mit dem erst nach Verfahrensbeginn erfolgten Rücktritt wegfällt.⁹⁸¹

III. Wirkung auf den Streitwert

- 391 Das Ausscheiden eines Streitgenossen hat *eo ipso* keine Wirkung auf den Streitwert. Streitgenossen können nur gemeinsam über den Streitgegenstand disponieren.⁹⁸² Mit dem Rücktritt geht insbesondere keine Klagereduktion einher, die einem Klagerückzug entspräche.⁹⁸³ Für die verbleibenden Streitgenossen ist es indes sinnvoll, eine Klagereduktion im Umfang der kollozierten Forderung des ausscheidenden Streitgenossen vorzunehmen.⁹⁸⁴ Nicht nur senken sie damit das eigene Prozessrisiko. Sie vermeiden zudem, dass sie eine höhere Forderung geltend machen, als die Summe ihrer kollozierten Forderungen beträgt, und deshalb ein Anteil des Prozessgewinns der Masse zukommt.⁹⁸⁵ Die Klagereduktion ist gemäss Art. 227 Abs. 3 ZPO jederzeit zulässig.⁹⁸⁶
- 392 Ausführungen zu den Prozesskosten, die aufgrund des Rücktritts eines Streitgenossen anfallen, finden sich thematisch passender im Kapitel zu den Prozesskosten.⁹⁸⁷

IV. Wirkung auf die Erlösberechtigung

- 393 Die Befugnis zur Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts steht den Abtretungsgläubigern, wie «jederzeitig» schon andeutet, während des gesamten Laufs

⁹⁸¹ LEUENBERGER, Endentscheid, S. 95: «Der Unterschied zum Nichteintretensentscheid besteht nur darin, dass ein Abschreibungsentscheid zufolge Gegenstandslosigkeit ergeht, wenn eine Prozessvoraussetzung erst im Nachhinein weggefallen ist, während es zum Nichteintreten kommt, wenn eine Prozessvoraussetzung bereits bei Prozessbeginn gefehlt hat.»; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 242 N 3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 242 N 2; BRÖNNIMANN/SIEGENTHALER/LANZ, S. 337.

⁹⁸² Vgl. Rz. 222.

⁹⁸³ SCHLAEPFER, S. 173; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 50; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 227 N 19; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 227 N 43.

⁹⁸⁴ Dem liegt wiederum die Prämisse zugrunde, dass jeder Streitgenosse seine vollständige kollozierte Forderung geltend macht.

⁹⁸⁵ Auch hier ist die Prämisse, dass vom Erlös keine Kosten abgezogen werden.

⁹⁸⁶ SUTTER-SOMM, Rz. 387; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 47.

⁹⁸⁷ Vgl. Rz. 509 ff.

des Verfahrens zu. Für Abtretungsgläubiger ist die Frage relevant, bis zu welchem Zeitpunkt sie aus dem Verfahren zurücktreten können, ohne vom Urteil erfasst zu werden. Der spätmöglichste Zeitpunkt dafür ist die Rücktrittserklärung vor der Urteilseröffnung. Dies ergibt sich aus zweierlei Gedanken. Erstens gilt die gleiche Regel für den Klagerückzug.⁹⁸⁸ Zweitens soll ein Abtretungsgläubiger nicht den Inhalt des Urteils abwarten können, um sich diesem dann durch das jederzeitige Rückzugsrecht zu entziehen.

Spricht ein Abtretungsgläubiger den Rücktritt vor der Urteilseröffnung aus, verliert er die Erlösberechtigung aus dem Urteil. Der Verlust der Erlösberechtigung ergibt sich aus dem Grundgedanken der Abtretung. Nur Abtretungsgläubiger, die sich der Tragung des Prozesskostenrisikos (und damit der Urteilseröffnung) ausgesetzt haben, können als Belohnung für dieses Risiko von einem allfälligen Erlös profitieren.⁹⁸⁹ 394

Auch nach der erstinstanzlichen Urteilseröffnung kann der Abtretungsgläubiger noch vom Prozess zurücktreten. Damit geht die Prozessführungsbefugnis verloren und der Abtretungsgläubiger kann an einer allfälligen Beschwerde oder Berufung seitens der übrigen Streitgenossen nicht mehr teilnehmen.⁹⁹⁰ Auch eine Teilnahme am Rechtsmittelverfahren und ein späteres Ausscheiden durch die Rücktrittserklärung ist denkbar. In dieser Situation gilt analog, dass der Abtretungsgläubiger erst nach der Eröffnung des Rechtsmittelurteils an dieses gebunden ist. 395

E. Dogmatische Einordnung

Im Folgenden wird dargelegt, an welche Bestimmungen und an welche Rechtsinstitute sich die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zur dogmatischen Einordnung anlehnt. Die Darlegung und die Auseinandersetzung mit den einzelnen Bestimmungen und Instituten erlaubt, am Schluss des Kapitels ein Fazit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zu treffen. 396

⁹⁸⁸ FHB ZPO-SOGO, Rz. 10.194; BK ZPO II-KILLIAS, Art. 241 N 3; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 8.

⁹⁸⁹ Vgl. Rz. 194.

⁹⁹⁰ Rz. 348.

I. Art. 260 SchKG, Art. 80 KOV und Formular 7K

- 397 Art. 260 SchKG findet sich bei den Bestimmungen zum formellen Konkursverfahren und regelt die Verwertung durch die Abtretung. Die Norm regelt die Abtretungsberechtigung, die Erlösverteilung und die weitere Verwertung bei einem Verzicht auf die Abtretung nach Art. 260 SchKG. Obwohl sie in grammatikalischer Hinsicht keine Regelung über die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG enthält, formt sie das Institut massgeblich mit. Die Abtretungsverfügung ist die Grundlage für die Zusammensetzung der Streitgenossen.⁹⁹¹ Darüber hinaus ergeben sich aufgrund der Erlösverteilungsregeln nach Abs. 2 der Norm eine Vielzahl ökonomischer Überlegungen, die auf das Verhalten der Abtretungsgläubiger innerhalb der Streitgenossenschaft wirken.⁹⁹²
- 398 Auch aus dem Wortlaut von Art. 80 KOV, wonach die Abtretung nach den Bestimmungen des Formulars 7K zu erfolgen hat, lässt sich rein grammatikalisch nichts Weiteres zum Verhältnis der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG ableiten. Schon einschlägiger ist das Formular 7K. Es regelt die Bedingungen, welche die Abtretungsgläubiger im Rahmen der Geltendmachung des Anspruchs einzuhalten haben.⁹⁹³ Das Formular hält hinsichtlich einer Mehrzahl von Abtretungsgläubigern spezifisch fest, dass diese zusammen als «Streitgenossen» vorzugehen haben, ohne indes die Art der Streitgenossenschaft zu konkretisieren.⁹⁹⁴ Für das Vorgehen der Streitgenossen kann das Formular 7K konkretisierende Bestimmungen enthalten.⁹⁹⁵

II. Prozessstandschaft

- 399 Für das Verständnis und die prozessuale Behandlung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG kommt der Prozessstandschaft ein wichtiger Stellenwert zu. Aufgrund der Prozessstandschaft hat jeder Abtretungs-

⁹⁹¹ Vgl. Rz. 152 ff. für die Voraussetzungen.

⁹⁹² Als Beispiele können die Ausführungen zur Formulierung des Forderungsbegehrens innerhalb der Streitgenossenschaft (vgl. Rz. 328 ff.) oder die Auferlegung der Prozesskosten (vgl. Rz. 496 ff.) genannt werden.

⁹⁹³ BGer 5A_1044/2019, E. 3.2. KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 27, wonach die Bestimmungen im Formular 7K eine gesetzvertretende Funktion über Art. 260 SchKG wahrnehmen.

⁹⁹⁴ Rz. 172.

⁹⁹⁵ Rz. 176 und Rz. 322.

gläubiger die Prozessführungsbefugnis über den Anspruch des Gemeinschuldners inne.⁹⁹⁶ Die Abtretungsgläubiger sind deshalb *Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis*.⁹⁹⁷ Dass die Prozessstandschaft einen starken Einfluss auf die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG hat, zeigen die Ausführungen bei der weitergehenden Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in Teil 5 dieser Dissertation exemplarisch.⁹⁹⁸ Dabei steht jedoch das Verhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und dem Prozessstandschafter im Vordergrund. Üblicherweise können jedoch für den hier interessierenden Fall, nämlich das Verhältnis zwischen den nebeneinander prozessführungsbefugten Prozessstandschaftern, keine Regeln aus der Prozessstandschaft entnommen werden.⁹⁹⁹ Hierzu muss auf die Regeln der eidgenössischen Zivilprozessordnung zurückgegriffen werden, allen voran auf die einfache und die notwendige Streitgenossenschaft.

III. Einfache und notwendige Streitgenossenschaft

Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG lässt sich nicht ganzheitlich der einfachen oder der notwendigen Streitgenossenschaft zuordnen.¹⁰⁰⁰ Die Notwendigkeit des einheitlichen Urteils, das für alle Abtretungsgläubiger zu ergehen hat, ist zentral und der notwendigen Streitgenossenschaft

⁹⁹⁶ Vgl. Rz. 23 und Rz. 177 ff.

⁹⁹⁷ Rz. 178.

⁹⁹⁸ Beispielsweise Rz. 420 für die Verjährungsunterbrechung; Rz. 452 hinsichtlich des Wohnsitzes bzw. Sitzbestimmung für das Forum; Rz. 457 ff. hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit; Rz. 457 für die Identitätsprüfung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren; Rz. 523 ff. hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege.

⁹⁹⁹ Eine Ausnahme hiervon findet sich bei LÖTSCHER in Fn. 706, welche die Koordination von mehreren Prozessstandschaftern im Zusammenhang mit der Möglichkeit, Parallelklagen einzuleiten, zumindest teilweise über die Regeln zur Prozessstandschaft lösen möchte.

¹⁰⁰⁰ BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 121 III 291, E. 3a: «La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir s'il s'agit, dans le cadre de l'art. 260 LP, d'une consorité nécessaire (matérielle) ou d'une consorité simple (formelle) [m.w.H. auf die Lehre].»; VON HOLZEN, S. 111 m.w.H.; SCHLAEPFER, S. 178 ff.; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 27.

anzugliedern.¹⁰⁰¹ Ebenfalls zur notwendigen Streitgenossenschaft gehört, dass die Abtretungsgläubiger nur gemeinsam über den Prozessgegenstand disponieren können.¹⁰⁰² Schliesslich rückt die in dieser Arbeit geäusserte Kritik am Einzelklagerecht und die Forderung, dass ein Prozess durch die Abtretungsgläubiger gemeinsam eingeleitet werden sollte,¹⁰⁰³ die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft in die Nähe der notwendigen Streitgenossenschaft.

- 401 Als Elemente der einfachen Streitgenossenschaft enthält die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG die vom Bundesgericht vorgesehene und in dieser Arbeit befürwortete Möglichkeit der uneinheitlichen Prozessführung und das jederzeitige Rücktrittsrecht. Darüber hinaus entspringt die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG nicht wie die notwendige Streitgenossenschaft dem materiellen Recht,¹⁰⁰⁴ sondern wie die einfache Streitgenossenschaft dem Bundesverfahrensrecht.¹⁰⁰⁵ Die wohl stärkste Parallele zur einfachen Streitgenossenschaft besteht darin, dass die Abtretungsgläubiger aus ökonomischen, nicht aber juristischen¹⁰⁰⁶ Gesichtspunkten «eigene Forderungen» geltend machen.¹⁰⁰⁷ Das liegt daran, dass in ökonomischer Hinsicht

¹⁰⁰¹ BGer 5A_344/2018, E. 4.1.1: «Lorsque plusieurs créanciers se sont fait céder la même prétention de la masse, ils forment entre eux une consorité nécessaire, en ce sens que la prétention ne peut faire l'objet que d'un seul jugement.»; MILANI, Koordination, S. 149; SCHLAEPFER, S. 183; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 27; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 170.

¹⁰⁰² Rz. 222.

¹⁰⁰³ Vgl. Rz. 279 f.

¹⁰⁰⁴ Rz. 36, wonach die notwendige Streitgenossenschaft dem materiellen Recht oder der Natur der Sache entspringt; LORANDI, Gläubiger, S. 283; LEUCH et al., Art. 36 N 2c.

¹⁰⁰⁵ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 26; MILANI, Koordination, S. 149; GEIER, S. 112; SCHWANDER, Streitgenossenschaft, S. 260; JAKOB, Rz. 83 mit Verweis auf das Insolvenzrecht, worunter Art. 260 SchKG fällt.

¹⁰⁰⁶ In rechtlicher Hinsicht ist erstellt, dass die Abtretungsgläubiger den gleichen Rechtsanspruch des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner durchsetzen möchten (vgl. Rz. 23 und Rz. 177 f.).

¹⁰⁰⁷ BGE 62 I 213, E. 2: «Von einem gewöhnlichen Prozessführungsauftrag unterscheidet sich die Abtretung nach Art. 260 SchKG immerhin insofern, als der Gläubiger *im Umfang seiner Konkursforderung* und der Kosten ein Recht auf den Prozesserlös und infolgedessen ein unmittelbares eigenes Interesse an der Entscheidung der Streitsache hat.» (Kursivsetzung hinzugefügt); vgl. auch BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 101, die bei der Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Streitgenossen davon spricht, dass ein Abtretungsgläubiger «seine Klage» zurückzieht.

die Abtretungsgläubiger jeweils nur ihre kollozierte Forderung decken möchten¹⁰⁰⁸ und deshalb im Prozessfall die Summe dieser gedanklichen Einzelforderungen einklagen.

IV. Keine materielle Regelung des Innenverhältnisses

Das Innenverhältnis der Abtretungsgläubiger unterliegt keiner materiellen Regelung.¹⁰⁰⁹ Eine einfache Gesellschaft liegt zwischen den Streitgenossen nicht vor. Das liegt daran, dass die gemeinsame Zweckerreichung, nämlich die Anspruchsdurchsetzung, nicht auf einem freiwilligen Konsens der Abtretungsgläubiger beruht, sondern durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erzwungen ist. Aufgrund der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung kann ein Sachurteil nur ergehen, wenn alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sind.¹⁰¹⁰ Dieses Erfordernis besteht unabhängig davon, ob dies nun von den Abtretungsgläubigern gewünscht ist oder nicht. Insofern sind die Abtretungsgläubiger eine Gemeinschaft,¹⁰¹¹ auf welche die Regeln der einfachen Gesellschaft keine Anwendung finden.¹⁰¹² Es ist den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG indes offen, ihr Verhältnis vertraglich zu regeln und dadurch ein materielles Innenverhältnis zu schaffen.

Darüber hinaus unterliegen die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG auch nicht den Erfüllungsmodalitäten der Solidargläubigerschaft. Bei dieser besteht für jeden Solidargläubiger eine eigene Forderung aus dem gleichen Rechtsverhältnis, wobei jeder Solidargläubiger über seine Forderung ver-

¹⁰⁰⁸ Vgl. Rz. 196 ff.

¹⁰⁰⁹ SCHLAEPFER, S. 168; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 364: «Mehrere parallele Prozessstandschafter haben oft keine spezielle Beziehung bzw. kein spezielles Innenverhältnis untereinander, welches eine solche Rechtskrafterstreckung rechtfertigen würde.»; LEUCH et al., Art. 36 N 2c: «Die Streitgenossen [Abtretungsgläubiger] stehen nicht auf Grund des materiellen Rechts schon vor dem Prozess in Beziehung zueinander.»; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 61: «Sie stehen zueinander nicht in einem Gesamt-handverhältnis.»; GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72.

¹⁰¹⁰ Vgl. Rz. 225.

¹⁰¹¹ GILLIÉRON, Commentaire LP, Art. 260 N 72, spricht von einer Schicksalsgemeinschaft unter den Abtretungsgläubigern.

¹⁰¹² ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 198: «Ist das gemeinsame Interesse unter den Beteiligten nicht Folge eines gemeinsamen Vertragswillens, sondern eines gesetzlichen Zwangs, fehlt es am vertraglichen Willen, gemeinsam einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.»

fügen kann.¹⁰¹³ Bei der Prozessstandschaft verbleibt die Forderung beim Rechtsträger, sie wird aber prozessual von den Prozessstandschaftern in eigenem Namen geltend gemacht. Einem Abtretungsgläubiger fehlt die alleinige Verfügungsbefugnis.¹⁰¹⁴ Die Institute sind also verschieden.¹⁰¹⁵

V. Schlussfolgerung

- 404 Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist ein sonderbares Institut. Eine einheitliche dogmatische Einordnung des Instituts ist nicht möglich, wie die vorgehenden Kapitel aufzeigen.¹⁰¹⁶ Es verwundert vor diesem Hintergrund nicht, dass die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG als ein Rechtsinstitut *sui generis*, also eine eigene Art, bezeichnet wird.¹⁰¹⁷ Dies ist der Grund, weshalb das Bundesgericht sich mit

¹⁰¹³ BK OR-KRATZ, Art. 150 N 26; ZK OR-KRAUSKOPF, Art. 150 N 7. So kann jeder Solidargläubiger über seine Forderung verfügen (z.B. abtreten oder verpfänden). Dies kann ein Prozessstandschafter mangels Stellung als Rechtsinhaber nicht.

¹⁰¹⁴ Rz. 222.

¹⁰¹⁵ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 1081, fasst die Prozessstandschaft nicht unter die Einzelgläubigerschaft, unter welche die Solidargläubigerschaft nach Art. 150 OR fällt. Der Solidargläubiger ist in Bezug auf die ganze Leistung materiell (und nicht prozessual) berechtigt; auch BK OR-KRATZ, Art. 150 N 26: «Die in der Lehre vereinzelt geäußerte Auffassung, dass es sich beim Gegenstand der Solidargläubigerschaft um eine einzige Forderung handle, über welche mehrere (lediglich) verfügbungsberechtigt seien, ist deshalb – mit dem Bundesgericht (vgl. BGE 94 II 313 [= Pra 1969 401 ff.] E. 4 S. 317) – abzulehnen.»

¹⁰¹⁶ SCHLAEPFER, S. 186: «Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Gemeinschaft der Abtretungsgläubiger nicht in die gängigen prozessualen Institute der einfachen, resp. notwendigen Streitgenossenschaft einordnen lässt. In Konsequenz davon spricht z.B. Geiger [GEIGER, S. 113] von einer mehrfachen Prozessvertretung bezüglich desselben Anspruches. Diese Definition wird jedoch der Rechtsnatur der Abtretung nach Art. 260 SchKG ebensowenig gerecht. Die Gemeinschaft der Abtretungsgläubiger ist daher als eigenständige Gemeinschaft des Konkursrechts anzusehen, welche primär aus diesem heraus verstanden werden muss und am ehesten als «uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft» bezeichnet werden könnte.»

¹⁰¹⁷ LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1304: «eigenständige Form der Streitgenossenschaft»; SPÜHLER/DOLGE, Bd. II, Rz. 214; ZPO Komm.-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 43; SHK ZPO-HAHN, Art. 70 N 10; VOCK/MEISTER-MÜLLER, S. 32; VON HOLZEN, S. 112.

diversen Fragen zu seiner Ausgestaltung auseinandersetzen musste.¹⁰¹⁸ Da die Regeln für den Umgang mit den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG nicht einem einheitlichen Rechtsinstitut zugeordnet werden können, sind sie für jede sich stellende Teilfrage nach dem Zweck des Instituts zu bestimmen.¹⁰¹⁹ Dies ist Aufgabe des Teils 5 dieser Dissertation.

F. Zusammenfassung von Teil 4

Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zeichnet sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dadurch aus, dass jedem Abtretungsgläubiger ein Einzelklagerecht zusteht, gleichzeitig aber ein einheitliches Urteil zu ergehen hat.¹⁰²⁰ Darüber hinaus können die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG den Prozess uneinheitlich führen und jederzeit vom Prozess zurücktreten.¹⁰²¹

Leiten ein oder mehrere Abtretungsgläubiger einen Prozess ein, muss das angerufene Gericht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die sog. Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung prüfen. Diese Prozessvoraussetzung ist nur erfüllt, wenn alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger am Prozess teilnehmen.¹⁰²² Weil die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung heilbar ist, kann sie auch nach der Einleitung einer Einzelklage oder von Parallelklagen durch verschiedene Koordinationsmöglichkeiten noch erfüllt werden.¹⁰²³ Das Gericht bestimmt den Zeitpunkt der Prüfung der Prozessvoraussetzung weitestgehend nach seinem Ermessen.¹⁰²⁴ Die Koordinationsmöglichkeiten zur Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung sind bei einer Einzelklage der Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis durch die nicht in der Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger, der Klagebeitritt durch die streitgenössische Nebenintervention derselben oder die Übertragung

¹⁰¹⁸ MEIER, Zivilprozessrecht, S. 171, fordert notwendige Modifikationen von der notwendigen Streitgenossenschaft durch die richterliche Lückenfüllung.

¹⁰¹⁹ BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 27.

¹⁰²⁰ Rz. 218 f.

¹⁰²¹ Rz. 220 ff.

¹⁰²² Rz. 225.

¹⁰²³ Rz. 226.

¹⁰²⁴ Rz. 227 ff.

der Konkursforderung auf einen in der Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger.¹⁰²⁵ Bei mehreren Einzelklagen der Abtretungsgläubiger, sogenannten Parallelklagen, findet die Koordination durch die Überweisung oder die Vereinigung statt. Die Koordination durch die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit oder die Rechtskrafterstreckung ist im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzulehnen.¹⁰²⁶

- 407 Die Konkursverwaltung kann den Abtretungsgläubigern eine Frist zur Klageeinleitung setzen und zur Auflösung von Uneinigkeiten zwischen den Abtretungsgläubigern Weisungen erteilen.¹⁰²⁷ Der Umfang dieser durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeräumten Weisungsbefugnis ist unscharf und breit. Nach vorliegender Ansicht ist die Konkursverwaltung nicht befugt, einer Einzelklage zwangsweise zum Durchbruch bzw. zu einem Sachentscheid zu verhelfen. Entsprechend ist die Konkursverwaltung nicht befugt, den Betritt zu einer Einzelklage, den Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis oder die Erhebung einer Parallelklage durch nicht in die Einzelklage involvierte Abtretungsgläubiger zu erzwingen.¹⁰²⁸ Bleiben die nicht in die Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger passiv, hat dies aufgrund der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung zur Folge, dass im Prüfzeitpunkt der Prozessvoraussetzung nicht auf die Einzelklage eingetreten wird. Dies stellt den Zweck der Einzelklage in Frage. Untersucht man die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf einen allfälligen Zweck des Einzelklagerechts, so finden sich hierzu keine Ausführungen.¹⁰²⁹ Auch lässt sich der Zweck des Einzelklagerechts, der bei den Anwendungsfällen der generellen uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft besteht, nicht auf die Anspruchsdurchsetzung der Abtretungsgläubiger übertragen.¹⁰³⁰ Schliesslich rechtfertigt sich das Einzelklagerecht auch nicht dadurch, dass einzig durch eine Einzelklage eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist gewahrt werden könnte. Hierfür bestehen valable Alternativen.¹⁰³¹ Vor diesem Hintergrund wird das Einzelklagerecht im Zusammenhang mit der Anspruchsdurchsetzung der Abtretungsgläubiger kritisch betrachtet und es wird empfohlen, dass die Abtretungsgläubiger

¹⁰²⁵ Rz. 233 ff.

¹⁰²⁶ Rz. 252 ff.

¹⁰²⁷ Rz. 262 ff.

¹⁰²⁸ Rz. 267 ff.

¹⁰²⁹ Rz. 273 ff.

¹⁰³⁰ Rz. 276 f.

¹⁰³¹ Rz. 278.

einen Prozess gemeinsam einleiten sollten.¹⁰³² Da das Einzelklagerecht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trotz vorliegender Kritik fest verankert ist, kann es nicht einfach negiert werden. Wird eine Einzelklage an einem Gericht rechts-hängig gemacht, sollte dieses die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung sogleich nach Erhalt der Klageschrift prüfen. Ist die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung nicht erfüllt, weil nicht alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger in der Einzelklage involviert sind, setzt das Gericht den Einzelklägern eine Nachfrist zur Erfüllung dieser Prozessvoraussetzung.¹⁰³³ Findet keine Koordination innerhalb der Nachfrist statt, hat der darauffolgende Nichteintretensentscheid keine negativen Folgen für die Gesamtheit der Abtretungsgläubiger. Im Schlichtungsverfahren darf die Schlichtungsbehörde keinen Nichteintretensentscheid fällen, wenn eine Einzelklage bzw. ein Einzelschlichtungsgesuch eingeht und damit die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung nicht erfüllt ist.¹⁰³⁴ Die Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 ZPO bezieht sich nur auf die das Schlichtungsgesuch stellenden Abtretungsgläubiger.

Im Rahmen der kritischen Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht wurde die Empfehlung ausgesprochen, dass die Abtretungsgläubiger den Prozess gemeinsam einleiten sollten. Dabei stellt sich die Frage, wie Meinungsverschiedenheiten unter den Abtretungsgläubigern hinsichtlich der Prozesseinleitung aufgelöst werden können. Aus den Ausführungen zu den Gesamthändern, die einen Anspruch gegenüber einem Dritten als notwendige Streitgenossen geltend machen müssen, kann entnommen werden, dass das Einstimmigkeitsprinzip für die Anspruchsdurchsetzung durch die Streitgenossenschaft im Fall der Obstruktion eines Streitgenossen letal wirkt.¹⁰³⁵ Ihr Ausweg ist die Auflösung der Gemeinschaft, wobei der Anspruch einem der Gemeinschaftler zugewiesen wird, oder die Flucht in materiell-rechtliche Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip wie beispielsweise die Bestellung eines Erbenvertreters, der den Anspruch durchsetzen kann. Diese Lösungsmöglichkeit besteht für die Abtretungsgläubiger gerade nicht, weshalb auch für sie ein Mechanismus zur Auflösung von Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der örtlichen und der sachlichen Zuständigkeit sowie hinsichtlich des Zeitpunkts der Prozesseinleitung bestehen muss.¹⁰³⁶ Dieser Mechanismus liegt in der Konkursverwaltung. Sie ist befugt, die Abtretungsverfügung von passiven Abtretungsgläu-

¹⁰³² Rz. 280.

¹⁰³³ Rz. 282 ff.

¹⁰³⁴ Rz. 287.

¹⁰³⁵ Rz. 299 ff.

¹⁰³⁶ Rz. 307 ff.

bigern, die sich nicht zur Prozesseinleitung äussern, zu widerrufen.¹⁰³⁷ Bestehen unter den klagewilligen Abtretungsgläubigern Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der vorgenannten Elemente, kann die Konkursverwaltung Weisungen erlassen und die Abtretungsverfügung von denjenigen Abtretungsgläubigern widerrufen, die den Weisungen zuwiderhandeln.¹⁰³⁸ Abtretungsgläubiger können im Rahmen der Formulierung der Rechtsbegehren die Leistung an sich oder die Masse verlangen.¹⁰³⁹ Das Forderungsbegehren berechnet sich aus der Summe der von jedem Abtretungsgläubiger geltend gemachten Forderung.

- 409 Das Rechtsmittelverfahren unterscheidet sich von der Situation vor der Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens darin, dass aufgrund der vordefinierten Rechtsmittelinstanz und der Rechtsmittelfrist keine Uneinigkeit über die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz und den Zeitpunkt der Rechtsmitteleinreichung bestehen kann. Ein weiterer Unterschied ist, dass sich die Interessen der Abtretungsgläubiger hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung aufgrund des erstinstanzlichen Urteils ändern können.¹⁰⁴⁰ So ist es denkbar, dass ein oder mehrere erstinstanzliche Streitgenossen kein Interesse mehr am Rechtsmittelverfahren haben. Dies schadet den rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubigern nicht, denn sie können nach vorliegender Ansicht das Rechtsmittelverfahren ohne Einbezug der rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger führen.¹⁰⁴¹ Damit die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung auch im Rechtsmittelverfahren erfüllt ist, müssen die rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger durch den Rücktritt aus dem Rechtsmittelverfahren ausscheiden und damit zugleich auf ihre Prozessführungsbefugnis verzichten. Verharren sie in Passivität, widerruft die Konkursverwaltung ihre Abtretungsverfügung, womit auch die Prozessführungsbefugnis dahinfällt.¹⁰⁴²
- 410 Den Streitgenossen steht die Möglichkeit der uneinheitlichen Prozessführung offen, d.h. also des Einbringens unterschiedlicher Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträgen und Rechtsausführungen in den Prozess. Dies ergibt sich gemäss richtiger bundesgerichtlicher Ansicht aus den unterschiedlichen Interessen der Abtretungsgläubiger, die wiederum auf die Regeln zur Erlösverteilung unter

¹⁰³⁷ Rz. 311.

¹⁰³⁸ Rz. 313 ff.

¹⁰³⁹ Rz. 326 f.

¹⁰⁴⁰ Rz. 338 ff.

¹⁰⁴¹ Rz. 345 ff.

¹⁰⁴² Rz. 348 ff.

den Abtretungsgläubigern zurückzuführen sind.¹⁰⁴³ Der Umgang mit widersprüchlichen Prozesshandlungen kann aus der Lehre zur notwendigen Streitgenossenschaft entnommen werden.¹⁰⁴⁴ Gerichte haben widersprüchliche Prozesshandlungen im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung aufzulösen.¹⁰⁴⁵ Bezüglich Zugeständnissen und Bestreitungen sollte das Günstigkeitsprinzip gelten, wonach wirksame Zugeständnisse nur von allen Streitgenossen gemeinsam, Bestreitungen hingegen von einem Streitgenossen allein erfolgen können.¹⁰⁴⁶

Mit der Ausübung des jederzeitigen Rücktrittsrechts verzichtet der Abtretungsgläubiger auf seine generelle Prozessführungsbefugnis. Der Prozess wird hinsichtlich des zurücktretenden Streitgenossen nach Art. 242 ZPO abgeschrieben.¹⁰⁴⁷ Den verbleibenden Streitgenossen steht die Klagereduktion offen.¹⁰⁴⁸ Ein Abtretungsgläubiger ist nach der Urteileröffnung trotz Ausübung des Rücktrittsrechts an das Urteil gebunden, sofern dieses rechtskräftig wird. Der Verlust der Erlösbefugnis hängt entsprechend vom Zeitpunkt ab, in dem der Rücktritt erklärt wird.¹⁰⁴⁹ 411

Die dogmatische Einordnung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft ist schwierig. Es spielen Art. 260 SchKG, Art. 80 KOV, die in dem Formular 7K enthaltenen Bedingungen, die Bestimmungen zur einfachen und zur notwendigen Streitgenossenschaft und die Prozessstandschaft in das Institut. Zwischen den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG besteht kein materielles Rechtsverhältnis; sie sind keine einfachen Gesellschafter.¹⁰⁵⁰ Auch unterliegen sie nicht den Erfüllungsmodalitäten der Solidargläubigerschaft.¹⁰⁵¹ Ihr Verhältnis zeichnet sich dadurch aus, dass sie Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis sind.¹⁰⁵² 412

¹⁰⁴³ Rz. 366 ff.

¹⁰⁴⁴ Rz. 375 ff.

¹⁰⁴⁵ Rz. 377 f.

¹⁰⁴⁶ Rz. 378.

¹⁰⁴⁷ Rz. 387 ff.

¹⁰⁴⁸ Rz. 391 f.

¹⁰⁴⁹ Rz. 393 ff.

¹⁰⁵⁰ Rz. 402.

¹⁰⁵¹ Rz. 403.

¹⁰⁵² Rz. 399.

Teil 5:

Weitergehende Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG

Teil 5 dient zur weitergehenden Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG. Er zeichnet sich im Gegensatz zu Teil 4 dadurch aus, dass Einzelfragen geklärt werden, die über die reine Behandlung der Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG hinausgehen. 413

Einleitend wird in Kapitel A. auf die Rechtsvertretung mehrerer uneigentlicher notwendiger Streitgenossen nach Art. 260 SchKG eingegangen.¹⁰⁵³ In Kapitel B. wird die verjährungsunterbrechende Wirkung einer Einzelklage und einer Einzelbetreibung besprochen.¹⁰⁵⁴ Kapitel C. behandelt, wie mehrere Abtretungsgläubiger beim Vergleichsschluss vorzugehen haben und wie der Erlös im Fall eines Vergleichs geteilt wird.¹⁰⁵⁵ In Kapitel D. werden die Aktivlegitimation und ausgewählte Prozessvoraussetzungen angesprochen, die beim Bestehen mehrerer Abtretungsgläubiger Fragen aufwerfen.¹⁰⁵⁶ Kapitel E. setzt sich mit der Einleitung des Arrestverfahrens und sowohl dem provisorischen als auch dem definitiven Rechtsöffnungsverfahren im Fall mehrerer Abtretungsgläubiger auseinander.¹⁰⁵⁷ In Kapitel F. wird auf die Zulässigkeit und auf Einzelfragen im Zusammenhang mit dem Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung ein- 414

¹⁰⁵³ Rz. 415 ff.

¹⁰⁵⁴ Rz. 417 ff.

¹⁰⁵⁵ Rz. 428 ff.

¹⁰⁵⁶ Rz. 440 ff.

¹⁰⁵⁷ Rz. 463 ff.

gegangen.¹⁰⁵⁸ Die Auseinandersetzung mit der Zession der Konkursforderung und mit ihrer Wirkung auf die Prozessführungsbefugnis ist Gegenstand von Kapitel G.¹⁰⁵⁹ In Kapitel H. wird analysiert, wie die Prozesskosten auf eine Mehrzahl von Abtretungsgläubigern auferlegt werden sollen.¹⁰⁶⁰

A. Gemeinsame oder individuelle Rechtsvertretung

- 415 Jeder Abtretungsgläubiger hat gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Recht, sich einzeln vertreten zu lassen.¹⁰⁶¹ Eine Lehrmeinung schliesst sich dieser Rechtsprechung an,¹⁰⁶² eine andere kritisiert sie und fordert eine gemeinsame Vertretung im Prozess,¹⁰⁶³ um die einheitliche Prozessführung zwischen den Streitgenossen sicherzustellen.¹⁰⁶⁴ Nach richtiger Ansicht kann jeder Abtretungsgläubiger eine eigene Rechtsvertretung mandatieren. Nicht nur ergibt sich dies aus der Möglichkeit der uneinheitlichen Prozessführung;¹⁰⁶⁵ eine Pflicht zur gemeinsamen Rechtsvertretung wäre auch nicht mit Art. 68 Abs. 1 ZPO vereinbar, denn in der Zivilprozessordnung besteht grundsätzlich gerade kein Vertretungszwang.¹⁰⁶⁶ Dass eine gemeinsame Rechtsvertretung für die Abtretungsgläubiger zur Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung zu empfehlen ist, wird damit keineswegs in Abrede gestellt.
- 416 Wird eine gemeinsame Rechtsvertretung von den Abtretungsgläubigern mandatiert, muss sie sich bewusst sein, dass zukünftige Interessenkonflikte nicht auszu-

¹⁰⁵⁸ Rz. 478 ff.

¹⁰⁵⁹ Rz. 486 ff.

¹⁰⁶⁰ Rz. 496 ff.

¹⁰⁶¹ Rz. 220.

¹⁰⁶² KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; MILANI, Koordination, S. 153 f.

¹⁰⁶³ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 203; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 105.

¹⁰⁶⁴ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 203, verweist auf zwei kantonale Zivilprozessordnungen, nach welchen Streitgenossen verpflichtet werden konnten, eine einheitliche Vertretung zu bestellen; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 105.

¹⁰⁶⁵ Rz. 365 ff.

¹⁰⁶⁶ BSK ZPO-TENCHIO, Art. 68 N 1a. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 68 N 4 m.H.a. Art. 69 ZPO zur Ausnahme vom Grundsatz.

schliessen sind.¹⁰⁶⁷ Während die gemeinsame Vertretung der Streitgenossen per se noch keinen Interessenkonflikt begründet,¹⁰⁶⁸ kann ein solcher aufgrund divergierender Anweisungen hinsichtlich der Prozessführung entstehen.¹⁰⁶⁹ Es liegt solange kein Interessenkonflikt vor, wie «noch eine übereinstimmende Zielsetzung der gemeinsam vertretenen Parteien in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden kann».¹⁰⁷⁰ Entsprechend hängt das Bestehen eines Interessenkonflikts von der Intensität der Uneinigkeit der Abtretungsgläubiger ab. Eine gemeinsame Vertretung der Abtretungsgläubiger scheitert nicht bereits an Konflikten hinsichtlich unwichtiger Nebenpunkte.¹⁰⁷¹ Wird jedoch ein Interessenkonflikt bejaht, muss die gemeinsame Rechtsvertretung das Mandat gemäss Art. 12 SSR für alle Streitgenossen niederlegen.¹⁰⁷²

B. Verjährungsunterbrechende Handlungen

Gläubigern stehen zur Unterbrechung der Verjährung eines Anspruchs die in Art. 135 Ziff. 2 OR geregelten Handlungen zu.¹⁰⁷³ Darunter fallen unter anderem

¹⁰⁶⁷ SCHILLER, Rz. 884.

¹⁰⁶⁸ ZR 2010 Nr. 32, E. 2.2.2.3: «Die Vertretung mehrerer Gläubiger im Konkursverfahren, welche zielgerichtet und gebündelt Ansprüche gegen Dritte geltend machen oder Ansprüche von Dritten abwehren, begründet für sich alleine genommen keine disziplinarrechtlich relevante Interessenkollision.»; Komm. BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 106b. Allgemeiner: BGE 134 II 108, E. 4.2.2, wonach die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonflikts die Mehrfachvertretung nicht ausschliesst; STRAZZER, S. 115; TESTA, S. 109.

¹⁰⁶⁹ ZR 2010 Nr. 32, E. 2.2.2.3.

¹⁰⁷⁰ BGer 2A.594/2004, E. 1.2.

¹⁰⁷¹ STRAZZER, S. 115; TESTA, S. 110, zitiert den Entscheid der Aufsichtskommission über Rechtsanwälte Zürich KR 930217 vom 5. September 1996 hinsichtlich eines Erbteilungsprozesses: «Geht es dabei nur um unbedeutende Nebenpunkte, erscheint die gemeinsame Vertretung trotz geringfügiger Nachteile nicht von vornherein als unzulässig, solange die Vorteile gemeinsamen Vorgehens aus verfahrens- und kostenmässigen Gründen überwiegen. Selbstverständliche Voraussetzung ist dabei, dass die verbundenen Klienten die gemeinsame Vertretung in Kenntnis aller Umstände billigen.»

¹⁰⁷² Komm. BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 105; TESTA, S. 109. Nur dann, wenn die zukünftigen Interessen der Mandanten nicht kollidieren können, ist die Fortführung des Mandates mit einem Teil von ihnen zulässig (STRAZZER, S. 116). ZR 2010 Nr. 32, E. 2.1.7, wonach die Niederlegung im Einzelfall zu prüfen sei.

¹⁰⁷³ BK OR-WILDHABER/DEDE, Art. 135 N 62.

die Klage und die Schuldbetreibung. Im Folgenden wird untersucht, ob die Verjährungsunterbrechung durch die Ausübung der Einzelklage¹⁰⁷⁴ oder einer Einzelbetreibung auch für die nicht im Prozess bzw. Betreibungsverfahren involvierten Abtretungsgläubiger wirkt.

I. Einzelklage

- 418 Einleitend gilt es darauf hinzuweisen, dass die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG keine Solidargläubiger sind.¹⁰⁷⁵ Entsprechend ist der Grundsatz, wonach die von einem Solidargläubiger vorgenommene Verjährungsunterbrechung einzig für diesen Solidargläubiger wirkt,¹⁰⁷⁶ für die vorliegende Diskussion unbeachtlich.
- 419 Das Einzelklagerecht erlaubt einem Abtretungsgläubiger, allein ein Schlichtungsverfahren bzw. einen Gerichtsprozess hängig zu machen.¹⁰⁷⁷ Gemäss STUDER wurde noch nicht entschieden, ob eine verjährungsunterbrechende Handlung eines Abtretungsgläubigers auch gegenüber anderen Abtretungsgläubigern wirkt.¹⁰⁷⁸
- 420 Nach vorliegender Ansicht wirkt die Verjährungsunterbrechung aufgrund einer *Einzelklage* in Höhe der Rechtsbegehren¹⁰⁷⁹ auch für die Abtretungsgläubiger, die nicht in der Einzelklage involviert sind. Diese Ansicht lässt sich mit der materiellen Wirkung der Verjährungsunterbrechung begründen: Die Einzelklage als verjährungsunterbrechende Handlung betrifft den Anspruch des Rechtsträgers.¹⁰⁸⁰ Da

¹⁰⁷⁴ Wird in der Folge von der Klage gesprochen, ist das Schlichtungsgesuch mitgemeint.

¹⁰⁷⁵ Rz. 403.

¹⁰⁷⁶ Vgl. BK OR-KRATZ, Art. 150 N 148; ZK OR-KRAUSKOPF, Art. 150 N 92.

¹⁰⁷⁷ Rz. 218 zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung und zu den befürwortenden Lehrmeinungen.

¹⁰⁷⁸ HaftpflichtKomm. OR-STUDER, Art. 760 N 30.

¹⁰⁷⁹ BGE 70 II 85, E. 3; BGE 60 II 199, E. 4.

¹⁰⁸⁰ BK OR-WILDHABER/DEDE, Art. 135 N 57 und N 62 ausdrücklich; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 270: «Materiellrechtliche Fristen (Verjährung, Verwirkung) laufen nicht personenbezogen für den Rechtsträger und die Gegenpartei, sondern für die betreffende Forderung und sind damit auch für den Prozessstandschafter verbindlich.» BERGAMIN, Rz. 115: «Die Abtretungsgläubigerin kann mit anderen Worten als Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners die Forderung einklagen. Macht sie von diesem Recht Gebrauch, so wird die Verjährung ungeachtet der Tatsache unterbrochen, dass Rechtsträger der fraglichen Forderung nach wie vor der Gemeinschuldner und nicht die in eigenem Namen klagende Abtretungsgläubigerin ist.» Das Rechtsinstitut der

alle Abtretungsgläubiger diesen Anspruch als nebeneinander bestehende Prozessstandschafter geltend machen,¹⁰⁸¹ strahlt die von einem Abtretungsgläubiger vorgenommene Verjährungsunterbrechung auf alle Abtretungsgläubiger aus.¹⁰⁸²

II. Einzelbetreibung

Im vorgehenden Kapitel wurde dargelegt, dass Einzelklagen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig sind und dass die damit einhergehende Verjährungsunterbrechung für alle Abtretungsgläubiger wirkt. Es stellt sich die Frage, ob eine Einzelbetreibung ebenfalls dazu geeignet ist, die gleiche Rechtsfolge auszulösen. 421

Damit eine Einzelbetreibung die Verjährung unterbricht, müssen zwei Bedingungen erfüllt sein. Erstens darf die Einzelbetreibung nicht nichtig sein und zweitens 422

Verjährung ist materiell-rechtlicher Natur (BGE 123 III 213, E. 5c; GOTTINI, S. 22; BERGAMIN, Rz. 12).

¹⁰⁸¹ Rz. 178.

¹⁰⁸² JENNY, Rz. 492: «Eine gültig vorgenommene Unterbrechungshandlung beim Gesellschaftsschaden wirkt zugunsten aller Klageberechtigten, da sie immer denselben Anspruch der Gesellschaft geltend machen.» Diese Aussage wurde hinsichtlich der Frage getroffen, ob die Verjährungsunterbrechung der Aktionäre oder der durch die Organe handelnden Gesellschaft ausserhalb des Konkurses auch für die Klagebefugten innerhalb des Konkurses gilt. Befürwortet man wie JENNY die Theorie der Prozessstandschaft (vgl. hierzu die Ausführungen bei JENNY, Rz. 191) anstelle der Raschein-Praxis, deckt sich diese Aussage mit der in dieser Dissertation vertretenen Ansicht. Für den gleichen Schluss kann auch LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 364, zugezogen werden, die von der Rechtskrafterstreckung spricht: «Auch die Rechtskrafterstreckung zwischen mehreren Prozessstandschaftern ist sachlich durch deren Innenverhältnis zum Rechtsträger gerechtfertigt. Mehrere parallele Prozessstandschafter haben oft keine spezielle Beziehung bzw. kein spezielles Innenverhältnis untereinander, welches eine solche Rechtskrafterstreckung rechtfertigen würde. *Sie haben aber alle eine Beziehung zum Rechtsträger, auf den sich die Rechtskraft aufgrund seines Innenverhältnisses zu jedem Prozessstandschafter erstreckt.* Irrelevant ist hierbei, von welchem Prozessstandschafter die Prozessführungsbefugnis wahrgenommen wurde, und irrelevant ist auch das Verhältnis zwischen den einzelnen Prozessstandschaftern. Relevant ist auch hier das Innenverhältnis zum Rechtsträger, zumal die Prozessführungsbefugnis der einzelnen Prozessstandschafter auf diesem Innenverhältnis gründet. *Alle sich aus dieser Prozessführungsbefugnis ergebenden Folgen* [worunter nach vorliegender Ansicht auch die Verjährungsunterbrechung fällt] sowie auch deren Dahinfallen resp. Untergang bei Inanspruchnahme durch einen anderen Prozessführungsbefugten basieren auf diesem Innenverhältnis» (Kursivsetzung hinzugefügt).

muss der betreibenden Person die Befugnis zukommen, die Betreibung allein einzuleiten.

- 423 Einzelbetreibungen sind nicht nichtig, da ihre Anhebung zur Verjährungsunterbrechung nicht rechtsmissbräuchlich ist. Ein Urteil der Genfer Cour de Justice hält dies explizit fest.¹⁰⁸³ In der Rechtsprechung finden sich auch weitere Beispiele, in welchen eine oder mehrere Einzelbetreibungen gegen den Drittschuldner geführt wurden.¹⁰⁸⁴
- 424 Weiter setzt die verjährungsunterbrechende Wirkung voraus, dass die Handlung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR vom Forderungsgläubiger (als Anspruchsberechtigtem bzw. Aktivlegitimiertem) oder dessen Vertreter ausgeht und sich gegen den, in der Terminologie des Bundesgerichts «richtigen» (d.h. passivlegitimierten) Forderungsschuldner richtet.¹⁰⁸⁵ Es ist kein Problem, dass im Fall der Prozessstandschaft nicht der Forderungsgläubiger, sondern der Prozessstandschafter die Betreibung einleitet. Die Lehre anerkennt zumindest bei Bestehen von nur einem Prozessstandschafter, dass dieser die Verjährung mittels Betreibung für den Rechtsträger unterbrechen kann.¹⁰⁸⁶ Bestehen mehrere Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis wie bei den Abtretungsgläubigern,¹⁰⁸⁷ muss

¹⁰⁸³ Gemäss Sachverhalt des Entscheids AB GE DCSO/191/22 hat einer von mehreren Abtretungsgläubigern die Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung eingeleitet (En fait A.b). Die betriebene Person erhob Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl an die Aufsichtsbehörde und argumentierte, sie habe mehrere separate Zahlungsbefehle von unterschiedlichen Abtretungsgläubigern erhalten. Die Abtretungsgläubiger hätten gemeinsam betreiben müssen, weshalb die angefochtene Betreibung bzw. der Zahlungsbefehl rechtsmissbräuchlich und nichtig sei (En fait B.a). Die Cour de Justice erkannte in der Einzelbetreibung zur Verjährungsunterbrechung keinen Rechtsmissbrauch und wies die Beschwerde ab (E. 2.2).

¹⁰⁸⁴ BGE 144 III 552, Sachverhalt B.b; OGer ZH PS150227, E. I.2, in dem ebenfalls zwei unterschiedliche Betreibungsbegehren zur Fristenwahrung gestellt wurden.

¹⁰⁸⁵ BGE 114 II 335, E. 3a unter Verwendung dieser Terminologie; BK OR-WILDHABER/DEDE, Art. 135 N 63; JENNY, Rz. 491; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 135 N 19b.

¹⁰⁸⁶ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 270: «So muss etwa die Einrede der Verjährung durch den und gegenüber dem Prozessstandschafter erklärt werden können. Daraus wird auch bereits klar, dass es notwendig ist, den zur Verjährungsunterbrechung geeigneten Handlungen des Prozessstandschafters in Bezug auf die Forderung zwischen Rechtsträger und Gegenpartei verjährungsunterbrechende Wirkung anzuerkennen.»; BERGAMIN, Rz. 115 für die Klage: «Anstelle der Gläubigerin kann auch eine allfällige Prozessstandschafterin die Klage führen und damit die Verjährung unterbrechen.»

¹⁰⁸⁷ Rz. 178.

ein jeder mit einer Einzelbetreibung ebenfalls die Verjährung unterbrechen können. Dafür sprechen drei Argumente.

Erstens wird mit der Abtretungsverfügung jedem Abtretungsgläubiger das Einzelklagerecht eingeräumt.¹⁰⁸⁸ Dieses steht jedem Abtretungsgläubiger einzeln zu, es muss – zumindest zur Einleitung eines Prozesses – gerade nicht gemeinschaftlich geltend gemacht werden. Eine Beschränkung der Befugnisse des Prozessstandschafters (und damit unter anderem des Einzelklagerechts) ist denkbar, eine solche muss sich aber aufgrund der Rechtsgrundlage der Prozessstandschaft ergeben.¹⁰⁸⁹ Diese ist für die Abtretungsgläubiger Art. 260 SchKG. Die Rechtswirkungen der Abtretungsverfügungen zeigen aber, dass die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich des Einzelklagerechts gerade nicht beschränkt ist.¹⁰⁹⁰ Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Abtretungsgläubiger eine Einzelklage einleiten können soll, ihm diese Befugnis indes bei einer Einzelbetreibung verwehrt wäre. Eine Differenzierung hinsichtlich dieser Befugnisse findet sich weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung.

Zweitens besteht bei den Aktionären im Fall einer Verantwortlichkeitsklage eine vergleichbare Situation, die Rückschlüsse auf die Abtretungsgläubiger erlaubt. Aktionäre ausserhalb des Konkurses machen den Anspruch der Gesellschaft als Prozessstandschafter geltend.¹⁰⁹¹ Da jedem Aktionär die Befugnis zukommt, den Anspruch der Gesellschaft durchzusetzen,¹⁰⁹² sind sie – wie die Abtretungsgläubiger¹⁰⁹³ – Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis. Soweit sich die Lehre dazu äussert, gesteht sie einem Aktionär ausserhalb des Konkurses die Befugnis zu, die Verjährung für die Gesellschaft als Rechtsträ-

¹⁰⁸⁸ Rz. 177.

¹⁰⁸⁹ Rz. 24.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Rz. 177.

¹⁰⁹¹ In BGE 132 III 342, E. 4.3: «Die Klagebefugnis der Aktionäre ist als Prozessstandschaft zu qualifizieren.»; JENNY, Rz. 145; vgl. BSK OR II-GERICKE/WÄTER, Art. 756 N 9 m.w.H.; CHK OR-BINDER/ROBERTO, Art. 756 N 13.

¹⁰⁹² Art. 756 Abs. 1 OR: «Neben der Gesellschaft sind auch die *einzelnen* Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen» (Kursivsetzung hinzugefügt).

¹⁰⁹³ Rz. 178.

gerin wirksam zu unterbrechen.¹⁰⁹⁴ Die Lehre nimmt dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts Bezug, die dies zumindest andeutet.¹⁰⁹⁵

- 427 Drittens – und dieser Hinweis findet sich in der Lehre üblicherweise im Zusammenhang mit der Frage, welche Personen eine Betreibung mit verjährungsunterbrechender Wirkung anheben können¹⁰⁹⁶ – erlaubt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Verjährungsunterbrechung durch eine nicht aktivlegitimierte Person, sofern der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip erkennen konnte, um welche Forderung es sich handelt, und zu erwarten ist, dass die Forderung vom Gläubiger noch durchgesetzt wird.¹⁰⁹⁷ Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann schliesslich argumentiert werden, dass allein sie schon ausreichend ist, um die Verjährungsunterbrechung durch einen Abtretungsgläubiger zu erlauben.¹⁰⁹⁸

C. Vergleich

- 428 Bestehen mehrere Abtretungsgläubiger, stellt sich die Frage, ob ein Abtretungsgläubiger allein einen Vergleich mit dem Drittschuldner schliessen kann und wie ein allfälliger Vergleichserlös zu behandeln ist. Die folgenden Ausführungen unterscheiden dabei zwischen dem eigentlichen und dem separaten Vergleich.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁴ JENNY, Rz. 491 ohne Differenzierung hinsichtlich Klage oder Betreibung; HÄNNI, Rz. 989.

¹⁰⁹⁵ BGer 4C.363/2006, E. 4.3.

¹⁰⁹⁶ Vgl. JENNY, Rz. 491; HaftpflichtKomm. OR-STUDER, Art. 760 N 30; HÄNNI, Rz. 990.

¹⁰⁹⁷ BGE 136 III 545, E. 3.4.1: «Vielmehr entspricht dies der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nach der eine *Berichtigung der Parteibezeichnung* zulässig ist, wenn keine Zweifel an der wahren Identität der Partei bestehen, indem der Schuldner nach den Umständen trotz unrichtiger Parteibezeichnung die Absicht des Gläubigers, ihn ins Recht zu fassen, erkennt oder erkennen muss. In diesen Fällen wird der Schuldner nicht in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt, wenn trotz der fehlenden Aktiv- oder Passivlegitimation des irrtümlich als Partei aufgeführten Dritten die Verjährung unterbrochen wird, da er jedenfalls über die Absicht des Gläubigers, seine Forderung durchzusetzen, Gewissheit hat.»; BGer 4C.185/2005, E. 3.2: «Geht die Handlung nicht vom Gläubiger, sondern von einem nicht berechtigten Dritten aus, rechtfertigt es sich, die Unterbrechungswirkung ebenfalls eintreten zu lassen, sofern der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip erkennen kann, um welche Forderung es geht.»

¹⁰⁹⁸ In diesem Sinn JENNY, Rz. 491 für die Verjährungsunterbrechung bei Verantwortlichkeitsansprüchen durch Gläubiger.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Rz. 429 f. zur Terminologie.

I. Terminologie

Vergleiche werden in echte und unechte unterteilt. Beim echten Vergleich sind die Zugeständnisse¹¹⁰⁰ in etwa gleichwertig.¹¹⁰¹ Beim unechten Vergleich besteht hingegen eine Unausgewogenheit, die einer Anspruchsaufgabe gleichkommt.¹¹⁰² Im Fall von Forderungen spricht der Schuldner eine Schuldanerkennung aus, der Gläubiger eine negative Schuldanerkennung bzw. einen Schulderlass.¹¹⁰³ 429

Die Terminologie des echten und des unechten Vergleichs wird im SchKG hauptsächlich im Rahmen der Anspruchsaufgabe durch die Konkursverwaltung und der damit zusammenhängenden Frage, ob den Konkursgläubigern eine Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG angeboten werden muss, verwendet.¹¹⁰⁴ Die Übernahme dieser Terminologie auf die Frage, ob alle vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger bzw. Streitgenossen den Vergleich zusammen schliessen müssen, ist nicht angebracht. Sie hängt nämlich vom *Vergleichsgegenstand* und nicht von der Ausgewogenheit des Vergleichs ab. Ist die Forderung gegenüber dem Drittschuldner Vergleichsgegenstand (und damit ein Schulderlass seitens der Abtretungsgläubiger bzw. eine Schuldanerkennung seitens des Drittschuldners) wird im Folgenden von einem *eigentlichen Vergleich* gesprochen. Verzichtet indes ein Abtretungsgläubiger auf seine generelle oder seine spezifische Prozessführungsbefugnis, was der Drittschuldner im Gegenzug vergütet, wird von einem *separaten Vergleich* gesprochen.¹¹⁰⁵ 430

¹¹⁰⁰ Das Zugeständnis ist dem Vergleich inhärent (BGE 95 II 419, E. 2b: «gegenseitige Zugeständnisse»; JENNY, Rz. 383, der von «je ein Opfer bringen» spricht; GAUCH, S. 4; LORANDI, Vergleich, S. 44).

¹¹⁰¹ BGer 8C_686/2019, E. 5.1; BGer 4A_673/2016, E. 4.1.

¹¹⁰² REINAU, S. 76 f. m.w.H.; LORANDI, Verwertung, S. 1761 Fn. 33.

¹¹⁰³ JENNY, Rz. 383; GAUCH, S. 3.

¹¹⁰⁴ Vgl. LORANDI, Vergleich, S. 44; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 30. Hier spielt die Ausgewogenheit des Vergleichs die zentrale Rolle, weshalb die Definition des echten und des unechten Vergleichs von REINAU, S. 76, passt.

¹¹⁰⁵ Dieser beiden Begriffe bedient sich KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 46.

II. Eigentlicher Vergleich

1. Vergleichsschluss durch alle vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger

- 431 Was den eigentlichen Vergleich anbelangt, stehen sich zwei Meinungen hinsichtlich der Frage gegenüber, ob ein Abtretungsgläubiger bzw. Streitgenosse diesen allein schliessen kann. Die erste Meinung erachtet dies als zulässig.¹¹⁰⁶ Als Folge könnten Abtretungsgläubiger, die den Vergleich nicht geschlossen haben, nur noch den Teil der Forderung durchsetzen, der über den Vergleichsbetrag hinausgeht.¹¹⁰⁷ Die Forderung gegenüber dem Drittschuldner würde sich als Folge des Vergleichs um den verglichenen Betrag reduzieren.¹¹⁰⁸ Diese Meinung ist abzulehnen. Dies rührt daher, dass die Rechtsprechung den Primat der klageweisen Durchsetzung vorsieht. So ist ein eigentlicher gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich nur möglich, wenn dieser die anderen Abtretungsgläubiger nicht in ihrer Klage behindert.¹¹⁰⁹ Dies wäre aber genau der Fall, wenn ein Teil der Abtretungsgläubiger unbeschaden der bestehenden Klage einen eigentlichen Vergleich schliessen könnte und damit über den Anspruch gegenüber dem Drittschuldner, der zugleich Streitgegenstand im Prozess ist, disponierte. Darüber hinaus kommt ein eigentlicher Vergleich der Disposition über den Streitgegenstand gleich, die allen Abtre-

¹¹⁰⁶ LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 204 f.; GATTLEN, S. 117; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 43, Fn. 75.

¹¹⁰⁷ REINAU, S. 161; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 46; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 204 f.; HABSCHIED, Rz. 284, sieht die Vergleichsmöglichkeit eines einzelnen Abtretungsgläubigers, weist aber darauf hin, dass ungeklärt sei, wie dann zu verfahren sei.

¹¹⁰⁸ GATTLEN, S. 117.

¹¹⁰⁹ BGE 144 III 552, E. 4.1.1: «Cette consorité nécessaire (improprement dite) n'empêche donc pas un créancier cessionnaire de renoncer à intenter l'action ou de conclure une transaction judiciaire ou extrajudiciaire avec la partie défenderesse, *pour autant que cette décision n'entrave pas les autres créanciers sociaux dans leur action* (ATF 138 III 628 consid. 5.3.2; ATF 121 III 488 consid. 2c; ATF 102 III 29)» (Kursivsetzung hinzugefügt). Die in der zitierten Erwägung enthaltenen Verweise auf BGE 138 III 628, E. 5.2.3, und BGE 121 III 488, E. 2c, bestätigen einzig die Möglichkeit des Vergleichsschlusses, nicht aber das Verhältnis des Vergleichs zur klageweisen Durchsetzung. Im jüngeren Entscheid BGE 145 III 101, E. 4.1.2, spricht das Bundesgericht davon, dass jeder Abtretungsgläubiger allein einen Vergleich schliessen könne. Die Ausführung findet im Rahmen eines generischen Textblocks statt und übersieht die eigene Einschränkung von BGE 144 III 552, E. 4.1.1.

tungsgläubigern gemeinsam zusteht.¹¹¹⁰ Nach *richtiger Auffassung* und zweiter Meinung kann ein eigentlicher Vergleich entsprechend nur durch alle vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger bzw. Streitgenossen gemeinsam geschlossen werden.¹¹¹¹

2. Vergleichsbefugnis

Da alle vergleichsbefugten Abtretungsgläubiger den eigentlichen Vergleich 432 gemeinsam schliessen müssen, stellt sich die Frage, welchen Abtretungsgläubigern die Vergleichsbefugnis zusteht. Sie ist Voraussetzung für den Vergleichsschluss.¹¹¹² Darüber hinaus ist die Frage relevant, weil der Vergleichserlös nur den vergleichsbefugten Abtretungsgläubigern zukommt.

Als Ausgangspunkt gilt, dass mit der Abtretung jedem Abtretungsgläubiger unter 433 anderem die gerichtliche und die aussergerichtliche Vergleichsbefugnis eingeräumt wird.¹¹¹³ Sie und die damit zusammenhängende Erlösberechtigung können indes wieder verloren gehen. Wird die Abtretungsverfügung widerrufen, fällt unter anderem auch die Vergleichsbefugnis weg.¹¹¹⁴ Das Gleiche gilt beim Rücktritt eines Abtretungsgläubigers aus einem bestehenden Prozess, weil er damit sein Desinteresse an der Anspruchsdurchsetzung darlegt.¹¹¹⁵ Ist noch kein Verfahren eingeleitet worden, kann ein Abtretungsgläubiger gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen *Verzicht* auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis aussprechen.¹¹¹⁶ Weil beim Verzicht auf die generelle Prozessführungsbefugnis die Berechtigung zur Anspruchsdurchsetzung in jeglicher Form

¹¹¹⁰ Rz. 222. LORANDI, Gläubiger, S. 285; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 102.

¹¹¹¹ LORANDI, Gläubiger, S. 285; LORANDI, Streitgenossenschaft, S. 1305; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 102; TSCHUMY, S. 49; GRIEDER, Rz. 530; REITER, S. 198; FLACHSMANN, S. 21; SCHLAEPFER, S. 151 f.

¹¹¹² Vgl. SPÜHLER, S. 6; PLATZ, S. 24 ff.

¹¹¹³ Rz. 177.

¹¹¹⁴ Vgl. Rz. 183, wonach mit der Widerrufsverfügung auch die Prozessführungsbefugnis wegfällt. Dies muss für alle Befugnisse gelten, die ursprünglich mit der Abtretungsverfügung eingeräumt wurden.

¹¹¹⁵ Vgl. Rz. 386.

¹¹¹⁶ Rz. 234 f.

verloren geht,¹¹¹⁷ ist der verzichtende Abtretungsgläubiger im Fall eines eigentlichen Vergleichs nicht mehr zu berücksichtigen.

- 434 Während sich der Abtretungsgläubiger durch die im vorgehenden Absatz genannten Handlungen gesamthaft von der Anspruchsdurchsetzung distanziert und somit auch nicht vergleichsbefugt ist, kann diese Logik nicht auf Abtretungsgläubiger übertragen werden, die einen Verzicht auf die spezifische Prozessführungsbefugnis aussprechen. Der Verzicht auf die spezifische Prozessführungsbefugnis wirkt nur hinsichtlich desjenigen Prozesses, auf den er sich bezieht.¹¹¹⁸ So kann beispielsweise ein Abtretungsgläubiger sein Desinteresse hinsichtlich eines Rechtsöffnungsverfahrens kundtun,¹¹¹⁹ gleichzeitig aber im Fall des Prozesses vor dem Sachgericht teilnehmen wollen. Nach vorliegender Ansicht muss für die Festlegung der Vergleichsbefugnis im Fall des Verzichts auf die spezifische Prozessführungsbefugnis darauf abgestellt werden, ob das Verfahren, auf das sich der Verzicht der Prozessführungsbefugnis des verzichtenden Abtretungsgläubigers bezieht, *kausal* für den Vergleichsschluss war.¹¹²⁰
- 435 Die Vergleichsbefugnis verbleibt vor diesem Hintergrund beim auf die spezifische Prozessführungsbefugnis verzichtenden Abtretungsgläubiger, wenn der Prozess, auf den sich der Verzicht bezieht, keine Rolle für den Vergleichsschluss spielte. Umgekehrt muss gelten, dass dem Abtretungsgläubiger, der den Verzicht auf die spezifische Prozessführungsbefugnis ausgesprochen hat, keine Vergleichsbefugnis zukommt, wenn der Vergleich aufgrund des Prozesses zustande kommt, auf den sich die Verzichtserklärung des Abtretungsgläubigers bezieht. Wird ein gerichtlicher oder ein aussergerichtlicher Vergleich *während eines hängigen Prozesses* geschlossen, zieht dies beim gerichtlichen Vergleich von Gesetzes wegen und beim aussergerichtlichen Vergleich abhängig von den Handlungen der Prozess-

¹¹¹⁷ Rz. 234.

¹¹¹⁸ Vgl. Rz. 234 f.

¹¹¹⁹ Vgl. BGer 4A_165/2021, E. 3.1.2; BGE 145 III 101, E. 4.1.3; BGE 144 III 552, E. 4.2.

¹¹²⁰ Die Kausalität bei der Anspruchsdurchsetzung ist kein fremder Gedanke. Bezahlte der Drittschuldner die Forderung nach dem Erlass der Abtretungsverfügung, dann kommt den Abtretungsgläubigern nur dann die Erlösbefugnis zu, wenn sie diese Zahlung kausal verursacht haben (vgl. Rz. 182 u.H.a. BGer 5A_324/2015, E. 4.2.1.1; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 68; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 67). Ansonsten steht der Erlös der Masse zu. Der Gedanke muss nach vorliegender Ansicht auch auf den Abtretungsgläubiger übertragen werden, der einen Verzicht auf die spezifische Prozessführungsbefugnis ausspricht.

parteien das Ende des Prozesses nach sich.¹¹²¹ In diesem Fall ist die Kausalität augenscheinlich und der vorgenannte Abtretungsgläubiger ist nicht vergleichsbefugt. Wird der Vergleich noch vor Rechtshängigkeit eines Prozesses geschlossen, so muss indes eruiert werden, ob die Aussicht auf den Prozess für den Vergleich entscheidend war.

III. Separater Vergleich

Was den separaten Vergleich anbelangt, ist ein einzelner Abtretungsgläubiger bzw. Streitgenosse befugt, für die Aufgabe seiner generellen oder seiner spezifischen Prozessführungsbefugnis ein Entgelt zu erhalten, ein sogenanntes *Abstandsgeld*.¹¹²² Dies ergibt sich aus der Befugnis eines Abtretungsgläubigers, auf seine generelle oder seine spezifische Prozessführungsbefugnis zu verzichten.¹¹²³ Teilweise spricht die Lehre in diesem Zusammenhang davon, dass der Abtretungsgläubiger nur einen Vergleich bzgl. seines Prozessführungsrechts oder einen Vergleich *inter partes* schliessen könne.¹¹²⁴ 436

Umstritten ist die Behandlung des Vergleichserlöses. Eine Lehrmeinung befürwortet, dass der Vergleichserlös nur dem den separaten Vergleich schliessenden Abtretungsgläubiger zukommt;¹¹²⁵ sie erachtet es aber als notwendig, dass die Konkursverwaltung vom Abtretungsgläubiger über den Vergleichserlös informiert wird, damit diese ihn im Verteilungsplan anrechnen kann, um eine allfällige Über- 437

¹¹²¹ Im Fall des gerichtlichen Vergleichs wird das Verfahren gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO abgeschrieben. Der aussergerichtliche Vergleich hat keine unmittelbare Wirkung auf den Prozess. Die Parteien müssen im Prozess einen Klagerückzug oder eine Klageanerkennung eingeben (PLATZ, S. 69; STAEHELIN, D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 23 Rz. 25; BSK ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 26 m.w.H.).

¹¹²² LORANDI, Gläubiger, S. 285; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 102; MILANI, Koordination, S. 150.

¹¹²³ Rz. 223.

¹¹²⁴ MAURER, Rz. 317; JUTZI, S. 512; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 46, der aber zugleich die Zulässigkeit dieses Vergleichs aufgrund der Sitten- bzw. Rechtswidrigkeit in Frage stellt; JENNY, Rz. 398 und Rz. 425; PLATZ, S. 110; GILLARD, S. 116 f.; MILANI, Koordination, S. 150; REITER, S. 198.

¹¹²⁵ LORANDI, Gläubiger, S. 285.

befriedigung zu vermeiden.¹¹²⁶ Nach anderer Ansicht kommt der Erlös aus einem separaten Vergleich der Masse zu.¹¹²⁷

- 438 Die Diskussion, wie mit dem Erlös aus einem Separatvergleich umzugehen ist, dürfte weitestgehend theoretischer Natur sein. Aufgrund der Tatsache, dass ein Separatvergleich die Forderung des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner gerade nicht berührt, hat ein Drittschuldner eigentlich keinen Anreiz, einen solchen Vergleich zu schliessen.¹¹²⁸ Denkbar ist immerhin, dass ein Drittschuldner sich durch die Auszahlung des Streitgenossen, der hinsichtlich der Prozessführung als treibende Kraft erscheint («Rudelführer»), erhofft, dass die verbleibenden Streitgenossen den Prozess ohne den ausscheidenden Abtretungsgläubiger nicht fortführen.
- 439 Als Argument, wieso der Erlös aus dem Separatvergleich der Masse zukommen sollte, lässt sich die Gleichbehandlung der Abtretungsgläubiger anführen.¹¹²⁹ Beim Abschluss eines eigentlichen Vergleichs oder bei einem Urteil partizipieren die Abtretungsgläubiger gemeinsam gemäss den Regeln von Art. 219 Abs. 4 SchKG am Erlös. Beim Separatvergleich generiert ein Abtretungsgläubiger unabhängig seiner Klasse allein einen Erlös. Damit fällt der Separatvergleich aus dem System, welches das SchKG bei der Erlösgenerierung und der Erlösverteilung für die Abtretungsgläubiger vorsieht. Zudem greifen die Abtretungsgläubiger in zwei unterschiedlichen Zeitpunkten auf das gleiche Haftungssubstrat, nämlich das Vermögen des Drittschuldners, zu, was ebenfalls dem Gleichheitsprinzip unter den Abtretungsgläubigern widerspricht. Nach vorliegender Ansicht muss der Erlös aus dem Separatvergleich trotz dieser Argumente dem vom Prozess zurücktretenden Abtretungsgläubiger zukommen. Dogmatisch ist ein jeder Abtretungsgläubiger unabhängig der anderen befugt, von seinem jederzeitigen Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen. Zudem ist es dem Drittschuldner ungeachtet des gegen ihn geführten Prozesses *de iure* unbenommen, eine Gegenleistung aus seinem Vermögen für die Ausübung des Rücktrittrechts zu erbringen. Der Auskauf eines «Rudelführers» ist nach vorliegender Ansicht legitim, denn jeder Abtretungsgläubiger

¹¹²⁶ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 46; REITER, S. 198.

¹¹²⁷ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 102; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 204; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 43 Fn. 75.

¹¹²⁸ LORANDI, Gläubiger, S. 285, spricht davon, dass es eine ökonomische Frage sei, ob ein Drittschuldner sich auf einen Separatvergleich einlasse.

¹¹²⁹ AB GE DCSO/333/22, E. 2.1.4: «Cette jurisprudence s'inspire du principe d'égalité entre les créanciers : tous ceux qui ont demandé la cession doivent en principe être traités sur un pied d'égalité.»

muss aufgrund des jederzeitigen Rücktrittsrechts auch so gewappnet sein, den Prozess unter Umständen allein fortzuführen. Was den zeitlich unterschiedlichen Zugriff der verschiedenen Abtretungsgläubiger auf das Vermögen des Drittschuldners angeht, verhindern die paulianischen Anfechtungsklagen unter der Bedingung der Einhaltung der jeweiligen Verdachtsperiode, dass sich der Drittschuldner durch den Separatvergleich mit böser Absicht seines Vermögens zu Lasten der im Prozess verbleibenden Abtretungsgläubiger entledigt.

D. Aktivlegitimation und ausgewählte Prozessvoraussetzungen

Im folgenden Kapitel werden die Aktivlegitimation und ausgewählte Prozessvoraussetzungen beim Vorhandensein mehrerer Abtretungsgläubiger diskutiert. 440

I. Aktivlegitimation

Im Grundlagenkapitel, das die Rechtswirkungen der Prozessstandschaft aufzeigte, wurde die Abgrenzung zwischen der Sachlegitimation und der Prozessstandschaft erarbeitet: Im Fall eines durch einen Prozessstandschafter geführten Verfahrens ist die Aktivlegitimation des Rechtsträgers zu prüfen.¹¹³⁰ Rechtsträger verbleibt nach vorliegender Ansicht auch nach dem Konkursdekret der Gemeinschaftschuldner.¹¹³¹ 441

Im Zusammenhang mit den Abtretungsgläubigern stellt die Prüfung der Aktivlegitimation des Gemeinschaftschuldners eine *besondere Schwierigkeit* dar. Der Grund dafür liegt darin, dass das Konkursverfahren geschlossen werden kann, obwohl die Abtretungsgläubiger den Anspruch des Gemeinschaftschuldners noch gar nicht durchgesetzt haben. Der Schluss des Konkursverfahrens zieht – je nach Person des Rechtsträgers – dessen Löschung im Handelsregister nach sich.¹¹³² Das Bundes- 442

¹¹³⁰ Rz. 33. GRAF, S. 382: «Damit ein Rechtsbegehren der einzig prozessual Berechtigten mangels Aktivlegitimation nicht abgewiesen wird, müssen sie die Sachlegitimation des jeweils materiell Berechtigten dartun.»

¹¹³¹ Rz. 122 f.

¹¹³² Art. 159a Abs. 1 lit. b HRegV. Die gleiche Norm hält zusätzlich fest, dass das Gericht beim Konkurschluss durch gerichtlichen Entscheid hinsichtlich der Löschung der Rechtseinheit abweichende Anordnungen erlassen kann. Es ist denkbar, dass Gerichte das Handelsregister anweisen, die Löschung erst auf spätere Anweisung des Konkurs-

gericht hat unter Aufarbeitung seiner schwankenden Rechtsprechung BGE 146 III 441 gefällt. Der Entscheid stiess in der Lehre auf Rezeption.¹¹³³ Das Bundesgericht hält – unter anderem auch auf pragmatische Argumente abstellend¹¹³⁴ – fest, dass «[d]ie Löschung der Gesellschaft mithin in Bezug auf die Möglichkeit, eine nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderung durchzusetzen, keine Auswirkung»¹¹³⁵ habe. Was die Aktivlegitimation anbelangt, so unterscheidet das Bundesgericht nicht trennscharf zwischen ihr und der Prozessführungsbefugnis.¹¹³⁶ Wie schon dargelegt, liegt die Aktivlegitimation beim Rechtsträger, die Prozessführungsbefugnis beim Prozessstandschafter.¹¹³⁷

- 443 Die Aktivlegitimation ergibt sich aus der materiellen Berechtigung an einem Anspruch.¹¹³⁸ Das Bundesgericht erwägt ausdrücklich, dass der Anspruch bei der Löschung des Rechtsträgers aus dem Handelsregister nicht untergeht.¹¹³⁹ Gleich-

amts vorzunehmen, nämlich wenn die Abtretungsgläubiger den Anspruch durchgesetzt haben oder ihre Abtretungsverfügung widerrufen wurde (ZR 2019 Nr. 62, E. 4 unter Bezugnahme auf die von LORANDI, Löschung, S. 732 ff., vorgeschlagenen Möglichkeiten).

¹¹³³ BAUM, S. 114 ff.; CHABLOZ/SCHILTER, S. 359 ff.; ANCESCHI/VISCHER, S. 1619 ff.; HUBER-LEHMANN, Urteil, S. 330; KNEZEVIC, S. 582 ff.

¹¹³⁴ BGE 146 III 441, E. 2.7: «Die Auslegung zwangsvollstreckungsrechtlicher Bestimmungen darf nicht losgelöst von den praktischen Bedürfnissen vorgenommen werden.»

¹¹³⁵ BGE 146 III 441, E. 2.8.

¹¹³⁶ So hält es in BGE 146 III 441, Regeste, fest: «Die Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister hat keinen Einfluss auf die Aktivlegitimation der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG», dann aber in E. 2.5.3 korrekterweise: «Mit dem von Art. 260 SchKG und dem Konkursverfahren an sich verfolgten Zweck liesse es sich nicht vereinbaren, die Prozessführungsbefugnis bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister dahinfallen zu lassen.»; BOHNET, Prozessführungsrecht, S. 468: «Ainsi, de nombreux arrêts du Tribunal fédéral déclarent sans nuance que la qualité pour agir et la légitimation sont des synonymes, alors que dès que l'on consulte un dictionnaire juridique francophone ou un ouvrage de doctrine rédigé en français, on constate que tel n'est souvent pas le cas. Le doute s'installe définitivement quand on lit sous la plume de divers auteurs que le Prozessführungsrecht ou la Prozessführungsbefugnis correspond à la qualité pour agir. Or ces deux expressions se distinguent nettement de la légitimation.»

¹¹³⁷ Rz. 32 f.

¹¹³⁸ Rz. 32 f.

¹¹³⁹ BGE 146 III 441, E. 2.4.4: «Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung mithin davon aus (und hielt daran im zit. Urteil 4A_467/2018, E. 4.1 auch in neuster Rechtsprechung fest), dass die Forderungen auch nach Löschung der Gesellschaft im Han-

zeitig ist ein Anspruch ohne Rechtsträger nicht denkbar.¹¹⁴⁰ Weil ein Anspruch ohne Rechtsträger nicht existieren kann, kann die Löschung des Rechtsträgers im Handelsregister nicht die Wirkung haben, dass seine Rechtsfähigkeit dahinfällt. Entsprechend muss der Löschung deklaratorische Wirkung zukommen. Mit der Rechtsfähigkeit besteht die Rechtsträgerschaft, die bei der Prüfung der Aktivlegitimation zu berücksichtigen ist,¹¹⁴¹ über die Löschung hinaus.¹¹⁴² Die Löschung hat indes zur Folge, dass die Handlungsfähigkeit der juristischen Person mangels Organe verloren geht.¹¹⁴³ Dies schadet aber nicht, denn der Anspruch des Gemeinschuldners wird prozessstandschaftlich von den Abtretungsgläubigern geltend gemacht.

Zusammenfassend kann geschlossen werden, dass die Löschung eines Gemeinschuldners im Handelsregister nicht dazu führt, dass seine Rechtspersönlichkeit untergeht, weshalb die Aktivlegitimation bei ihm verbleibt und bei ihm zu prüfen ist. Die Aktivlegitimation geht zusammen mit der Rechtspersönlichkeit beim Abschluss der effektiven Liquidationstätigkeit unter.¹¹⁴⁴ 444

II. Rechtsschutzinteresse

Was das Rechtsschutzinteresse angeht, ist fraglich, ob es beim Rechtsträger, bei den Prozessstandschaftern oder bei beiden vorliegen muss. LÖTSCHER fordert ein doppeltes Rechtsschutzinteresse, d.h., dass sowohl der Rechtsträger als auch die Prozessstandschafter ein Rechtsschutzinteresse haben müssen.¹¹⁴⁵ Das Rechtsschutzinteresse des Rechtsträgers ergibt sich im Fall einer Leistungsklage aus dem 445

delsregister weiterhin auf den Namen der Gesellschaft bestehen. Mit Urteil 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008, E. 1.4 bestätigte das Bundesgericht nochmals [...], dass von der Löschung nicht der Bestand der Forderungen betroffen ist und die Löschung der Gesellschaft weder automatisch zum Untergang der dieser zustehenden Forderungen noch zum Untergang der Konkursforderung des prozessführenden Gläubigers führt, als deren Nebenrecht die Prozessführungsbefugnis gemäss Art. 260 SchKG angesehen wird.»

¹¹⁴⁰ LORANDI, Löschung, S. 729.

¹¹⁴¹ Rz. 32.

¹¹⁴² GRIEDER, Rz. 528.

¹¹⁴³ Mit der Organlosigkeit des Rechtsträgers im Fall der Löschung entfällt auch dessen Handlungsfähigkeit (BSK ZGB I-REITZE, Art. 54/55 N 3).

¹¹⁴⁴ Deskriptiv LORANDI, Löschung, S. 728 m.w.H. in Fn. 39.

¹¹⁴⁵ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 211 f.

Bestehen des Leistungsanspruchs.¹¹⁴⁶ Prozessstandschaftern kommt das Rechtsschutzinteresse zu, wenn die Voraussetzungen der Prozessstandschaft erfüllt sind.¹¹⁴⁷

- 446 Angewendet auf die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist das Rechtsschutzinteresse für die Abtretungsgläubiger unproblematisch. Das Rechtsschutzinteresse der Abtretungsgläubiger begründet sich durch den Bestand der Abtretungsverfügung, weil damit die Prozessstandschaft eingeräumt wird.¹¹⁴⁸ Für den Gemeinschuldner als Rechtsträger ergibt sich das Rechtsschutzinteresse aus dem Anspruch gegenüber dem Drittschuldner. Da dieser Anspruch mit der Löschung des Rechtsträgers im Handelsregister gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht untergeht,¹¹⁴⁹ besteht das Rechtsschutzinteresse auch für den Rechtsträger.

III. Schiedsvereinbarung

1. Vertragliche Schiedsvereinbarung

- 447 Abtretungsgläubiger sind aufgrund der Prozessstandschaft an eine vom Gemeinschuldner mit dem Drittschuldner geschlossene Schiedsvereinbarung¹¹⁵⁰ gebunden.¹¹⁵¹
- 448 Nebst der Situation, in welcher der Gemeinschuldner die Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, ist denkbar, dass die Abtretungsgläubiger eine solche mit dem Drittschuldner vereinbaren möchten. In diesem Zusammenhang stellt sich

¹¹⁴⁶ BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 39, wonach bei Leistungsklagen das Rechtsschutzinteresse in der Regel offensichtlich sei; SUTTER-SOMM, Rz. 587; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 212; JENNY, Rz. 929.

¹¹⁴⁷ BGer 5A_674/2015, E. 1.2 m.w.H.; BGE 133 III 421, E. 1.1; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 212.

¹¹⁴⁸ Rz. 177.

¹¹⁴⁹ Rz. 442 ff.

¹¹⁵⁰ Der Begriff Schiedsvereinbarung wird vorliegend als Überbegriff für die Schiedsabrede und die Schiedsklausel verwendet. Erstere bezieht sich auf bestehende, Letztere auf zukünftige Streitigkeiten (vgl. hierzu CHK ZPO-MÜLLER-CHEN/EGGEL, Art. 357 N 5).

¹¹⁵¹ BGE 141 III 444, E. 4.2.2; BGE 136 III 107, E. 2.5: «Nach einhelliger Lehre ist grundsätzlich auch die Konkursmasse einschliesslich allfälliger Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG an die vom Gemeinschuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden.»; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 90.

die Frage, ob eine solche von einem prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger allein abgeschlossen werden kann.¹¹⁵² Dies ist zu verneinen. Nur wenn alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger mit dem Drittschuldner übereinkommen, die Streitigkeit vor einem Schiedsgericht austragen zu wollen, ist der Abschluss zulässig.¹¹⁵³ Dies ergibt sich nach vorliegender Ansicht daraus, dass ein einzelner Abtretungsgläubiger auch die örtliche oder die sachliche Zuständigkeit nicht allein festlegen kann.¹¹⁵⁴

2. Statutarische Schiedsklausel

Mit dem Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision wurde in Art. 697n OR die statuta- 449
rische Schiedsklausel gesetzlich verankert.¹¹⁵⁵ Art. 697n Abs. 1 OR zählt die von einer möglichen Schiedsklausel gebundenen Personen auf, worunter nach Gesetzeswortlaut auch die Gesellschaft fällt.¹¹⁵⁶ Ihr sachlicher Anwendungsbereich umfasst gemäss dispositivem Gesetzeswortlaut «gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten». ¹¹⁵⁷ Sofern der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, ist analog der vertraglich vereinbarten Schiedsvereinbarung von einer grundsätzlichen Bindung der Abtretungsgläubiger auszugehen.¹¹⁵⁸

Es wird von einer grundsätzlichen Bindung gesprochen, weil im Fall der Ver- 450
antwortlichkeitsklage die bundesgerichtliche Raschein-Praxis zu berücksichtigen ist. Danach basiert die Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarer Schädigung innerhalb des Konkurses auf einem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit.¹¹⁵⁹ Abtretungsgläubigern, die den Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend

¹¹⁵² Die Diskussion stösst LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 504 ff., an.

¹¹⁵³ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 509.

¹¹⁵⁴ Rz. 265.

¹¹⁵⁵ WEIBEL/DALLAFIOR, S. 34.

¹¹⁵⁶ Vgl. für weitere Ausführungen MEIER, Schiedsklauseln, Rz. 500. Der subjektive Geltungsbereich der Schiedsklausel ergibt sich aus deren Wortlaut.

¹¹⁵⁷ Gemäss der Botschaft Aktienrechtsrevision, S. 547, knüpft der Begriff an Art. 151 Abs. 1 IPRG an und umfasst «insbesondere die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage (Art. 706 und 706b OR), die Auflösungsklage (s. Art. 736 Ziff. 4), die Klage auf (Nach-)Liberierung des Aktienkapitals (s. Art. 634b), die Rückerstattungsklage (s. Art. 678) sowie Haftungs- und Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR)»; vgl. WEIBEL/DALLAFIOR, S. 34 mit weitergehenden Ausführungen.

¹¹⁵⁸ ALLEMANN, S. 348; ALLEMANN/VON DER CRONE, S. 226; VON DER CRONE, § 21 Rz. 1940; VOGT/HRISIGER/HOFER, Rz. 147; MEIER, Schiedsklauseln, Rz. 500.

¹¹⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlich BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 5 ff.

machen, können nur jene Einreden entgegengehalten werden, die nicht auf der Willensbildung der Gesellschaft basieren.¹¹⁶⁰ Da die statutarische Schiedsklausel gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung in der Willensbildung der Gesellschaft gründet, kann der Drittschuldner den Abtretungsgläubigern im Fall der Durchsetzung einer Verantwortlichkeitsklage vor dem staatlichen Gericht die Schiedseinrede nicht entgegenhalten.¹¹⁶¹

IV. Örtliche Zuständigkeit

1. Gesetzliche Gerichtsstände

- 451 Gesetzliche Gerichtsstände knüpfen entweder am Kriterium des Streitgegenstands oder an jenem des Sitzes bzw. des Wohnsitzes einer der Parteien an.¹¹⁶² Während der Streitgegenstand keinen Anlass für besondere Fragen aufwirft, muss der Sitz bzw. Wohnsitz der Parteien hinsichtlich der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG diskutiert werden.
- 452 Im Fall einer Prozessstandschaft bestimmt sich der Gerichtsstand nach dem Sitz bzw. Wohnsitz des Prozessstandschafters und nicht des Rechtsträgers. Mit der Einräumung der Prozessstandschaft können entsprechend Gerichtsstände eröffnet werden, die zwischen dem Rechtsträger und dem Drittschuldner nicht anwendbar waren.¹¹⁶³ Dies gilt primär im Fall, in dem der Prozessstandschafter Beklagter ist, denn die Zivilprozessordnung stellt für die Forumsbestimmung üblicherweise auf den Sitz bzw. Wohnsitz der beklagten Partei ab.¹¹⁶⁴ In seltenen Fällen ist es möglich, dass auf den Sitz bzw. Wohnsitz des Klägers abgestellt wird.¹¹⁶⁵
- 453 Bestehen aktivseitig mehrere Abtretungsgläubiger mit unterschiedlichen Sitzen bzw. Wohnsitzen und wird in einem seltenen Fall zur Forumsbestimmung auf ihre

¹¹⁶⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 28; DASSER/ROTH, S. 270.

¹¹⁶¹ BGE 136 III 107, E. 2.5; KILLIAS, S. 1076; VON DER CRONE, § 21 Rz. 1940; MEIER, Schiedsklauseln, Rz. 508; ALLEMANN, S. 348 f.; WEIBEL/DALLAFIOR, S. 40. A.A. VOGT/HIRSIGER/HOFER, Rz. 156.

¹¹⁶² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 214.

¹¹⁶³ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 90; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 214.

¹¹⁶⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ZPO.

¹¹⁶⁵ Denkbar ist immerhin, dass der Gemeinschuldner und der Drittschuldner einen Konsumentenvertrag abgeschlossen haben. In diesem Fall könnte ein Abtretungsgläubiger gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO die Klage an seinem Sitz bzw. Wohnsitz hängig machen.

Eigenschaft abgestellt, ergibt sich der Gerichtsstand nicht durch den Wohnsitz bzw. Sitz von einem einzelnen Abtretungsgläubiger. Das liegt daran, dass für die *aktiven* Streitgenossen keine analoge Regelung zu Art. 15 Abs. 1 ZPO besteht.¹¹⁶⁶ Es ist auf einen alternativen Gerichtsstand abzustellen.

2. Vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung

Analog zur vertraglichen Schiedsvereinbarung sind die Abtretungsgläubiger 454 an eine vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung gebunden, die zwischen dem Gemeinschuldner und dem Drittschuldner abgeschlossen wurde.¹¹⁶⁷

3. Statutarische Gerichtsstandsvereinbarung

Gesellschaften können für aktienrechtliche Streitigkeiten statutarische Gerichts- 455 standsklauseln einführen.¹¹⁶⁸ Soweit der sachliche Anwendungsbereich der statutarischen Gerichtsstandsklausel einschlägig ist,¹¹⁶⁹ sind die Abtretungsgläubiger auch hier grundsätzlich daran gebunden.¹¹⁷⁰ Auch für die statutarische Gerichtsstandsvereinbarung besteht indes ein Einredeausschluss bei Anwendung der Raschein-Praxis. Die Einführung einer statutarischen Gerichtsstandsklausel wird

¹¹⁶⁶ DIKE Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 15 N 1; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 15 N 5.

¹¹⁶⁷ BGE 141 III 444, E. 4.2.2 für eine vertragliche Schiedsvereinbarung; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 90; DIKE Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 17 N 24.

¹¹⁶⁸ VON DER CRONE, § 21 Rz. 1941 ff.; BUFF/REICHART, S. 606.

¹¹⁶⁹ Hierzu BUFF/REICHART, S. 606 f.: «Das sind bei der Aktiengesellschaft alle Streitigkeiten aus dem Aktienrecht, insbesondere Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR), Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen (Art. 706 ff. OR), Rückerstattungsklage (Art. 678 OR), Klage auf Liberierung des Aktienkapitals (Art. 680 OR), Klage auf Auskunft und Einsicht (Art. 697 OR), Klage auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 OR), Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers (Art. 697b OR), Auflösungsklage (Art. 736 Ziff. 4 OR) und Organisationsmängelverfahren (Art. 731b OR). Auch für die Klagen des Fusionsgesetzes (Art. 105 FusG, Art. 106 f. FusG und Art. 108 FusG) kann der Gerichtsstand auf diese Weise geregelt werden.»

¹¹⁷⁰ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 40 N 1; BSK ZPO-HAAS/STRUB, Art. 40 N 8 m.w.H.; BUFF/REICHART, S. 614; DASSER/ROTH, S. 271.

analog der Einführung der statutarischen Schiedsklausel¹¹⁷¹ als ein auf der Willensbildung der Gesellschaft basierender Akt angesehen.¹¹⁷²

V. Sachliche Zuständigkeit

- 456 Die Ausführungen zur sachlichen Zuständigkeit beziehen sich auf die handelsgerichtliche und die arbeitsrechtliche Zuständigkeit.

1. Handelsgerichtliche Zuständigkeit

- 457 Die Voraussetzungen für die handelsgerichtliche Zuständigkeit finden sich in Art. 6 Abs. 2 lit. a–c ZPO.¹¹⁷³ Eine Streitigkeit unterliegt der Handelsgerichtsbarkeit, wenn gemäss lit. a die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gemäss lit. b gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offensteht und gemäss lit. c die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind.
- 458 Die Voraussetzungen für die handelsgerichtliche Zuständigkeit stellen einzig beim Handelsregistereintrag nach lit. c auf die persönlichen Eigenschaften der Parteien ab. Das Erfordernis, dass die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Person betroffen ist, dient zur Beurteilung, ob die geführte Streitigkeit «zweckmässigerweise von Spezialrichtern behandelt werden soll».¹¹⁷⁴ Damit steht «der geschäftliche Bezug des Streitgegenstandes»¹¹⁷⁵ im Vordergrund, der losgelöst von den Eigenschaften des Abtretungsgläubigers ist.¹¹⁷⁶ Deshalb stellt sich bei der

¹¹⁷¹ Vgl. hierzu BGE 136 III 107, E. 2.5.

¹¹⁷² Kuko ZPO-HAAS/STRUB, Art. 40 N 8; BUFF/REICHART, S. 614; MAUERHOFER, S. 27; VON DER CRONE, § 21 Rz. 1944.

¹¹⁷³ Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO-2025 gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn «der Streitwert mehr als 30 000 Franken beträgt»; lit. c betrifft eine redaktionelle Änderung; lit. d sieht dagegen neuerechtlich vor, dass das Handelsgericht nicht für Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnis, nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz, nach dem Gleichstellungsgesetz, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht zuständig ist.

¹¹⁷⁴ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, 1. Aufl., § 62 N 25.

¹¹⁷⁵ DAETWYLER/STALDER, S. 172 f.

¹¹⁷⁶ Explizit Kuko ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 5: «Ohne Einfluss auf die Natur der Streitigkeiten ist, ob der Kläger den Anspruch in Prozessstandschaft (nach Art. 260 SchKG) geltend macht oder nicht.»; PC CPC-CHABLOZ, Art. 6 N 7; DAETWYLER/STALDER,

Abtretung nach Art. 260 SchKG einzig die Frage, ob Gerichte bei der Prüfung der Voraussetzungen für die handelsgerichtliche Zuständigkeit auf den Handelsregistereintrag des Gemeinschuldners oder des Abtretungsgläubigers abstellen müssen. Nach richtiger Ansicht ist hierbei auf den *Abtretungsgläubiger* als Prozessstandschafter und nicht auf den Gemeinschuldner als Rechtsträger *abzustellen*.¹¹⁷⁷ Das kann daraus abgeleitet werden, dass im Zivilprozessrecht der formelle Parteibegriff gilt.¹¹⁷⁸ Ein Abstellen auf den Rechtsträger wäre eine Art zivilprozessualer Durchgriff, der nicht ohne Not angewendet werden sollte.¹¹⁷⁹

Weil nach vorliegender Ansicht hinsichtlich des Handelsregistereintrags auf den Abtretungsgläubiger abgestellt wird, muss untersucht werden, ob zur Begründung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit alle Abtretungsgläubiger im Handelsregister eingetragen sein müssen. Zur Erarbeitung einer Antwort kann auf die Handhabung dieses Erfordernisses im Fall der einfachen und der notwendigen Streitgenossenschaft abgestellt werden. Es ist in der Lehre anerkannt, dass alle notwendigen Streitgenossen im Handelsregister zur Begründung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit eingetragen sein müssen.¹¹⁸⁰ Das Gleiche gilt für die einfache Streitgenossenschaft, was *de lege ferenda* in Art. 6 Abs. 6 ZPO-2025 explizit festgehalten sein wird.¹¹⁸¹ Da sowohl bei der einfachen als auch bei der notwendi-

S. 173 f.: «In der Literatur wird denn auch vertreten, dass etwa die Abtretung von Rechtsansprüchen nach SchKG Art. 260 die Herkunft aus geschäftlicher Tätigkeit nicht berühre. In diesem Sinne äusserte sich auch das Bundesgericht [BGE 141 III 527, E. 2.3.3]. Es hielt fest, dass ein Abtretungsgläubiger nach SchKG Art. 260 an der fraglichen Rechtshandlung, welche den Geschäftsbezug vermittele und damit Anknüpfungspunkt von ZPO Art. 6 Abs. 2 lit. a bilde, nicht beteiligt gewesen sei und durch die Abtretung nach SchKG Art. 260 auch nicht beteiligt werde [...]. Also ist nach Auffassung des Bundesgerichts das originale Geschäft massgebend.»

¹¹⁷⁷ OGer ZH VO110162, E. 2.2; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 44 N 58; SCHNEUWLY, Rz. 627; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 218; SENEL, Rz. 234. A.A. BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 90.

¹¹⁷⁸ Rz. 21; SCHNEUWLY, Rz. 628 in fine.

¹¹⁷⁹ Vgl. zu diesen Ausführungen eingehend LÖTSCHER, Rz. 1303: «Oben wurde aufgezeigt, dass ein Abstellen auf den Rechtsträger in diesen Belangen grundsätzlich in der ZPO nicht vorgesehen ist, auch wenn es wünschenswert erscheinen mag. [...] Es ist aber festzuhalten, dass ein Durchgriff als ultima ratio vorzunehmen ist. Anzustreben ist die Übereinstimmung von Parteistellung und Sachlegitimation.»

¹¹⁸⁰ Rz. 43; SCHNEUWLY, Rz. 617 und Rz. 621; ZPO Komm.-VETTER, Art. 6 N 41 f.; DIKE Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 6 N 20; OFK ZPO-GORDON, Art. 6 N 4; BK ZPO I-BERGER, Art. 6 N 13.

¹¹⁸¹ Vgl. Rz. 72 ff.

gen Streitgenossenschaft alle Streitgenossen im Handelsregister eingetragen sein müssen, muss dieses Erfordernis auf die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG ebenfalls Anwendung finden.

- 460 Vom Vorgenannten gibt es indes *zwei Ausnahmen*. Art. 6 Abs. 3 ZPO hält fest, dass, wenn nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist, die übrigen Voraussetzungen aber erfüllt sind, die klagende Partei die Wahl hat, ob sie das Verfahren vor dem Handelsgericht oder dem ordentlichen Gericht führen möchte. In diesem Fall wird nicht auf den Handelsregistereintrag der einzelnen Abtretungsgläubiger abgestellt. Schliesslich hält Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO fest, dass Kantone das Handelsgericht für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften zuständig erklären können.¹¹⁸² Sowohl die geschäftliche Tätigkeit als auch der Handelsregistereintrag spielen in diesem Fall zur Begründung der handelsgerichtlichen Zuständigkeit keine Rolle.¹¹⁸³

2. Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit

- 461 Kantone können im Rahmen der Gerichtsorganisation ein Arbeitsgericht vorsehen.¹¹⁸⁴ Massgebend für die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist die Natur des Anspruchs.¹¹⁸⁵ Aus diesem Grund bleibt das Arbeitsgericht auch dann zuständig, wenn der Anspruch des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner an die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG abgetreten wurde. Insofern profitieren die Abtretungsgläubiger auch von den Kosten- und Entschädigungsfolgen der arbeitsgerichtlichen Verfahren.¹¹⁸⁶

¹¹⁸² § 44 lit. b GOG ZH für den Kanton Zürich. Exemplarisch HGer ZH HG180035, Regeste und E. II.2; HGer ZH HG120180, Regeste und E. I.11.

¹¹⁸³ DAETWYLER/STALDER, S. 174; BK ZPO I-BERGER, Art. 6 N 44.

¹¹⁸⁴ PORTMANN/WILDHABER, Rz. 970.

¹¹⁸⁵ BK ZPO I-BERGER, Art. 4 N 17; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 4 N 4; RUDOLPH, Rz. 455.

¹¹⁸⁶ Vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO für Gerichtskosten in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.—. LGVE 2005 I Nr. 22, E. 6; RUDOLPH, Rz. 455: «Da die Kostenlosigkeit an die Natur der Forderung und nicht an die Prozessbeteiligten gebunden ist, muss sie auch bei einem Forderungsübergang auf Dritte zum Zug kommen.»

VI. Verweis auf weitere Prozessvoraussetzungen

Weitere Prozessvoraussetzungen werden zur Vermeidung von Redundanzen an 462
anderer Stelle in dieser Dissertation besprochen. Gemäss den Ausführungen in
Teil 2 muss die Partei- und Prozessfähigkeit bei den Abtretungsgläubigern als
Prozessstandschaftern vorliegen.¹¹⁸⁷ Die Prozessführungsbefugnis als Prozessvo-
oraussetzung wurde eingehend in Teil 4 besprochen.¹¹⁸⁸ Das Gleiche gilt für die
fehlende anderweitige Rechtshängigkeit und für die fehlende materielle Rechts-
kraft.¹¹⁸⁹ Ausführungen zum Kostenvorschuss und zur Sicherheit für die Parteient-
schädigung werden aufgrund ihrer Nähe zu den Gerichtskosten in diesem Zusammen-
hang getroffen.¹¹⁹⁰

E. Alternativen zum Verfahren vor dem Sachgericht

Abtretungsgläubiger müssen nicht zwangsläufig ein Verfahren vor dem Sachge- 463
richt anstrengen. Da ihnen aufgrund der Prozessführungsbefugnis die gleichen
verfahrensrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten wie dem Rechtsträger zuste-
hen, können sie auch vorsorglichen Rechtsschutz begehren¹¹⁹¹ oder ein provisori-
sches bzw. ein definitives Rechtsöffnungsverfahren führen.¹¹⁹² Aufgrund der Ein-
schränkung des Untersuchungsgegenstands auf Geldforderungen¹¹⁹³ beschränken
sich die Ausführungen zum vorsorglichen Rechtsschutz auf das Arrestverfahren.

I. Arrestverfahren

Nach der Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht wurde in dieser Disser- 464
tation die Empfehlung ausgesprochen, dass die Einleitung des erstinstanzlichen

¹¹⁸⁷ Rz. 25.

¹¹⁸⁸ Rz. 225 ff.

¹¹⁸⁹ Rz. 253 ff.

¹¹⁹⁰ Rz. 513 ff. für den Gerichtskostenvorschuss und Rz. 518 ff. für die Sicherheit für die Parteientschädigung.

¹¹⁹¹ Hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen: HGer ZH HE170139, E. 2.1; AB GE DCSO/85/2013, E. 2.2.

¹¹⁹² Rz. 177.

¹¹⁹³ Rz. 4.

Verfahrens durch alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger gemeinsam erfolgen sollte.¹¹⁹⁴ Beim Arrestgesuch stellt dies ein besonderes Problem dar. Da der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung dient,¹¹⁹⁵ kann die Involvierung eines Abtretungsgläubigers, der dem Drittschuldner nahesteht, dazu führen, dass der für die erfolgreiche Arrestlegung notwendige Überraschungseffekt¹¹⁹⁶ verloren geht und der Arrest ins Leere läuft.¹¹⁹⁷ Es wird im Folgenden untersucht, ob alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Arrestgesuch involviert sein müssen.

- 465 In der Rechtsprechung findet sich ein kantonaler Entscheid, in dem die Beschwerdeinstanz ein Arrestgesuch guthiess, das aufgrund des im vorgehenden Absatz beschriebenen Problems lediglich von drei der insgesamt vier prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger gestellt wurde. Die Beschwerdeinstanz führte aus, dass nur dann alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger in einem Prozess involviert sein müssten, wenn ein Sachentscheid über den gegen den Drittschuldner geführten Anspruch ergehe.¹¹⁹⁸
- 466 Diese Auffassung ist abzulehnen. Das Arrestverfahren muss prosequiert werden.¹¹⁹⁹ Spätestens vor dem Sachgericht, das über den Anspruch gegenüber dem Drittschuldner materiell befindet, müssen gemäss der im vorgehenden Absatz aufgeführten Argumentation alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sein. Der dem Drittschuldner und damit dem Arrestschuldner nahestehende Abtretungsgläubiger kann – wie aufgezeigt¹²⁰⁰ – nicht in das Verfahren gezwungen werden. Er wird passiv verbleiben. Das Sachgericht, das die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung und damit die Involvierung

¹¹⁹⁴ Rz. 279 ff.

¹¹⁹⁵ SK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 271 N 1; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 56 Rz. 1.

¹¹⁹⁶ BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 271 N 1; SK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 271 N 2; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 56 Rz. 1.

¹¹⁹⁷ SCHLAEPFER, S. 184; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 44. Illustrativ PKG 2006 Nr. 16, Sachverhalt, wonach der nicht im Verfahren involvierte Abtretungsgläubiger der Sohn des Gesuchgegners war; ebenfalls HGer ZH HG120129, E. 2.1 und E. 2.2, wonach eine superprovisorische Grundbuchsperrung zur Durchsetzung der paulianischen Anfechtungsklage verlangt wurde. Die nicht im Verfahren involvierte Abtretungsgläubigerin war die Ehefrau des Verkäufers, der die Liegenschaft an die Beklagte verkaufte. Zwischen dem Verkäufer und dem Beklagten bestanden freundschaftliche Beziehungen.

¹¹⁹⁸ PKG 2006 Nr. 16, E. 4a.

¹¹⁹⁹ Art. 279 SchKG.

¹²⁰⁰ Rz. 268.

aller prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger in den Prozess prüft, wird nach der Nachfristansetzung einen Nichteintretensentscheid fällen, weshalb der Arrest dahinfällt.¹²⁰¹ Eine solche Konsequenz ist abzulehnen.

Nach vorliegender Auffassung muss das Arrestgesuch – analog zu den prozess- 467
einleitenden Rechtsschriften in den übrigen Verfahren¹²⁰² – von allen prozessfüh-
rungsbefugten Abtretungsgläubigern gemeinsam eingeleitet werden.¹²⁰³ Das Pro-
blem, dass ein dem *Drittschuldner nahestehender Abtretungsgläubiger* informiert
wird, kann über die Rechtsprechung zur Dringlichkeit bei der notwendigen Streit-
genossenschaft gelöst werden. Das Bundesgericht erlaubt notwendigen Streitge-
nossen, dass im Fall von *Dringlichkeit*, d.h. bei einem drohenden Anspruchsver-
lust, ein säumiger Streitgenosse von den übrigen Streitgenossen *vertreten* werden
kann.¹²⁰⁴ Das Bundesgericht lässt die Vertretung auch in Fällen zu, in welchen die
Streitgenossen einen Anspruch gegenüber einem Dritten geltend machen.¹²⁰⁵ Da
die dringliche Prozesshandlung nicht vom vertretenen Streitgenossen genehmigt
werden muss, ist er daran gebunden.¹²⁰⁶

Diese Rechtsprechung ist nach vorliegender Ansicht deshalb auf Abtretungsgläu- 468
biger anwendbar, die das Gesuch aufgrund eines dem Drittschuldner nahestehen-
den Abtretungsgläubigers nicht gemeinsam stellen können, weil die Arrestlegung
als «überfallartige Massnahme»¹²⁰⁷ wie die Rechtsprechung zur Dringlichkeit
das Ziel hat, einen Anspruchsverlust zu vermeiden.¹²⁰⁸ Zudem liegt auch beim
Arrestgesuch die für die Rechtsprechung notwendige Dringlichkeit vor.¹²⁰⁹ Der

¹²⁰¹ Art. 280 Ziff. 3 SchKG. Vgl. Art. 63 ZPO für die hier nicht einschlägigen Fälle eines Nichteintretensentscheids aufgrund der örtlichen Unzuständigkeit oder der falschen Verfahrensart.

¹²⁰² Vgl. Rz. 304 ff. für die Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens und Rz. 469 ff. für das betreibungs- und das anschliessende Rechtsöffnungsverfahren.

¹²⁰³ Die Prozessvoraussetzungen muss das Gericht auch bei der Arrestbewilligung von Amtes wegen prüfen (BGer 5A_624/2019, E. 3.2.1; BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 2; PEYER, S. 57 f.; MEIER-DIETERLE, S. 38).

¹²⁰⁴ Rz. 53.

¹²⁰⁵ Rz. 54.

¹²⁰⁶ Rz. 53.

¹²⁰⁷ KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1575.

¹²⁰⁸ Rz. 53.

¹²⁰⁹ Die Dringlichkeit ist beim Arrest darin begründet, dass eine Gefährdung der späteren Vollstreckung besteht. Das wird bei Betrachtung der Arrestgründe nach Art. 271 SchKG offensichtlich. MILANI, Arrestbefehl, S. 592: «Vorausgesetzt ist neben dem

Abtretungsgläubiger, der aufgrund seiner Nähe zum Drittschuldner nicht in die Gesuchstellung involviert werden kann, muss im Sinne der Rechtsprechung als säumig gelten. Da das Gesuch stellvertretend wirkt und es der säumige Abtretungsgläubiger nicht genehmigen muss, sind alle Abtretungsgläubiger von Anfang an im Arrestverfahren als Parteien involviert. Die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung ist erfüllt.

II. Rechtsöffnungsverfahren

- 469 In diesem Kapitel wird auf die Frage eingegangen, ob die Abtretungsgläubiger gemeinsam eine Betreuung anheben können, die dem provisorischen und dem definitiven Rechtsöffnungsverfahren vorgeht. Darüber hinaus wird für das provisorische und für das definitive Rechtsöffnungsverfahren auf die Identitätsprüfung im Zusammenhang mit den Abtretungsgläubigern eingegangen.

1. Aktive Betreuungsgenossenschaft

- 470 Für das *provisorische Rechtsöffnungsverfahren* hat das Bundesgericht die Frage geklärt, ob alle prozessführungsbefugten Streitgenossen am Prozess teilnehmen müssen. Alle prozessführenden Streitgenossen müssen involviert sein, ansonsten ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat.¹²¹⁰ Diese Auffassung wird auch in der Lehre vertreten.¹²¹¹ In dieser Dissertation wird entsprechend empfohlen, dass die Abtretungsgläubiger gemeinsam einen Prozess einleiten.¹²¹²
- 471 Das Erfordernis des einheitlichen Urteils im Fall des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens darf nicht isoliert betrachtet werden, denn dem provisorischen Rechtsöffnungsverfahren geht die Betreuung voraus. Zur Einleitung des provi-

Vorliegen einer Arrestforderung [...] und dem Vorhandensein von Arrestgegenständen [...] regelmässig eine *mögliche Gefährdung der späteren Vollstreckung*, welche in den in Art. 271 Abs. 1 SchKG genannten Arrestgründen reflektiert wird; keine eigentliche Gefährdungslage oder *zeitliche Dringlichkeit* verlangt aber der sog. <Titel-Arrest> [...]. Dasselbe gilt für den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG, sprich das Vorliegen eines provisorischen oder definitiven Verlustscheins» (Kursivsetzung hinzugefügt). Die von MILANI von der zeitlichen Dringlichkeit ausgenommenen Arrestgründe sind für die Abtretungsgläubiger nicht einschlägig.

¹²¹⁰ BGE 144 III 552, E. 4.2; AB GE ACJC/220/2018, E. 2.2.

¹²¹¹ BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 84 N 29; STÜCHELI, S. 71 und S. 178.

¹²¹² Rz. 279 f.

sorischen Rechtsöffnungsverfahrens ist nur legitimiert, wer vorgängig betrieben hat.¹²¹³ Da die Abtretungsgläubiger das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung gemeinsam stellen sollten, ist es nur sinnvoll, dass sie vorgängig auch gemeinsam betreiben. Es ist zu prüfen, ob dies möglich ist. Als abzugrenzende Ausnahme hiervon gelten *Einzelbetreibungen*, deren Zweck sich auf die *Verjährungsunterbrechung* erstreckt, die aber nicht als Grundlage für die provisorische Rechtsöffnung dienen sollen.¹²¹⁴

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aktive Betreibungsgenossenschaften zulässig, sofern es sich bei den Betreibenden um Solidargläubiger handelt oder sie aus einer Gesamtforderung handeln – wie beispielsweise Mitglieder einer Erbengemeinschaft.¹²¹⁵ Stehen hingegen den Betreibungsgläubigern mehrere Einzelforderungen zu, ist die gemeinsame Betreibung unzulässig.¹²¹⁷ Bei den Abtretungsgläubigern handelt es sich um Prozessstandschafter, die den gleichen Anspruch mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis geltend machen.¹²¹⁸ Ihnen kommt der Anspruch nicht zur gesamten Hand zu, auch sind sie keine Solidargläubiger.¹²¹⁹ Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die Abtretungsgläubiger von einer aktiven Betreibungsgenossenschaft ausgeschlossen sind.

Würde man zu diesem Schluss kommen, hätte ein Abtretungsgläubiger die Betreibung zu erheben und ein provisorisches Rechtsöffnungsverfahren einzuleiten. Da im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger involviert sein müssen, müssten die nicht in das Rechtsöffnungsverfahren involvierten Abtretungsgläubiger die Koordinationsmöglichkeiten wahrnehmen, die beim Umgang mit einer Einzelklage dargelegt wurden.¹²²⁰ So könnten sie als streitgenössische Nebenintervenienten dem Rechtsöffnungsverfahren beitreten, auf ihre Prozessführungsbefugnis verzichten oder ihre Kon-

¹²¹³ STÜCHELI, S. 67.

¹²¹⁴ Rz. 421 ff.

¹²¹⁵ KGer BL 420 17 302, E. 2.1; BK ZGB-WOLF, Art. 602 N 110.

¹²¹⁶ BGE 143 III 221, E. 3; BGE 71 III 164, S. 164 ff.; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 67 N 19; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 69 und Art. 84 N 7a; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 499.

¹²¹⁷ BGE 143 III 221, E. 4; BGE 71 III 164, S. 164 ff.; BSK SchKG I-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 67 N 19.

¹²¹⁸ Rz. 399.

¹²¹⁹ Vgl. hierzu Rz. 402 f.

¹²²⁰ Rz. 234 ff.

kursforderung auf den das Rechtsöffnungsverfahren führenden Abtretungsgläubiger zedieren.¹²²¹ Alternativ könnten die Abtretungsgläubiger auch verschiedene Betreibungen anheben und die daraus resultierenden provisorischen Rechtsöffnungsverfahren nach den Grundsätzen der Koordination von Parallelklagen überweisen oder zusammenführen lassen.¹²²² Diese Vorgehensweisen sind denkbar, aber in ihrer Umsetzung aufwändig und deshalb mühselig.

- 474 Es muss vor diesem Hintergrund gefordert werden, dass mehrere Abtretungsgläubiger eine *aktive Betreibungsgenossenschaft* bilden können. So können sie von Anfang an im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren auftreten und es muss keine Koordination nach den im vorgehenden Absatz erwähnten Möglichkeiten stattfinden.¹²²³ Dass ein einzelner Abtretungsgläubiger auch eine Einzelbetreibung anheben kann, steht dieser Forderung nicht entgegen, sondern ist Ausdruck der Besonderheit der Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis. Eine Lehrmeinung spricht sich für die aktive Betreibungsgenossenschaft der Abtretungsgläubiger aus, unterstellt den Abtretungsgläubigern aber die Qualifikation als notwendige Streitgenossen.¹²²⁴ Dass die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG keine notwendige ist, wurde dargelegt.¹²²⁵
- 475 Analog zu den Ausführungen zur provisorischen Rechtsöffnung stellt sich die Frage, ob auch das *definitive Rechtsöffnungsverfahren* von allen prozessführungsbefugten Abtretungsgläubigern gemeinsam geführt werden muss. Hierzu finden sich kein bundesgerichtliches Präjudiz oder Lehrmeinungen.¹²²⁶ Die Frage ist gleichwohl zu bejahen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren ein einheitliches Urteil zu ergehen hat und dieses Erfordernis nicht auch für das definitive Rechtsöffnungsverfahren zu gelten hätte. Die Abtretungsgläubiger müssen aus den gleichen Gründen, wie beim provisorischen

¹²²¹ Rz. 234 ff.

¹²²² Rz. 259 ff.

¹²²³ STÜCHELI, S. 71.

¹²²⁴ STÜCHELI, S. 71, der aber die Abtretungsgläubiger als notwendige Streitgenossen qualifiziert.

¹²²⁵ Rz. 400 ff.

¹²²⁶ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 377 ff., setzt sich mit der Vollstreckungsstandschaft von *einem* Prozessstandschafter auseinander. Ob mehrere Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis gemeinsam vollstrecken müssen, wird nicht diskutiert.

Rechtsöffnungsverfahren dargelegt, als aktive Betreibungsgenossen auftreten können.

2. Die Identitätsprüfung

Im *provisorischen Rechtsöffnungsverfahren* prüft das Gericht von Amtes wegen, 476 ob unter anderem der Betreibende im Zahlungsbefehl identisch mit dem Gläubiger in der Schuldanerkennung ist.¹²²⁷ Üblicherweise dürfte der auf der Schuldanerkennung ausgewiesene Gläubiger dem Gemeinschuldner entsprechen. Führen die Abtretungsgläubiger ein provisorisches Rechtsöffnungsverfahren und haben sie vorgängig eine Betreibung eingeleitet, kann die Identitätsprüfung die Vollstreckung des Anspruchs des Gemeinschuldners durch die Abtretungsgläubiger nicht vereiteln.¹²²⁸ Dies ergibt sich daraus, dass den Abtretungsgläubigern die sogenannte *Vollstreckungsstandschaft* zukommt. Sie ist Teilgehalt der Prozessstandschaft und erlaubt den Prozessstandschaftern, für den Rechtsträger einen Anspruch zu vollstrecken.¹²²⁹ Damit für ein Gericht offensichtlich ist, dass die Prozessstandschafter nicht aus eigenem Recht handeln, müssen die Abtretungsgläubiger ihre Prozessstandschaft in der Parteibezeichnung offenlegen und das Formular 7K eingeben.¹²³⁰ Hinsichtlich der *Parteibezeichnung* bestehen in der Lehre folgende Formulierungsvorschläge: «Peter Muster, ..., als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG der XY AG in Konkurs»¹²³¹ oder «Peter Muster, als Prozessstandschafter für [Name und Adresse von Rechtsträger]»¹²³².

¹²²⁷ BGE 139 III 444, E. 4.1.1.; CR LP-SCHMIDT, Art. 82 N 34; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 40, N 50 und N 67.

¹²²⁸ Den Prozessstandschaftern kommt die sogenannte «Vollstreckungsstandschaft» zu (LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 377).

¹²²⁹ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 377. In der Lehre finden sich auch Alternativbegründungen. Rechtsnachfolger eines Rechtsträgers sind zur Vollstreckung befugt. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass der ursprüngliche Rechtsträger auf dem provisorischen Rechtsöffnungstitel als Gläubiger genannt ist. Die Rechtsnachfolger müssen im Vollstreckungsverfahren den Rechtsübergang beweisen (BGer 5A_408/2019, E. 2.3.1.; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 82 N 73). Diesen Gedanken analog auf die Abtretungsgläubiger erstreckend: BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 80 N 36.

¹²³⁰ STÜCHELI, S. 179.

¹²³¹ DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 221 N 3; SCHMID, S. 132; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 89.

¹²³² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 128.

- 477 Für das *definitive Rechtsöffnungsverfahren* muss das Gericht unter anderem «die Identität zwischen dem Betreibenden und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Gläubiger» prüfen.¹²³³ Als definitiver Rechtsöffnungstitel kommt der von den Abtretungsgläubigern als Parteien erstrittene Sachentscheid in Frage. Die Abtretungsgläubiger können vor dem Sachgericht entweder die Leistung an sich oder an die Konkursmasse begehren.¹²³⁴ Für die Identitätsprüfung spielt die Leistungsberechtigung keine Rolle; in beiden Fällen können die Abtretungsgläubiger das rechtskräftige Urteil vollstrecken.¹²³⁵ Ihre Berechtigung ergibt sich aus der Tatsache, dass sie im Prozess, der in einem rechtskräftigen Sachentscheid mündete, als Parteien aufgetreten sind.¹²³⁶ Auch hier empfiehlt sich die Beilage des Formulars 7K im definitiven Rechtsöffnungsverfahren.¹²³⁷

¹²³³ BGE 141 I 97, E. 5.2; BGE 139 III 444, E. 4.1.1.

¹²³⁴ Rz. 326.

¹²³⁵ Von der Vollstreckungsbefugnis losgelöst ist die Feststellung, dass im Vollstreckungsverfahren die Leistung an den Leistungsempfänger gemäss Urteil begehrt werden muss (hierzu LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 382; LÖTSCHER, Prozessführung, S. 639 f.).

¹²³⁶ BGE 93 III 45, E. 1, wonach die «Stellung im Verfahren mit genügender Deutlichkeit» erkennbar sein muss; SHK LP-ABETT, Art. 80 N 80 und N 81; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 382: «Ist der Prozessstandschafter nicht zum Leistungsempfang berechtigt, so geht er zwar nicht als Berechtigter aus dem Urteil hervor. Er war aber Partei des Erkenntnisverfahrens und kann deshalb Vollstreckungshandlungen vornehmen.»; BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 80 N 36: «Definitive Rechtsöffnung kann zugunsten eines gesetzlichen oder vertraglichen Vertreters des Gläubigers bewilligt werden, wenn das Urteil die Vollmacht dieses Vertreters, die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen, als *res iudicata* feststellt [...]. Analog zur Singular- und Universalsukzession [...] sollte indes auch dann definitive Rechtsöffnung erteilt werden können, wenn die Vertretungsmacht andersweitig [sic] liquide bewiesen wird. Dieselben Grundsätze gelten für den Prozessstandschafter [...]»

¹²³⁷ STÜCHELI, S. 179.

F. Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung

Das vorliegende Kapitel dient dazu, prozessuale Fragen im Zusammenhang mit dem Prozessbeitritt eines «Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung»¹²³⁸ zu behandeln. 478

I. Zulässigkeit des Erlasses einer nachträglichen Abtretungsverfügung

Die herrschende Lehre¹²³⁹ und die neuere und mehrfach bestätigte bundesgerichtliche Rechtsprechung¹²⁴⁰ anerkennen, dass der Erlass einer nachträglichen Abtretungsverfügung an einen Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe im Sinne von Art. 251 SchKG zulässig ist. Das Bundesgericht führt aus, dass der Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe keine Begünstigung durch den Erlass einer nachträglichen Abtretungsverfügung erfahre.¹²⁴¹ Zudem dürften einem Konkursgläubiger aus der verspäteten Konkurseingabe keine anderen Nachteile auferlegt werden als diejenigen, die Art. 251 SchKG vorsehe.¹²⁴² 479

Entscheidend für die Frage der Zulässigkeit einer nachträglichen Abtretung ist, ob die erstmalig angesetzte Frist zum Verlangen einer Abtretung¹²⁴³ auch für den Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe gilt. Dies ist zu verneinen. Das Recht, die Abtretung zu verlangen, hängt *ex lege* mit der Kollokation der 480

¹²³⁸ Vgl. Rz. 16 für die Definition der Begriffe «Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe» und «Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung».

¹²³⁹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 100; MABILLARD, Abtretung, S. 158 ff. A.A. MILANI, Koordination, S. 158, unter der Prämisse, dass die streitgenössische Nebenintervention der ZPO unbekannt sei. Nach ihrer Anerkennung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. Rz. 239) ist ihr Anwendungsbereich auch in den der ZPO unterliegenden Verfahren eröffnet.

¹²⁴⁰ Die neuere Rechtsprechung: BGer 5A_879/2017, E. 3.3; BGer 7B.206/2005, E. 3; BGer 7B.94/2003, E. 5.4. Die überholte Rechtsprechung: BGE 55 III 63, E. 2.

¹²⁴¹ BGer 7B.94/2003, E. 5.4.

¹²⁴² BGer 5A_879/2017, E. 3.3.

¹²⁴³ Vgl. Rz. 166.

Konkursforderung eines Konkursgläubigers zusammen.¹²⁴⁴ Der Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe ist im Zeitpunkt, in dem das erste Mal eine Abtretung angeboten wird, noch gar nicht kolloziert. Entsprechend kann diese Frist für den Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe auch nicht gelten.¹²⁴⁵ Dem Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe ist eine zweite, eigenständige Frist anzusetzen, mit deren Wahrnehmung er zum Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung wird.

II. Einzelfragen

- 481 Das Bundesgericht lässt die Abtretung an einen Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurseingabe explizit auch in dem Fall zu, in dem bereits ein Prozess durch die bestehenden Abtretungsgläubiger hängig gemacht wurde.¹²⁴⁶ Es stellen sich im Verhältnis des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung und den bestehenden Abtretungsgläubigern bzw. Streitgenossen, die bereits einen Prozess führen, verschiedene Fragen.

1. Zwangskoordination durch die Konkursverwaltung

- 482 Wird im Zeitpunkt des Erlasses einer nachträglichen Abtretungsverfügung bereits ein Prozess durch die bestehenden Abtretungsgläubiger geführt, hat die nachträgliche Abtretungsverfügung die Wirkung, dass die *Prozessführungsbefugnis* als Prozessvoraussetzung *nicht mehr erfüllt* ist. Es stellt sich die gleiche Situation

¹²⁴⁴ Vgl. Rz. 157. Bei der verspäteten Konkurseingabe i.S.v. Art. 251 SchKG besteht die Besonderheit, dass eine vollständig abgewiesene Konkursforderung nicht im Kollokationsplan aufgenommen werden muss (BGE 37 II 330, E. 2; BSK SchKG II-HIERHOLZER/SOGO, Art. 251 N 20; KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Art. 69 N 12). In diesem Fall liesse sich argumentieren, dass mangels Kollokation auch keine Abtretung möglich sei. Die Bestimmung ist auf eine ökonomische und möglichst verzögerungsfreie Durchführung des Konkursverfahrens zurückzuführen (KOV Komm.-MILANI/WOHLGEMUTH, Art. 69 N 2). Auch bei einer vollständig abgewiesenen Konkursforderung muss trotz der fehlenden Kollokation nach vorliegender Ansicht die Abtretung angeboten werden. Eine andere Ansicht wäre mit dem Gleichbehandlungsgebot der Konkursgläubiger nicht vereinbar.

¹²⁴⁵ BGer 7B.94/2003, E. 5.3.

¹²⁴⁶ BGer 7B.94/2003, E. 5.4: «A vrai dire, un tel créancier [Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung] n'est en rien privilégié puisqu'il doit soit ouvrir action soit intervenir dans un procès en cours, avec toutes les incidences financières et judiciaires qu'une telle démarche comporte.»

ein, wie wenn eine Einzelklage von allen bestehenden Abtretungsgläubigern unter Ausschluss des Abtretungsgläubigers, dem eine nachträgliche Abtretungsverfügung eingeräumt wurde, eingeleitet worden wäre. Im Rahmen der Ausführungen zur Einzelklage wurde die zwangsweise Koordinationsbefugnis der Konkursverwaltung abgelehnt, weil der Schutz einer Einzelklage diverse Nachteile nach sich zieht. So kann der Schutz der Einzelklage die vorprozessuale Aufbereitung des tatsächlichen Klagefundaments verhindern oder erschweren, es droht ein Forum Running und es leidet unter Umständen das rechtliche Gehör der nicht in der Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger.¹²⁴⁷

Im Fall des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung sind *diese Gründe nicht mehr einschlägig*. Der Prozess ist hängig, was Schwierigkeiten bei der vorprozessualen Tatsachenerstellung und das Forum Running ausschliesst. Zudem muss sich der Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung im Fall eines Prozessbeitritts das Verfahrensstadium gefallen lassen, das im Beitrittszeitpunkt besteht. Der Beitritt erfolgt nämlich mittels *streitgenössischer Nebenintervention*.¹²⁴⁸ Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, der Konkursverwaltung hinsichtlich des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung die Befugnis zur *Zwangskoordination* zuzusprechen. Sie ist entsprechend befugt, dem Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung eine Frist anzusetzen, innert welcher er auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis verzichten muss oder dem Prozess als streitgenössischer Nebenintervenient beizutreten hat. Ansonsten kann die Konkursverwaltung die Abtretung widerrufen. Diese Möglichkeit verhindert auch, dass der Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung eine Parallelklage hängig macht. Eine solche wäre nicht sachgerecht, weil bei der Vereinigung von Verfahren der Verfahrensstand angeglichen werden müsste.¹²⁴⁹ Das bestehende Verfahren würde so einer ungebührlichen Prozessverzögerung ausgesetzt.¹²⁵⁰

¹²⁴⁷ Rz. 268.

¹²⁴⁸ Rz. 239 ff. Für den Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung müssen die gleichen Regeln hinsichtlich des Prozessbeitritts gelten wie für die übrigen Abtretungsgläubiger im Fall einer Einzelklage.

¹²⁴⁹ Rz. 268.

¹²⁵⁰ BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 125 N 16. Kuko ZPO-WEBER, Art. 125 N 5, erlaubt die Vereinigung nur, wenn sich die Verfahren im gleichen Prozessstadium befinden.

2. Auswirkung auf die sachliche Zuständigkeit

484 Im Rahmen der Ausführungen zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts wurde festgehalten, dass zur Begründung der Handelsgerichtsbarkeit alle Abtretungsgläubiger im Handelsregister eingetragen sein müssen, sofern die Zuständigkeit auf Art. 6 Abs. 2 ZPO basiert.¹²⁵¹ Es stellt sich die Frage, ob der Prozessbeitritt des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, dazu führen kann, dass die sachliche Zuständigkeit verloren geht. Die Antwort auf diese Frage findet sich durch Betrachtung der Wirkungen des *Parteiwechsels* im Fall der notwendigen Streitgenossenschaft. Die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO müssen *nur im Zeitpunkt der Klageeinleitung* erfüllt sein; das Dahinfallen der Voraussetzung des Handelsregistereintrags während des Prozesses führt entsprechend nicht zur Unzuständigkeit des Handelsgerichts.¹²⁵² Vor diesem Hintergrund muss die handelsgerichtliche Zuständigkeit auch im Fall des Prozessbeitritts eines Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, erhalten bleiben.

3. Forderungsbegehren

485 Der Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung tritt dem bestehenden Prozess bei, um an der Erlösverteilung nach Art. 260 Abs. 2 SchKG zu partizipieren. Mit der Prozesseinleitung haben die bestehenden Streitgenossen ein Forderungsbegehren geltend gemacht. Die Höhe des Forderungsbegehrens setzt sich aus den einzelnen Forderungen zusammen, welche die Abtretungsgläubiger bei der Formulierung der Rechtsbegehren eingeben.¹²⁵³ Aus *rationaler Perspektive* machen die Abtretungsgläubiger die Summe ihrer kollozierten Forderungen als Rechtsbegehren geltend.¹²⁵⁴ Aufgrund des Beitritts des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung verwässert sich die Forderungssumme, weil der beitretende Abtretungsgläubiger an der Erlösverteilung partizipiert. Bringt der Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung zur Vermeidung einer Verwässerung seine kollozierte Forderung als Rechtsbegehren ein, so führt dies zu einer *Klageänderung*, sofern die Vorausset-

¹²⁵¹ Rz. 457 ff.

¹²⁵² SENEL, Rz. 234; SCHNEUWLY, Rz. 642; BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 14; BK ZPO I-BERGER, Art. 6 N 17; LEUCH et al., Art. 5 N 2a.cc; VETTER/BRUNNER, S. 258.

¹²⁵³ Rz. 328 ff.

¹²⁵⁴ Rz. 200 und Fn. 869.

zungen von Art. 227 ZPO vor dem Aktenschluss oder von Art. 230 ZPO nach dem Aktenschluss erfüllt sind. Findet der Prozessbeitritt vor dem Aktenschluss statt, ist der für die Klageänderung sachliche Zusammenhang i.S.v. Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO gegeben, denn die Klageerhöhung gründet auf dem gleichen Rechtsgrund.¹²⁵⁵ Die Klageerhöhung scheitert indes an der Streitwertgrenze, sofern der geänderte Anspruch nach einer anderen Verfahrensart zu beurteilen ist.¹²⁵⁶ Eine Klageerhöhung ist gemäss Art. 230 ZPO auch nach dem Aktenschluss¹²⁵⁷ denkbar. Hierbei besteht als zusätzliches Erfordernis zu Art. 227 Abs. 1 ZPO, dass die Klageerhöhung auf *neuen Tatsachen* oder Beweisen beruht.¹²⁵⁸ Nach vorliegender Ansicht stellt der Prozessbeitritt eine solche neue Tatsache dar.

G. Zession der Konkursforderung

Die Konkursforderung eines Abtretungsgläubigers kann durch Zession, Subro- 486 gation oder auch andere Formen der Rechtsnachfolge¹²⁵⁹ übergehen.¹²⁶⁰ Dadurch ändert sich die Zusammensetzung der Abtretungsgläubiger und damit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG. Zediert ein Abtretungsgläubiger seine Konkursforderung, geht die Prozessführungsbefugnis als Nebenrecht im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR auf den Zessionar über, sofern

¹²⁵⁵ BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 31: «Die prozessualen Ansprüche sind ohne weiteres konnex, wenn sie dem gleichen Rechtsverhältnis im Sinne des Lebensvorganges entspringen oder das gleiche Streitobjekt betreffen.»

¹²⁵⁶ BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N 58. Beträgt der ursprüngliche Streitwert CHF 30'000.– und wird die Klage im vereinfachten Verfahren beurteilt, dann ist eine Klageerhöhung ausgeschlossen, weil neu das ordentliche Verfahren einschlägig wäre (vgl. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 227 N 9 m.w.H.).

¹²⁵⁷ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass für die Anwendung von Art. 230 ZPO entgegen dem Wortlaut der Norm der Eintritt des Aktenschlusses und nicht der Hauptverhandlung entscheidend ist (OGer ZH LA160032, E. III.C.1; Kuko ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 230 N 1; DIKE Komm. ZPO-PAHUD, Art. 230 N 2; ZPO Komm.-LEUENBERGER, Art. 230 N 1. A.A. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 230 N 4).

¹²⁵⁸ Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO.

¹²⁵⁹ Für die Universalsukzession nach Art. 560 Abs. 1 ZGB: BGE 61 III 1, E. 1; BGE 56 III 69, S. 70; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 32.

¹²⁶⁰ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 30.

Schweizer Recht auf die Zession anwendbar ist.¹²⁶¹ Im Folgenden werden prozessuale Fragen besprochen, die sich aufgrund der Zession der Konkursforderung stellen. Dabei wird zwischen der Zession der gesamten und nur eines Teils der Konkursforderung unterschieden.

I. Zession der gesamten Konkursforderung

1. Zession noch vor hängigem Prozess

- 487 Wurde noch kein Prozess hängig gemacht und ist der Zedent Abtretungsgläubiger, stellen sich im Fall der Zession der Konkursforderung auf den Zessionar keine besonderen Fragen. Der Zessionar hat sich für die Klageeinleitung mit den anderen Abtretungsgläubigern so zu koordinieren, wie es der Zedent hätte tun müssen.¹²⁶²

2. Zession während des hängigen Prozesses

- 488 Ist hingegen im Zeitpunkt der Zession bereits ein Prozess hängig, in dem der Zedent als uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG auftritt, stellt sich die Frage, welche verfahrensrechtliche Wirkung die Zession nach sich zieht.
- 489 Für die Parteistellung im Verfahren bedeutet die Zession der gesamten Konkursforderung, dass der Zedent aus dem Verfahren ausscheidet, da mit der Zession die Grundlage für sein Prozessführungsrecht entfällt. Der Zessionar, der nicht zugleich Streitgenosse ist, kann in den Prozess eintreten, muss dies aber nicht.¹²⁶³ Ist der Zessionar zugleich auch Streitgenosse, ändert sich an seiner Parteistellung

¹²⁶¹ BGE 132 III 342, E. 2.2.2; BGer 4C.263/2004, E. 1.1; BGE 57 III 98, S. 101; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 30; AMONN/WALTHER, § 47 N 57; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 463; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 42; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 Rz. 32.

¹²⁶² OGER ZH LB150009, E. 1.3, in dem die Konkursforderung vor der Anhebung des Prozesses an andere Abtretungsgläubiger zediert wurde; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 463.

¹²⁶³ DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 83 N 14; ZPO Komm.-SCHWANDER, Art. 83 N 23 ff.; FHB ZPO-MOSER, Rz. 13.70. Für den Zessionar müssen die gleichen Regeln wie für den Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung gelten (vgl. Rz. 482 f.). Möchte der Zessionar dem vor der Zession bestehenden Prozess nicht beitreten und verzichtet er nicht freiwillig auf seine spezifische oder generelle Prozessführ-

nichts. Ihm kommt indes im Rahmen der Erlösverteilung ein grösserer Anteil zu, da sich seine Wertquote vergrössert.¹²⁶⁴

Auf der Rechtsfolgeseite passen die Regeln zum Parteiwechsel hinsichtlich des Eintritts in und das Ausscheiden aus dem Verfahren.¹²⁶⁵ Ob die Zession der Konkursforderung jedoch unter Art. 83 Abs. 1 ZPO oder Art. 83 Abs. 4 ZPO subsumiert werden sollte, ist nicht offensichtlich, denn auf der Tatbestandsseite sind die beiden Absätze zumindest prima vista nicht einschlägig. Die Anwendung von Art. 83 Abs. 1 ZPO setzte eine Veräusserung des Streitobjekts voraus. Eine solche liegt gerade nicht vor, denn das Streitobjekt ist der Anspruch des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner und nicht die Konkursforderung eines Abtretungsgläubigers, die Gegenstand der Zession ist. Art. 83 Abs. 4 ZPO erfordert für den Parteiwechsel das Bestehen «besonderer gesetzlicher Bestimmungen über die Rechtsnachfolge».¹²⁶⁶ Vergegenwärtigt man sich, welche Bestimmungen die Lehre unter die Rechtsnachfolge subsumiert,¹²⁶⁷ ist die Zession einer Konkursforderung eigentlich gerade nicht davon umfasst.

Nach vorliegender Ansicht sollte die Zession der Konkursforderung unter die besonderen gesetzlichen Bestimmungen i.S.v. Art. 83 Abs. 4 ZPO subsumiert werden. Die Botschaft zur eidgenössischen Zivilprozessordnung hält als Anwendungsfall von Art. 83 Abs. 4 ZPO die Fälle der «*abgeleiteten Klagerechte* nach SchKG» fest.¹²⁶⁸ Dieser weite Begriff lässt genügend Raum, um auch den Übergang der Prozessführungsbefugnis durch die Zession der Konkursforderung zu

rungsbefugnis, muss die Konkursverwaltung befugt sein, die auf ihn übergegangene Abtretungsverfügung zu widerrufen.

¹²⁶⁴ Vgl. Rz. 196 ff. zur Wertquote.

¹²⁶⁵ Aus dem Entscheid BGer 4A_294/2020, Sachverhalt B.c, ergibt sich, dass die Abtretung der Konkursforderung zu einem Parteiwechsel führte.

¹²⁶⁶ BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 42 ff.; BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 34 ff.

¹²⁶⁷ Hierunter subsumieren sich typischerweise die Fälle der Universalsukzession im Fall von Erbgang, der fusionsrechtlichen Tatbestände oder der Konkurse (DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 83 N 21 ff.; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 83 N 16). Bzgl. Letzterem ist der Eintritt der Abtretungsgläubiger in den vom Gemeinschuldner geführten Prozess gemeint, wobei die Subsumierung dieses Tatbestands unter Art. 84 Abs. 4 ZPO nicht unbestritten ist: Für Art. 84 Abs. 4 ZPO: Botschaft ZPO, S. 7286; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 471; DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 83 N 25; OFK ZPO-MORF, Art. 83 N 2. Für Art. 83 Abs. 1 ZPO analog: ZPO Komm.-SCHWANDER, Art. 83 N 38; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 91; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 83 N 17.

¹²⁶⁸ Botschaft ZPO, S. 7286.

erfassen. Auch wenn sich der Übergang der Prozessführungsbefugnis als Nebenrecht zur Konkursforderung auf Art. 170 OR stützt und somit eigentlich nicht ein abgeleitetes Klagerecht nach SchKG darstellt, muss gleichwohl beachtet werden, dass der Zedent Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG ist und damit ein enger Bezug zum SchKG besteht. Darüber hinaus kann rein grammatikalisch argumentiert werden, dass Art. 170 OR als «gesetzliche Bestimmung über die Rechtsnachfolge» fungiere.¹²⁶⁹

3. Fragen im Zusammenhang mit der Prozessführungsbefugnis

- 492 Bei der Zession einer Konkursforderung können sich im Zusammenhang mit der Prozessführungsbefugnis verschiedene Einzelfragen stellen. Als Erstes stellt sich die Frage, ob eine Konkursforderung, für deren Durchsetzung keine Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangt wurde, von einem anderen Abtretungsgläubiger als Zessionar gegenüber dem Drittschuldner geltend gemacht werden kann. Voraussetzung hierbei ist, dass der Zessionar für seine vor der Zession bestehende Konkursforderung die rechtsgültige Abtretung erwirkt hat. Die Frage ist zu verneinen. Die Prozessführungsbefugnis ist akzessorisch zur jeweiligen Konkursforderung. Hat ein Konkursgläubiger auf die Abtretung verzichtet, entsteht auch die Prozessführungsbefugnis hinsichtlich dieser Konkursforderung als Nebenrecht nicht. Die Zession an einen Abtretungsgläubiger, der für seine Konkursforderung die Prozessführungsbefugnis erhalten hat, ändert hieran nichts.¹²⁷⁰ Das Bundesgericht kommt mit anderer Begründung zum gleichen Schluss.¹²⁷¹
- 493 Als zweite Frage gilt es zu klären, ob der Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis durch den Zedenten auch für den Zessionar gilt, selbst wenn Letzterer für seine vor der Zession bestehende Konkursforderung die Prozessführungsbefugnis innehat. Dies ist zu bejahen. Aufgrund der Akzessorie-

¹²⁶⁹ Vgl. DIKE Komm. ZPO-GöKSU, Art. 83 N 27.

¹²⁷⁰ ZR 1980 Nr. 117, E. 3.

¹²⁷¹ BGE 55 III 63, S. 65 f.: «Die Konkursforderungen eines Gläubigers, der dieses [Abtretungs-]Recht nicht oder verspätet geltend macht, sind daher unter allen Umständen von der Teilnahme an einem bezüglichen Prozessgewinn ausgeschlossen. Diese im Interesse einer geordneten und beförderlichen Abwicklung des Konkursverfahrens eingeführte Verwirkungsfrist würde nun aber ohne weiteres illusorisch, wenn eine solche Forderung von einem Gläubiger, der die Frist seinerzeit nicht benützt hat [...], an einen anderen Gläubiger, der die Abtretung rechtzeitig verlangte, abgetreten werden könnte mit der Rechtsfolge, dass infolgedessen der Prozessgewinn auch für diese Forderung verwendet werden müsste.»

tät der Prozessführungsbefugnis zur Konkursforderung «klebt» der Verzicht des Zedenten auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis an der übertragenen Konkursforderung. Auch der Zessionar ist daran gebunden.¹²⁷²

Anders hingegen hat der Verzicht auf die Abtretung oder auf die generelle oder spezifische Prozessführungsbefugnis des Zessionars hinsichtlich seiner vor der Zession bestehenden Konkursforderung keine Auswirkung auf die zederte Konkursforderung. Hat sich nämlich der Zedent die Prozessführungsbefugnis abtreten lassen, nicht auf diese verzichtet und überträgt er seine Konkursforderung auf den Zessionar, so kommt dem Zessionar die Prozessführungsbefugnis für die zederte Konkursforderung zu.¹²⁷³

II. Zession eines Teils der Konkursforderung

Forderungen können auch nur teilweise abgetreten werden.¹²⁷⁴ Tritt ein bestehender Abtretungsgläubiger einen Teil seiner Konkursforderung an eine Person ab, die nicht zugleich ein Abtretungsgläubiger ist, kann durch die Zession ein neuer Abtretungsgläubiger geschaffen werden.¹²⁷⁵ Auch wenn Art. 83 Abs. 1 ZPO dies nicht im Wortlaut vorsieht, ist bei einer teilweisen Veräusserung des Streitgegenstands ein teilweiser Parteiwechsel möglich.¹²⁷⁶ Ein solcher zeichnet sich dadurch

¹²⁷² Gemäss Art. 169 Abs. 1 OR kann der *debitor cessus* Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, auch gegen den Erwerber geltend machen, sofern sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als der *debitor cessus* von der Abtretung Kenntnis erhielt. Die Forderung geht aufgrund des Grundsatzes der Identität sowohl mit allen Vorzugs- und Nebenrechten als auch mit allen Schwächen (Einreden und Einwendungen) auf den Zessionar über (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 46a). Unter Letzteres müssen auch gewisse prozessrechtliche Einreden (zur begrifflichen Abgrenzung der schuldrechtlichen Terminologie für Einreden und Einwendungen JENNY, Rz. 865) fallen. Exemplarisch hierfür ist BGer 5A_314/2015, E. 3.4, wonach das Bundesgericht bezüglich der fehlenden Parteifähigkeit des Zedenten dem *debitor cessus* die Möglichkeit der Einrede i.S.v. Art. 169 Abs. 1 OR auch gegenüber dem Zessionar zuspricht. Bei der Parteifähigkeit handelt es sich wie bei der Prozessführungsbefugnis um eine Prozessvoraussetzung.

¹²⁷³ Im Ergebnis BGer 7B.18/2006, E. 3.1, wonach mit der Konkursforderung die Prozessführungsbefugnis übergeht.

¹²⁷⁴ BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 163 N 11.

¹²⁷⁵ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 32.

¹²⁷⁶ DIKE Komm. ZPO-GÖKSU, Art. 83 N 15; Kuko ZPO-DOMEJ, Art. 83 N 6; BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 32; FHB ZPO-MOSER, Rz. 13.70; JEANDIN, Rz. 21.

aus, dass der Zedent im Prozess als Partei bestehen bleibt und der Zessionar in den Prozess eintreten kann. Die teilweise Zession ist indes gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *unzulässig*, wenn die Gegenpartei eine *Widerklage* führt oder die *Verrechnung* erklärt hat.¹²⁷⁷

H. Prozesskosten

I. Gerichtskosten

1. Gerichtskosten beim Endentscheid

1.1 Grundlagen

496 Die Gerichtskosten werden im Fall einer Prozessstandschaft dem Prozessstandschafter, d.h. den prozessierenden Abtretungsgläubigern, und nicht dem Rechtsträger, d.h. dem Gemeinschuldner, auferlegt.¹²⁷⁸ Bestehen mehrere uneigentliche notwendige Streitgenossen nach Art. 260 SchKG, stellt sich die Frage, wie sich die Gerichtskosten für jeden einzelnen Abtretungsgläubiger bestimmen.

497 Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist Art. 106 Abs. 3 ZPO. Die Norm legt fest, dass, wenn mehrere Personen an einem Verfahren als Haupt- oder Nebenpartei beteiligt sind, das Gericht deren Anteil an den Prozesskosten bestimmt. Es kann dabei auf solidarische Haftung erkennen. Das Gericht geht bei der Kostenauferlegung im Fall von Streitgenossen zweistufig vor: «[Es] bestimmt [...] den Anteil der einzelnen Prozessparteien an den Prozesskosten. In einem zweiten gedanklichen Schritt entscheidet das Gericht, ob die Parteien die Kosten anteilmässig oder solidarisch zu tragen haben.»¹²⁷⁹ Auferlegt das Gericht die Kosten

¹²⁷⁷ BGer 4A_635/2017, E. 4.1.3.2: «Lorsque le défendeur oppose une contre-créance en compensation ou forme une reconvention, l'objet litigieux du procès pendant au sens de l'art. 83 al. 1 CPC s'étend désormais également à cette prétention du défendeur. Pour qu'il y ait substitution de partie, il est nécessaire que le cessionnaire prenne entièrement la place du cédant au procès.» Der Entscheid ist nicht über die Situation mit einer bestehenden Widerklage oder Verrechnungseinrede verallgemeinerungsfähig (FHB ZPO-MOSER, Rz. 13.70).

¹²⁷⁸ Vgl. Rz. 29; BGer 4A_19/2020, E. 2.5.1; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 226; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 108.

¹²⁷⁹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 12. Exemplarisch OGer ZH PP210039, E. 6b, in dem die Rechtsmittelkosten hälftig auferlegt wurden, aber eine Solidarhaftung angeordnet wurde; vgl. auch OGer ZH LB110028, E. III.

solidarisch, muss es nicht explizit die Anteile regeln, denn gemäss Art. 148 Abs. 1 OR trägt jeder Solidarschuldner den gleichen Teil.¹²⁸⁰ Im Rahmen der Festlegung der Kostenanteile und einer allfälligen Solidarität kommt dem Gericht ein weites Ermessen zu; starre Regeln bestehen nicht.¹²⁸¹

Die Auferlegung der Gerichtskosten ist für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG von grosser Wichtigkeit. Da mangels eines materiellen Innenverhältnisses zwischen den Abtretungsgläubigern hinsichtlich der Kostenverteilung keine Regelung besteht,¹²⁸² ist die Kostenauflegung für jeden Streitgenossen verbindlich. Vorbehalten bleibt eine vertragliche Vereinbarung unter den Streitgenossen. 498

1.2 Festlegung der Gerichtskostenanteile

Bezüglich der Anteilsbemessung bei der Kostenauflegung spricht sich eine Lehrmeinung dafür aus, dass die Gerichtskosten nach dem Anteil am Prozesserfolg der Abtretungsgläubiger verteilt werden sollten.¹²⁸³ Eine andere befürwortet die Aufteilung der Kosten nach dem Kopfprinzip.¹²⁸⁴ Auch die Rechtsprechung tendiert dazu.¹²⁸⁵ Von festen Regeln bei der anteilmässigen Verteilung der Gerichtskosten kann gleichwohl nicht gesprochen werden. Dies erstaunt nicht, denn letztlich 499

¹²⁸⁰ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 106 N 17; ZPO Komm.-JENNY, Art. 106 N 14; PESENTI, Rz. 443 ff., mit der eingehenden Diskussion, ob das Gericht auch bei Auflegung einer Solidarhaftung die Anteile im Dispositiv zu bestimmen habe.

¹²⁸¹ ZPO Komm.-JENNY, Art. 106 N 12; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 9.

¹²⁸² Rz. 402 f.

¹²⁸³ SCHLAEPFER, S. 261 f.

¹²⁸⁴ FLACHSMANN, S. 104.

¹²⁸⁵ Gerichtskosten nach Köpfen: KGer SZ ZK1 2016 9, E. 5b; HGer ZH HG120180, Dispositivziffer 4; OGer ZH LB110028, E. III; HGer ZH HE170139, E. 11.3, wobei der Entscheid um die vorsorgliche Beweisführung ging und nicht um ein Leistungsbegehren. Es wird von «die Rechtsprechung tendiert dazu» gesprochen, da sich ein Verfahren findet, in dem individuelle Rechtsbegehren geltend gemacht wurden. Diese werden nach vorliegender Ansicht abgelehnt (vgl. Rz. 327). Die Prozesskosten wurden dabei den Abtretungsgläubigern annähernd proportional zu der geltend gemachten Forderung auferlegt (BGer 4A_218/2020, Dispositivziffer 3, und das vorinstanzliche Urteil HGer ZH HG180035, E. IV). Die Formulierung als individuelle Rechtsbegehren kann nicht entscheidend sein. Viel eher zeigt die Rechtsprechung, dass Gerichte durchaus auf die ökonomische Realität, nämlich die Befriedigung der einzelnen Konkursforderungen, Rücksicht nehmen können.

kommt den Gerichten bei der Kostenauflegung ein weites Ermessen zu.¹²⁸⁶ Nach vorliegender Ansicht muss bei der anteilmässigen Prozesskostenauflegung zwischen dem vollständigen und dem teilweisen Unterliegen der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG unterschieden werden.

1.2.1 Bei vollständigem Unterliegen

- 500 Wird die von den Abtretungsgläubigern geführte Klage vollständig abgewiesen, sollten die Gerichtskosten *proportional* zu den kollozierten Konkursforderungen, d.h. nach den *Wertquoten* der Konkursforderungen der im Prozess involvierten Streitgenossen¹²⁸⁷ verteilt werden. Eine solche Kostenauflegung schafft einen Gleichlauf zwischen dem potenziellen Gewinn- und Verlustverhältnis für jeden uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG. Ein *Beispiel*, das zur Vereinfachung gewissen Prämissen unterliegt,¹²⁸⁸ soll zum besseren Verständnis des Gewinn- und Verlustverhältnisses beitragen.
- 501 Man stelle sich vor, ein Abtretungsgläubiger, beispielsweise ein Arbeitnehmer, hat eine Erstklassforderung in Höhe von CHF 10'000.–. Als zweiter Abtretungsgläubiger besteht eine Bank, die eine Drittklassforderung in Höhe von CHF 100'000.– kolloziert hat. Sie möchten beide ihre jeweilige Konkursforderung vollständig decken. Da sich das Rechtsbegehren aus der Summe der einzelnen Forderungen ergibt, welche die Abtretungsgläubiger eingeben,¹²⁸⁹ klagen sie CHF 110'000.– ein. Der jeweilige potenzielle Gewinn entspricht der geltend gemachten Konkursforderung und ist aufgrund der Regeln zur Erlösverteilung nach Art. 260 SchKG konstant. Das Gewinn- und Verlustverhältnis hängt vom Verteilschlüssel ab, nach dem ein Gericht die Gerichtskosten im Fall des vollständigen Unterliegens der

¹²⁸⁶ Rz. 497.

¹²⁸⁷ Keinen Einfluss auf die Berechnung der Wertquoten haben nach vorliegender Ansicht die Klassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG, in welchen sich die kollozierten Forderungen befinden. Eine unterschiedliche Gewichtung der Konkursforderungen nach den verschiedenen Klassen wäre arbiträr. Analog verfährt MILANI, Koordination, S. 152, welcher die Wertquote für Abstimmungen unter den Abtretungsgläubigern fruchtbar machen möchte (vgl. Rz. 320).

¹²⁸⁸ Vgl. Rz. 193 ff. zur Erlösberechnung. Als Prämisse wird angenommen, dass ohne die Anspruchsdurchsetzung nach Art. 260 SchKG eine Nulldividende droht. Darüber hinaus machen die prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger ihre gesamte Konkursforderung geltend. Schliesslich werden hier der Einfachheit halber keine Kosten berücksichtigt, die vorab vom Prozesserlös gedeckt werden. Es besteht die Annahme, dass der Prozesserlös direkt die Konkursforderung der Abtretungsgläubiger deckt.

¹²⁸⁹ Rz. 328 ff.

Streitgenossen verteilt. Droht die Auferlegung der Gerichtskosten nach Köpfen, dann sehen sich die beiden Streitgenossen unterschiedlichen Verhältnissen zwischen ihrem potenziellen Gewinn und Verlust ausgesetzt: Der Arbeitnehmer sieht als Gewinnchance die Deckung seiner kollozierten Forderung, d.h. CHF 10'000.–, als Verlustchance hingegen das Risiko, die Gerichtskosten hälftig zu tragen. Die Bank hat als Gewinnchance CHF 100'000.– und hat ebenfalls das Risiko der hälftigen Tragung der Gerichtskosten. Es ist offensichtlich, dass gerade der finanziell schwächere Arbeitnehmer sich aufgrund der drohenden Auferlegung von Gerichtskosten unter Umständen des Prozesses enthält.¹²⁹⁰ Werden die Gerichtskosten hingegen im Verhältnis der Wertquoten nach der Konkursforderung aufgeteilt, dann besteht ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen dem potenziellen Gewinn und Verlust eines jeden Streitgenossen. Der Anreiz, am Prozess gegenüber dem Drittschuldner teilzunehmen, ist so für jeden Abtretungsgläubiger gleich. Angewendet auf das oben stehende Beispiel trägt der Arbeitnehmer mit der Erstklassforderung die Prozesskosten zu einem Elftel und die Bank als Abtretungsgläubigerin mit einer Drittklassforderung die Prozesskosten zu zehn Elfteln.

Dass bei der Kostenauflegung im Fall von Streitgenossenschaften die ökonomischen Interessen, d.h. der potenzielle Gewinn und Verlust der einzelnen Streitgenossen, berücksichtigt werden sollten, ist kein neuer Gedanke und findet sich bereits im geltenden Recht. Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist in *ökonomischer* Hinsicht der einfachen Streitgenossenschaft sehr ähnlich, weshalb auch die Ausführungen zur Letzteren berücksichtigt werden können.¹²⁹¹ Verteilt das Gericht die Gerichtskosten anteilmässig auf einfache Streitgenossen, kann es zur Festlegung der Anteile auf das ökonomische Interesse eines jeden einfachen Streitgenossen abstellen. Ein solches ergibt sich

502

¹²⁹⁰ BGE 105 Ia 249, E. 2d: «[Es] ist dem zitierten bundesgerichtlichen Urteil darin beizupflichten, dass die Abtretung von Ansprüchen der Konkursmasse an die Gläubiger zur Geltendmachung gemäss Art. 260 SchKG die kleinen Gläubiger eher benachteiligt. Nur ein Gläubiger mit einer hohen Forderung wird in der Regel das Risiko auf sich nehmen, Prozesse mit grösseren Streitwerten zu führen, da das Prozessergebnis bis zur Deckung seiner Konkursforderung dem prozessierenden Gläubiger zugutekommt. Ein «kleiner» Gläubiger wird kaum einen Prozess um Ansprüche führen, welche den Betrag seiner Konkursforderung erheblich übersteigen, liegt es doch nicht in seinem Interesse, für die übrigen Gläubiger die Kastanien aus dem Feuer zu holen.»

¹²⁹¹ Die Ähnlichkeit ergibt sich daraus, dass jeder Abtretungsgläubiger in ökonomischer Hinsicht eine «eigene Forderung» durchsetzen möchte (vgl. Rz. 401 hierzu).

aus den Rechtsbegehren.¹²⁹² Und sogar bei der notwendigen Streitgenossenschaft berücksichtigt das Gericht das Innenverhältnis der Streitgenossen.¹²⁹³ Das Abstellen auf das ökonomische Interesse der Streitgenossen bei der anteilmässigen Gerichtskostenauferlegung wird *de lege ferenda* dann auch den Regelfall darstellen: So lautet Art. 106 Abs. 3 ZPO-2025, der die Kostenauflegung im Fall der notwendigen und der einfachen Streitgenossenschaft regelt: «Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten nach Massgabe ihrer Beteiligung.»¹²⁹⁴ Für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG bemisst sich die Beteiligung anhand der kollozierten Konkursforderungen der Streitgenossen.

- 503 Letztlich ist die Diskussion um die anteilmässige Auferlegung der Gerichtskosten auch mit der Verwirklichung des materiellen Rechts und damit dem Zweck der Zivilprozessordnung verbunden. Eine Zugangssperre zum Recht ergibt sich nicht nur aufgrund der absoluten Höhe der Gerichtskosten,¹²⁹⁵ sondern auch aus dem Verhältnis des potenziellen Gewinns und Verlusts.¹²⁹⁶ Das zeigt das eingangs dieses Kapitels aufgestellte Beispiel auf.¹²⁹⁷ Wird dieses Missverhältnis zu stark, ist die rationale Apathie, d.h. also der Verzicht auf die Klage, sinnvoll.¹²⁹⁸ Dass

¹²⁹² BGer 4A_444/2017, E. 6.3; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 106 N 5; PC CPC-STOUDMANN, Art. 106 N 25; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 9; BLATTMANN/MORETTI, S. 595; SHK ZPO-FISCHER, Art. 106 N 16; PESENTI, Rz. 450.

¹²⁹³ ZOTSANG, S. 191; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 10; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 106 N 5; BLATTMANN/MORETTI, S. 595; PESENTI, Rz. 448, differenziert, ob zwischen den notwendigen Streitgenossen gleichgerichtete oder unterschiedliche Interessen bestehen.

¹²⁹⁴ Aus der Botschaft ergibt sich, dass die Beteiligung am Streitwert gemeint ist (Botschaft ZPO Revision, S. 2743).

¹²⁹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen zum Kostendeckungs- und zum Äquivalenzprinzip (Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 8).

¹²⁹⁶ STÄHELIN, Rz. 225: «Genau besehen ist es folglich in erster Linie das Prozesskostenrisiko, das Damoklesschwert der drohenden Kostentragung, das abschreckende Wirkung entfaltet und dadurch den Zugang zum Recht erschwert.» und Rz. 232: «Die rechtsweghindernde Wirkung des Kostenrisikos wächst dem Gesagten entsprechend unter anderem mit der Höhe der drohenden Kosten und steht in Relation zum Nutzen, der mittels der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung erlangt werden kann» (Kursivsetzung hinzugefügt).

¹²⁹⁷ Rz. 501.

¹²⁹⁸ STÄHELIN, Rz. 85: «Gerade bei (natürlichen und juristischen Personen) mit vergleichsweise geringer finanzieller Leistungskraft kann dies zur Folge haben, dass auch die Durchsetzung an sich berechtigter Ansprüche die Inkaufnahme unvernünftiger Risi-

der Gesetzgeber dies nicht wünscht, zeigt nicht nur die Revision von Art. 106 Abs. 3 ZPO-2025. Auch Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO ist dafür exemplarisch. Mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung bestand ein Missverhältnis zwischen dem potenziellen Gewinn und Verlust für Gesellschafter, die eine Klage auf Leistung an die Gesellschaft geltend machten.¹²⁹⁹ Dieses Missverhältnis wurde mit der Einführung von Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO korrigiert. Die Norm sieht vor, dass das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei aufteilen kann. Damit reduziert es den potenziellen Verlust des Aktionärs und nimmt Einfluss auf das Verhältnis zwischen Gewinn und Verlust.¹³⁰⁰

1.2.2 Bei teilweisem Unterliegen

Unterliegen die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG 504 nur teilweise, bedeutet dies – wiederum unter Annahme einer Prämisse bei der Formulierung der Rechtsbegehren¹³⁰¹ –, dass der Erlös nicht ausreicht, um alle Konkursforderungen der Streitgenossen zu decken.¹³⁰² Nach vorliegender Ansicht

ken bedingt. Die Betroffenen werden diesfalls regelmässig und mit guten Gründen die bittere Pille des Rechtsverlusts schlucken und von der Anstrengung eines Prozesses absehen.»

¹²⁹⁹ Art. 756 Abs. 2 aOR regelte vor Einführung der ZPO, dass das Gericht bei begründeter Klageführung die Prozesskosten nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft überwälzen konnte. BGE 141 III 426, E. 2.3, hielt fest, dass Art. 107 ZPO als Ersatzbestimmung nicht geeignet sei, Dritten – wie der Gesellschaft – Kosten aufzuerlegen. Die Gesellschafter trugen das volle Prozesskostenrisiko und partizipierten nur im Umfang ihrer Beteiligung an einer Leistung an die Gesellschaft. Vgl. hierzu auch PESENTI, Rz. 495 ff.

¹³⁰⁰ Botschaft Aktienrechtsrevision, S. 631: «Damit wird sowohl bei Rückerstattungsklagen (s. Art. 678) als auch bei Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR) das Prozesskostenrisiko für die klagende Partei gesenkt.»

¹³⁰¹ Für Abtretungsgläubiger ist es rational, das Forderungsbegehren auf eine Höhe zu beschränken, die ihre jeweilige Konkursforderung deckt. Damit entsteht kein Überschuss für die Masse und die Abtretungsgläubiger sehen sich nicht einem unnötigen Prozesskostenrisiko ausgesetzt (vgl. Rz. 200). Entsprechend ist die Prämisse, dass das Forderungsbegehren so formuliert ist, dass im Fall des Obsiegens die kollozierten Konkursforderungen der Abtretungsgläubiger befriedigt werden.

¹³⁰² Rz. 197, wonach Abtretungsgläubiger nicht an der Streitgenossenschaft teilnehmen, wenn sie keine Deckung ihrer Konkursforderung erwarten. Wiederum wird der Einfachheit halber von den Prämissen ausgegangen, dass die Abtretungsgläubiger jeweils ihre Konkursforderung zur Berechnung des Rechtsbegehrens eingeben und dass vom Prozesserlös keine Kosten abgezogen werden.

dürfen die aufgrund des teilweisen Unterliegens entstandenen Gerichtskosten nur auf jene Streitgenossen verteilt werden, deren Konkursforderung nicht durch die Erlösverteilung (vollständig) gedeckt wird.¹³⁰³ Es wäre nicht sachgerecht, wenn ein Abtretungsgläubiger mit einer Erstklassforderung für den Entscheid der Prozessbeteiligung eines risikoaffinen Abtretungsgläubigers mit einer Drittklassforderung eintreten müsste.

- 505 Innerhalb der Gruppe von Streitgenossen, deren Konkursforderungen nicht gedeckt werden, sollen die Prozesskosten wiederum nach der Wertquote der Konkursforderungen verteilt werden.

1.3 Solidarhaftung

- 506 Als weitere Frage muss diskutiert werden, ob den prozessführenden Abtretungsgläubigern die Gerichtskosten solidarisch auferlegt werden sollen. Die solidarische Haftung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG wird von einem Teil der Lehre bejaht.¹³⁰⁴ Sie ergebe sich daraus, dass jeder Abtretungsgläubiger das Recht erhalte, den gesamten Anspruch geltend zu machen.¹³⁰⁵ Eine andere Lehrmeinung hält dafür, dass die Streitgenossen keine solidarische Haftung treffe.¹³⁰⁶ Die Uneinigkeit der Lehre findet sich auch in Gerichtsentscheiden wieder. Den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG werden die Gerichtskosten nur teilweise in solidarischer Haftung auferlegt.¹³⁰⁷ Eine solidarische Kostenauflegung wurde damit begründet, dass bei einer Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaftsschaden und nicht das eigene individuelle Streitinteresse beurteilt werde,¹³⁰⁸ oder damit, dass die Abtretungsgläubiger eine gemeinsame Gesamtforderung geltend machten und die Verfahrensschritte zusammen führten.¹³⁰⁹ Gleichzeitig wurde in der Rechtsprechung bei der Parteientschädigung (die Gerichtskosten wurden mit dem Kostenvorschuss verrechnet) von einer solidarischen Haftung abgesehen, weil es die «Interessenlage» zwischen den

¹³⁰³ Dies dürfte von SCHLAEPFER, S. 261 f., gemeint sein, wenn er sich für die Kostenauflegung nach dem Anteil am Prozesserfolg ausspricht.

¹³⁰⁴ SCHLAEPFER, S. 260; MILANI, Koordination, S. 152; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 204.

¹³⁰⁵ SCHLAEPFER, S. 260.

¹³⁰⁶ KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43.

¹³⁰⁷ Solidarische Kostenauflegung: KGer FR 101 2020 8, E. 5.1; HGer ZH HE170139, E. 11.3; HGer ZH HG120180, E. III; OGer ZH LB110028, E. III.

¹³⁰⁸ OGer ZH LB110028, E. III.

¹³⁰⁹ KGer SZ ZK1 2016 9, E. 5b.

Abtretungsgläubigern nicht angezeigt hätte.¹³¹⁰ Auch bei der solidarischen Kostenauferlegung wird ersichtlich, dass Gerichten ein grosses Ermessen zukommt.¹³¹¹

Nach vorliegender Ansicht sollten die Gerichtskosten den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG nicht solidarisch auferlegt werden, denn auch die Solidarität bedeutet eine Verschiebung des potenziellen Gewinn- und Verlustverhältnisses für die Abtretungsgläubiger. Das liegt daran, dass der Gläubiger gegenüber jedem Solidarschuldner einzeln berechtigt ist, die gesamte Forderung im Aussenverhältnis von nur einem der Solidarschuldner zu verlangen.¹³¹² Auch wenn im Innenverhältnis ein Regressanspruch besteht, kann die Vorstellung der Regressnahme für finanziell schwache Abtretungsgläubiger prohibitiv wirken. Darüber hinaus tragen Solidarschuldner das finanzielle Risiko, falls einer der Solidarschuldner zahlungsunfähig wird.¹³¹³ Der potenzielle Verlust steigt, weshalb sich gerade finanziell schwächere Abtretungsgläubiger der Klage enthalten.

Die ZPO-Revision nimmt sich diesem Problem an. Einfache Streitgenossen sehen sich nämlich *de lege lata* ebenfalls der Ungewissheit über die solidarische Kostenauferlegung ausgesetzt, was das Institut aufgrund des vergrösserten Kostenrisikos unattraktiv macht.¹³¹⁴ Um diesem Problem zu begegnen, sieht Art. 106 Abs. 3 ZPO-2025 vor, dass bei einer einfachen Streitgenossenschaft die Prozesskosten nicht mehr solidarisch auferlegt werden dürfen.¹³¹⁵ Da die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG ebenfalls – wie die einfachen Streitgenossen – aus ökonomischer Perspektive eine eigene Forderung geltend machen,¹³¹⁶ sollten sie auch vor dem Hintergrund der Gesetzesrevision die Gerichtskosten nicht solidarisch tragen müssen. Das gilt umso mehr, als bereits unter geltendem Recht

¹³¹⁰ HGer ZH HG180035, E. IV.2.

¹³¹¹ PESENTI, Rz. 463.

¹³¹² Art. 144 Abs. 1 OR.

¹³¹³ Art. 148 Abs. 3 OR.

¹³¹⁴ Botschaft ZPO Revision, S. 2743: «Diese Regelung [Art. 106 Abs. 3 ZPO] führt in der Praxis dazu, dass insbesondere auch bei einfacher Streitgenossenschaft auf solidarische Haftung für die Prozesskosten entschieden werden kann und damit jeder Streitgenosse zumindest das hypothetische Kostenrisiko für die gesamten Prozesskosten trägt, indem er vor andern Streitgenossen zuerst auf die gesamten Prozesskosten in Anspruch genommen werden kann. Praktisch führt diese Regelung letztlich dazu, dass in vielen Fällen auf die prozessual durchaus interessante und ökonomische Verfahrensform der (einfachen) Streitgenossenschaft gerade auch in Massenschadensfällen verzichtet wird.»

¹³¹⁵ Botschaft ZPO Revision, S. 2743.

¹³¹⁶ Rz. 502.

die Meinung vertreten wird, dass bei einfachen Streitgenossen, die das Verfahren zwangsläufig zusammen führen müssen,¹³¹⁷ die solidarische Kostenauflegung nicht sachgerecht sei.¹³¹⁸ Auch die Abtretungsgläubiger sind eine Gemeinschaft, deren Zusammensetzung nicht konsensual ist, sondern sich nach den Regeln von Art. 260 SchKG richtet,¹³¹⁹ weshalb der Gedanke übertragbar ist.

2. Gerichtskosten beim Rücktritt eines Streitgenossen

2.1 Grundlagen

- 509 Den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG steht das jederzeitige Rücktrittsrecht zu.¹³²⁰ Tritt ein Streitgenosse zurück, wird der Prozess für ihn als gegenstandslos i.S.v. Art. 242 ZPO abgeschrieben.¹³²¹ Die Kostenregelung bei Anwendung von Art. 242 ZPO richtet sich nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO.¹³²² Die Norm stipuliert, dass das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann.¹³²³ Im Rahmen der Ermessensausübung hat das Gericht die Kriterien des mutmasslichen Obsiegens bzw. Unterliegens und das Verursacherprinzip zu berücksichtigen.¹³²⁴ Das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs ist für die Kostenauflegung ungeeignet. Aufgrund der nach dem Rücktritt im Prozess verbleibenden Streitgenossen ist damit zu rechnen, dass das Verfahren in einem Sachurteil endet.¹³²⁵ Eine Antizipierung des Sachentscheids im Rahmen der Kos-

¹³¹⁷ Beispielsweise wenn selbstständig eingereichte Klagen nach Art. 125 lit. c ZPO vereinigt werden.

¹³¹⁸ PESENTI, Rz. 466 ff.; BSK ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 106 N 5; DIKE Komm. ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 106 N 8; BK ZPO I-STERCHI, Art. 106 N 12.

¹³¹⁹ Vgl. Rz. 402.

¹³²⁰ Rz. 223.

¹³²¹ Vgl. Rz. 389 zu dieser Rechtsfolge des Austritts.

¹³²² BGE 145 III 153, E. 3.3.2; PESENTI, Rz. 519.

¹³²³ ZPO Komm.-LEUMANN LIEBSTER, Art. 242 N 9 f.; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 242 N 19.

¹³²⁴ Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 107 N 9, sprechen von ständiger und unangefochtener Praxis; BRÖNNIMANN/SIEGENTHALER/LANZ, S. 338. Die Botschaft nennt im Zusammenhang mit der Kostenverteilung bei einem Abschreibungsbeschluss einige Kriterien, an welchen sich die Kostenfolge messen könnte. Darunter fallen die Fragen, wer Anlass zur Klage gegeben hat, wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und welche Partei die Gegenstandslosigkeit zu vertreten hat (Botschaft ZPO, S. 7297); PESENTI, Rz. 521 ff.

¹³²⁵ Vgl. Rz. 387 ff.

tenauferlegung ist vor diesem Hintergrund abzulehnen. Hingegen ist das *Verursacherprinzip* ein geeignetes Kriterium, nach dem sich die Kostenauflegung beim Rücktritt eines Streitgenossen richten sollte.

2.2 Festlegung der Gerichtskostenanteile

Der zurücktretende Streitgenosse haftet für die bis zum Rücktritt aufgelaufenen Prozesskosten.¹³²⁶ Dies ist sachgerecht, weil er den Anlass zum Abschreibungsbeschluss gibt und dies aus freien Stücken tut. Die Frage im Zusammenhang mit der Ausübung des Rücktrittsrechts ist, in welchem Umfang die aufgelaufenen Prozesskosten dem zurücktretenden Streitgenossen auferlegt werden sollen. Nach vorliegender Ansicht ist dabei zu differenzieren. Hat der zurücktretende Streitgenosse allein Anlass für Prozesskosten gegeben, so sind ihm solche im Sinne des Verursacherprinzips zuzurechnen. Es sei daran erinnert, dass den Abtretungsgläubigern das Recht auf uneinheitliche Prozessführung zusteht,¹³²⁷ weshalb ein Streitgenosse allein beispielsweise einen Antrag auf ein gerichtliches Gutachten stellen kann. Haben die Streitgenossen indessen die Prozesskosten gemeinsam verursacht, ist die Kostenauflegung nach Wertquote der Konkursforderung sachgerecht.

Im Zusammenhang mit gemeinsam verursachten Prozesskosten muss spezifisch auf die Gerichtskosten eingegangen werden. Diese hängen bei Forderungsklagen zu einem nicht unerheblichen Teil vom Streitwert und damit dem Forderungsbegehren ab.¹³²⁸ Da der Rücktritt eines Streitgenossen keinen Klagerückzug darstellt,¹³²⁹ bleiben die Gerichtskosten vom Rücktritt zumindest anfänglich unberührt. Nach vorliegender Ansicht muss – ganz im Sinne des Verursacherprinzips – bei der Kostenauflegung auf den zurücktretenden Streitgenossen darauf abgestellt werden, ob die verbleibenden Streitgenossen innert einer gewissen Frist seit dem Rücktritt

¹³²⁶ AGVE 1996 S. 51 ff., S. 53; SCHLAEPFER, S. 261; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 203 f., spricht nur von einer «entsprechenden» Kostenauflegung.

¹³²⁷ Rz. 220 ff. und Rz. 363 ff.

¹³²⁸ Die Prozesskosten, worunter sich die Gerichtskosten subsumieren, bemessen sich nach den kantonalen Tarifen (Art. 96 ZPO). Eines der gebräuchlichen Bemessungskriterien ist bei vermögensrechtlichen Prozessen der Streitwert (Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 96 N 4). Auch Kuko ZPO-KÖLZ, Art. 91 N 1: «Von grosser praktischer Bedeutung ist sodann, dass der Streitwert nach den kantonalen Tarifen (Art. 96) bei der Festsetzung der Gerichtskosten und Parteientschädigungen berücksichtigt wird.»; PESENTI, Rz. 89.

¹³²⁹ Rz. 391.

eine Klagereduktion eingeben.¹³³⁰ Da sie grundsätzlich keinen Anreiz haben, sich aufgrund des Streitwerts einem höheren Prozesskostenrisiko auszusetzen, als für die Deckung ihrer Konkursforderungen notwendig ist,¹³³¹ ist es wahrscheinlich, dass sie die Klage im Umfang derjenigen Forderung reduzieren, die der zurücktretende Streitgenosse ursprünglich im Rahmen der Formulierung des gemeinsamen Forderungsbegehrens eingegeben hat.¹³³²

2.3 Solidarhaftung

- 512 In der kantonalen Rechtsprechung findet sich ein Fall, in dem die durch den Rücktritt ausgelösten Kosten dem zurücktretenden Streitgenossen auferlegt wurde und der verbleibende Streitgenosse solidarisch haftete.¹³³³ Nach vorliegender Ansicht sollten die verbleibenden Streitgenossen nicht solidarisch für die Kosten haftbar gemacht werden. Für die Ratio wird auf die bestehenden Ausführungen verwiesen.¹³³⁴

3. Gerichtskostenvorschuss

- 513 Die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG treten im Prozess als Partei auf, weshalb auf sie die Vorschriften bezüglich des Gerichtskostenvorschusses anwendbar sind.¹³³⁵ Art. 98 ZPO, der die Möglichkeit eines Gerichtskostenvorschusses regelt, spricht einzig von «der klagenden Partei».¹³³⁶

¹³³⁰ Die Prämisse ist hier wiederum, dass jeder uneigentliche notwendige Streitgenosse nach Art. 260 SchKG bei der Bestimmung der Rechtsbegehren die ganze kollozierte Forderung eingibt.

¹³³¹ Rz. 200.

¹³³² Vgl. Rz. 328 ff. für das Zustandekommen des Forderungsbegehrens.

¹³³³ OGer ZH LB140036, E. 4b. Die Erstinstanz qualifizierte das Verhältnis der Abtretungsgläubiger als notwendige Streitgenossenschaft und basierte die Kostenauflegung auf § 70 ZPO ZH. Die Norm lautete: «Bei Streitgenossenschaft bestimmt das Gericht die Anteile der Streitgenossen an den Kosten und Entschädigungen. Es kann anordnen, dass ein Streitgenosse für den Anteil des andern ganz oder teilweise subsidiär oder solidarisch mithaftet.» Insofern bestand eine ähnliche Rechtslage wie unter Art. 106 Abs. 3 ZPO.

¹³³⁴ Rz. 506 ff.

¹³³⁵ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 222; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 108.

¹³³⁶ Art. 98 ZPO ist von der ZPO-Revision betroffen. Neurechtlich kann abgesehen von gewissen Ausnahmen nur noch ein Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden (vgl. Art. 98 Abs. 1 ZPO-2025; Botschaft ZPO

Für Streitgenossen und die Frage nach der solidarischen oder anteilmässigen Verteilung eines allfälligen Gerichtskostenvorschusses verweist die Lehre auf die Regeln von Art. 106 Abs. 3 ZPO.¹³³⁷

Nach vorliegender Ansicht sollte der Kostenvorschuss aus den gleichen Gründen, 514 wie bei den Ausführungen zu den Gerichtskosten dargelegt,¹³³⁸ nach den *Wertquoten* anteilmässig und nicht solidarisch auferlegt werden. Wird der Kostenvorschuss nur anteilmässig eingefordert, hat dies eine positive Wirkung auf die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG: Beahlt ein Streitgenosse den auf ihn fallenden Anteil des Kostenvorschusses auch nach der Nachfristansetzung nicht, kann das Gericht auf die Klage dieses uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG nicht eintreten.¹³³⁹ Der Streitgenosse, der den Anteil am Kostenvorschuss nicht trägt, scheidet aus dem Prozess aus.

Tritt ein Abtretungsgläubiger mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung in 515 das Verfahren ein,¹³⁴⁰ stellt sich die Frage, ob das Gericht einen weiteren Kostenvorschuss einverlangen soll und ob der beigetretene Streitgenosse ausschliesslich dafür aufkommen muss. Der Zweck des Kostenvorschusses ist, das Inkassorisiko des Kantons zu minimieren.¹³⁴¹ Geht mit dem Beitritt des Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung eine Klageerhöhung einher,¹³⁴² ist das Erhöhen des Kostenvorschusses aufgrund des eben genannten Zwecks durch-

Revision, S. 2740 f.). An den Gewinn- und Verlustchancen ändert sich durch die Neuregelung nichts, weil im Fall des Unterliegens gleichwohl die gesamten Prozesskosten geschuldet sind.

¹³³⁷ Vgl. ZPO Komm.-SUTER/VON HOLZEN, Art. 98 N 6; Kuko-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 98 N 7a; DIKE Komm. ZPO-URWYLER, Art. 98 N 3, der für notwendige Streitgenossen von einer solidarischen Vorschusspflicht ausgeht und bei einfachen Streitgenossen von einer anteilmässigen. A.A. PESENTI, Rz. 275.

¹³³⁸ Rz. 499 ff.

¹³³⁹ Auch wenn die Streitgenossen den gemeinsamen Rechtsanspruch geltend machen, führen sie aufgrund der nebeneinander bestehenden Prozessstandschaften das Verfahren nur lose. Beim Rücktritt aus dem Prozess wurde dargelegt, dass das Verfahren nur hinsichtlich des zurücktretenden Streitgenossen abgeschrieben wird (vgl. Rz. 388). Dies muss auch für den Nichteintretensentscheid hinsichtlich desjenigen Streitgenossen gelten, der seinen Anteil am Gerichtskostenvorschuss nicht leistet.

¹³⁴⁰ Vgl. Rz. 482 ff. hierzu.

¹³⁴¹ BGer 4A_226/2014, E. 2.1; ZPO Komm.-SUTER/VON HOLZEN, Art. 98 N 1; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 98 N 1.

¹³⁴² Vgl. Rz. 485.

aus denkbar.¹³⁴³ Nach vorliegender Ansicht ist es sachgerecht, wenn das Gericht die Differenz des Betrags vom beigetretenen Streitgenossen verlangt. Dies führt zu einer Gleichschaltung der Abtretungsgläubiger, da sie – wie im Kapitel zu den Gerichtskosten ausgeführt¹³⁴⁴ – anteilmässig zu ihrer Wertquote für die Gerichtskosten aufkommen sollten.

II. Parteientschädigung

1. Grundsatz

- 516 Für die Parteientschädigung gelten die Ausführungen aus dem Vorkapitel analog. In den darin erwähnten Urteilen wurde die Parteientschädigung nach dem gleichen Prinzip auf die Streitgenossen verteilt wie die Gerichtskosten.¹³⁴⁵ Das Gleiche gilt für die Frage nach der Solidarhaftung.¹³⁴⁶
- 517 Hinsichtlich der Parteientschädigung gilt es zwei Besonderheiten zu betrachten. Das ist einerseits die Sicherheit für die Parteientschädigung und andererseits das Bestehen einer Mehrfachvertretung aufseiten der Abtretungsgläubiger.

2. Sicherheit für die Parteientschädigung

- 518 Art. 99 Abs. 2 ZPO regelt für die notwendige Streitgenossenschaft, dass eine Sicherheit für die Parteientschädigung, auch Prozesskaution genannt,¹³⁴⁷ nur geschuldet ist, wenn bei allen notwendigen Streitgenossen eine der Kautionsvoraussetzungen gegeben ist.¹³⁴⁸ Der Wortlaut der Norm regelt die Prozesskaution im Fall der einfachen Streitgenossenschaft nicht. Die Rechtsprechung und die Lehre anerkennen, dass im Fall der einfachen Streitgenossenschaft die Prozesskaution für jeden einfachen Streitgenossen einzeln zu prüfen ist.¹³⁴⁹

¹³⁴³ BGer 4A_226/2014, E. 2.1.

¹³⁴⁴ Rz. 402 ff.

¹³⁴⁵ Vgl. Rz. 499.

¹³⁴⁶ Vgl. Rz. 506.

¹³⁴⁷ BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 99 N 1; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 99 N 1.

¹³⁴⁸ BGE 147 III 529, E. 4.2.

¹³⁴⁹ BGE 147 III 529, E. 4.3.1; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 99 N 14; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 99 N 18; ZPO Komm.-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 38.

Für die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG ist die Kautionspflicht wie bei den einfachen Streitgenossen ebenfalls *einzelnen zu prüfen*.¹³⁵⁰ Dies rechtfertigt sich einerseits aufgrund des jederzeitigen Rücktrittsrechts:¹³⁵¹ Es führt potenziell dazu, dass der Drittschuldner nach dem Rücktritt eines solventen Streitgenossen plötzlich nur noch solchen gegenübersteht, deren Solvenz fraglich ist.¹³⁵² Eine solche Situation ist bei der notwendigen Streitgenossenschaft gerade nicht möglich, da ein einzelner notwendiger Streitgenosse nicht einfach aus dem Verfahren zurücktreten kann und die notwendigen Streitgenossen in der Regel für die Prozesskosten solidarisch eintreten müssen.¹³⁵³ Falls ein uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG kautionspflichtig wird, darf sich die Prozesskaution nicht auf die gesamten voraussichtlichen Parteikosten erstrecken, sondern nur anteilmässig nach der Wertquote seiner Konkursforderung bemessen.¹³⁵⁴

Erfüllen alle uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG die Kautionspflicht, sollte diese nicht solidarisch auferlegt werden. Dies würde zu einer Verschiebung der Anreizstruktur für den einzelnen Streitgenossen führen. Wie bei den Gerichtskosten dargelegt, sollte das Verhältnis des potenziellen Gewinns und Verlusts bei den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG gleichlaufend sein.¹³⁵⁵

¹³⁵⁰ CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 N 42; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 99 N 18; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 109; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 200; SCHLAEPFER, S. 50; ZPO Komm.-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 39.

¹³⁵¹ OGer ZH LN030001, E. 4; AGVE 1996 S. 51 ff., S. 53; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 43; LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 200; ZPO Komm.-SUTER/VON HOLZEN, Art. 99 N 39.

¹³⁵² AGVE 1996 S. 51 ff., S. 53.

¹³⁵³ BGer 4A_497/2020, E. 4.2; OGer ZH LN030001, E. 4; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 99 N 18.

¹³⁵⁴ Die Prozesskaution dient der Sicherstellung der Parteientschädigung (BGE 147 III 529, E. 4.3.2 m.w.H.; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 99 N 1). BGE 147 III 529, E. 4.3.2 für einfache Streitgenossen: «Au moment de fixer les sûretés en garantie des dépens, il apparaît dès lors logique que chacun des conjoints simples assume un engagement individuel, donc indépendant de l'obligation des autres; le montant des sûretés correspondra alors à la part présumée aux dépens que le demandeur payerait au défendeur s'il succombait entièrement, calculée en fonction de ses conclusions individuelles.»

¹³⁵⁵ Rz. 499 ff. Das Bundesgericht lehnt die solidarische Kostenauflegung im Fall, dass mehrere einfache Streitgenossen kautionspflichtig werden, ab (BGE 147 III 529, E. 4.3.1).

3. Mehrfache Rechtsvertretung

- 521 Das Bundesgericht gesteht den Abtretungsgläubigern das Recht zu, dass jeder eine eigene Rechtsvertretung beiziehen darf.¹³⁵⁶ Dies kann für den Drittschuldner zu einer gewissen Härte führen, denn wird die Klage vollumfänglich geschützt, hat er die Parteientschädigung für alle klägerischen Rechtsvertretungen auszurichten.¹³⁵⁷
- 522 In der Lehre wird dafürgehalten, dass eine unnötige Mehrfachvertretung, wenn beispielsweise kein Interessenkonflikt zwischen den Streitgenossen besteht oder bestehendes Vereinfachungspotenzial nicht genutzt wurde, als besonderer Umstand nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO berücksichtigt werden könne.¹³⁵⁸ Abtretungsgläubiger, die ohne guten Grund verschiedene Rechtsvertretungen mandatieren, laufen Gefahr, dass das Gericht die Mehrfachvertretung bei der Auferlegung der Parteientschädigung berücksichtigt.

III. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

- 523 Ein Abtretungsgläubiger hat als Prozessstandschafter Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, sofern er die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt.¹³⁵⁹ Irrelevant bei der Anspruchsberechtigung sind die finanziellen Verhältnisse des Rechtsträgers,¹³⁶⁰ d.h. also des Gemeinschuldners. Das Bundesgericht begründet dies mit dem unmittelbaren Interesse des Abtretungsgläubigers am Verfahrensausgang.¹³⁶¹ Bei mehreren Abtretungsgläubigern bzw. uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG ist der Anspruch für jeden einzelnen zu prüfen.¹³⁶²
- 524 LÖTSCHER diskutiert, ob beim Bestehen mehrerer nebeneinander prozessführungsbefugter Prozessstandschafter die finanziellen Verhältnisse der nicht gesuchstel-

¹³⁵⁶ Rz. 220.

¹³⁵⁷ ZPO Komm.-JENNY, Art. 106 N 16; BLATTMANN/MORETTI, S. 595.

¹³⁵⁸ ZPO Komm.-JENNY, Art. 106 N 16; Kuko ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 106 N 9 ohne Verweis auf die Norm, sondern auf Treu und Glauben; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 9 mit Verweis auf OGer ZH PF150073, E. 6.2.1; VON HOLZEN, S. 251.

¹³⁵⁹ BGE 125 V 371, E. 5c; BGE 109 Ia 5, E. 2; OGer ZH VO110162, E. 2.8; DIKE Komm. ZPO-HUBER, Art. 117 N 9; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 117 N 4; Kuko ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 117 N 9; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 241, welche darauf hinweist, dass die Parteistellung relevant ist.

¹³⁶⁰ BGE 125 V 371, E. 5d.

¹³⁶¹ BGE 62 I 213, E. 2.

¹³⁶² LEUENBERGER, Streitgenossenschaft, S. 205.

lenden Prozessstandschafter beim Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege mitberücksichtigt werden sollten.¹³⁶³ Hintergrund der Diskussion ist die Möglichkeit, dass die Prozessstandschafter den Prozess absichtlich nur vom bedürftigen Prozessstandschafter führen lassen und der Erlös dann unter allen geteilt wird.¹³⁶⁴ Aufgrund der Verteilungsregel nach Art. 260 Abs. 2 SchKG besteht diese Gefahr bei den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG gerade nicht. Der bedürftige Abtretungsgläubiger, der sich für die unentgeltliche Rechtspflege qualifiziert, erhält vom Erlös nach Abzug allfälliger Kosten maximal seine kollozierte Forderung gedeckt.¹³⁶⁵ Ein Überschuss muss der Masse abgeliefert werden. Einer Verteilung des Überschusses auf die Prozessstandschafter, die nebeneinander prozessführungsbefugt sind, wird dadurch ein Riegel geschoben.

I. Zusammenfassung von Teil 5

Hinsichtlich der gemeinsamen oder individuellen Rechtsvertretung steht jedem uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG die Wahl zu, eine eigene Rechtsvertretung beizuziehen. Wird eine gemeinsame Rechtsvertretung mandatiert, so muss sich diese der latenten Gefahr von Interessenkonflikten bewusst sein, die – je nach Intensität – die Pflicht zur Mandatsniederlegung nach sich ziehen.¹³⁶⁶ Jedem Abtretungsgläubiger steht es zur Verjährungsunterbrechung frei, eine Einzelklage oder eine Einzelbetreibung einzuleiten. Die Verjährungsunterbrechung wirkt materiell auf den Anspruch des Rechtsträgers, weshalb alle Abtretungsgläubiger als Prozessstandschafter davon profitieren.¹³⁶⁷ Ein eigentlicher Vergleich, d.h. ein Vergleich, der eine Disposition über den Streitgegenstand nach sich zieht, kann nur von allen vergleichsbefugten Abtretungsgläubigern getroffen werden.¹³⁶⁸ Einen separaten Vergleich, d.h. den Verzicht auf die generelle oder die spezifische Prozessführungsbefugnis gegen ein Entgelt, kann jeder Abtretungsgläubiger einzeln vornehmen. Der Erlös aus dem separaten Vergleich kommt

¹³⁶³ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 245.

¹³⁶⁴ LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 245 am Beispiel des ausschliesslichen Lizenznehmers und Lizenzgebers.

¹³⁶⁵ Rz. 171.

¹³⁶⁶ Rz. 415 ff.

¹³⁶⁷ Rz. 417 ff.

¹³⁶⁸ Rz. 431 f.

nach vorliegender Ansicht dem den Separatvergleich schliessenden Abtretungsgläubiger zu.¹³⁶⁹

- 526 Die Aktivlegitimation ist beim Rechtsträger, d.h. im Fall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG beim Gemeinschuldner,¹³⁷⁰ zu prüfen. Die Löschung des Gemeinschuldners aus dem Handelsregister führt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zum Untergang der Forderung des Gemeinschuldners gegenüber dem Drittschuldner. Da ein Anspruch nicht ohne Rechtsträger bestehen kann, muss die Rechtspersönlichkeit des Gemeinschuldners auch bei seiner Löschung aus dem Handelsregister weiterbestehen.¹³⁷¹ Das Rechtsschutzinteresse muss sowohl bei den Abtretungsgläubigern als auch beim Rechtsträger geprüft werden.¹³⁷² Abtretungsgläubiger sind an eine vertragliche Schiedsvereinbarung zwischen dem Gemein- und dem Drittschuldner gebunden. Möchten sie originär eine Schiedsvereinbarung mit dem Drittschuldner schliessen, müssen sie dies unter Zustimmung aller prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger tun.¹³⁷³ An eine statutarische Schiedsklausel sind die Abtretungsgläubiger nur gebunden, wenn nicht der Einredeausschluss bei Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs der Gesellschaft aufgrund der Raschein-Praxis greift.¹³⁷⁴ Für die vertragliche und die statutarische Gerichtsstandsvereinbarung gelten die Feststellungen analog.¹³⁷⁵ Handelsgerichte sind basierend auf Art. 6 Abs. 2 ZPO nur zuständig, wenn alle Abtretungsgläubiger im Handelsregister eingetragen sind.¹³⁷⁶ Die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit knüpft an der Natur des Anspruchs gegenüber dem Drittschuldner an, weshalb die Abtretungsgläubiger unter Umständen auch vor dem Arbeitsgericht prozessieren können.¹³⁷⁷
- 527 Den Abtretungsgläubigern stehen verschiedene Alternativen zum Verfahren vor dem Sachgericht offen. Stellen sie ein Arrestgesuch, müssen sie dies gemeinsam tun. Führt die Information eines Abtretungsgläubigers über das Vorhaben, ein solches Gesuch zu stellen, indes aufgrund seiner Nähe zum Drittschuldner zu

¹³⁶⁹ Rz. 436 ff.

¹³⁷⁰ Rz. 122 f.

¹³⁷¹ Rz. 441 ff.

¹³⁷² Rz. 445 f.

¹³⁷³ Rz. 447 f.

¹³⁷⁴ Rz. 450.

¹³⁷⁵ Rz. 451 ff.

¹³⁷⁶ Rz. 456 ff.

¹³⁷⁷ Rz. 461.

einem faktischen Anspruchsverlust, können die übrigen Abtretungsgläubiger nach vorliegender Ansicht die Rechtsprechung zur Dringlichkeit bei der notwendigen Streitgenossenschaft anwenden: Sie machen das Arrestgesuch stellvertretend für denjenigen Abtretungsgläubiger geltend, dessen Involvierung in das Gesuch aufgrund der Vereitelungsgefahr der Arrestlegung nicht möglich ist.¹³⁷⁸ Ein provisorisches oder definitives Rechtsöffnungsverfahren ist von allen prozessführungsbefugten Abtretungsgläubigern gemeinsam zu erheben. Abtretungsgläubigern muss es möglich sein, eine aktive Betreuungsgenossenschaft zu bilden, um im Anschluss gemeinsam im provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungsverfahren aufzutreten.¹³⁷⁹ Hinsichtlich der Identitätsprüfung stellt die nebeneinander bestehende Prozessstandschaft der Abtretungsgläubiger weder bei der provisorischen noch bei der definitiven Rechtsöffnung ein Problem dar.¹³⁸⁰

Das Erteilen einer Abtretungsverfügung an einen Konkursgläubiger mit einer verspäteten Konkurs eingabe ist zulässig.¹³⁸¹ Dieser kann einem bereits durch die bestehenden Abtretungsgläubiger geführten Prozess als streitgenössischer Nebenintervenient beitreten, was die Konkursverwaltung unter Androhung des Widerrufs der Abtretungsverfügung erzwingen kann.¹³⁸² Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ändert sich durch den nachträglichen Beitritt eines Abtretungsgläubigers mit einer nachträglichen Abtretungsverfügung auch dann nicht, wenn er die Voraussetzungen für die Gerichtsbarkeit nicht erfüllt. Eine Klageänderung ist nach seinem Beitritt grundsätzlich noch möglich.¹³⁸³

Abtretungsgläubiger können ihre Konkursforderung zedieren, die Prozessführungsbefugnis geht dabei als Nebenrecht mit. Die Zession der Konkursforderung während eines Prozesses, in dem der zedierende Abtretungsgläubiger Partei ist, kann zu einem Parteiwechsel führen.¹³⁸⁴ Dies ergibt sich aus der Anwendung von Art. 84 Abs. 4 ZPO. Wird die Konkursforderung nur teilweise zediert, kann ein neuer Abtretungsgläubiger geschaffen werden, ohne dass der Zedent aus dem Verfahren ausscheidet.¹³⁸⁵

¹³⁷⁸ Rz. 464 ff.

¹³⁷⁹ Rz. 470 ff.

¹³⁸⁰ Rz. 476 f.

¹³⁸¹ Rz. 479 f.

¹³⁸² Rz. 482 ff.

¹³⁸³ Rz. 485.

¹³⁸⁴ Rz. 488 ff.

¹³⁸⁵ Rz. 495.

- 530 Die Regeln zur Auferlegung der Gerichtskosten im Rahmen der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG sind für die Abtretungsgläubiger von grosser Bedeutung, weil sie mangels materieller Regelung des Innenverhältnisses an die Kostenverteilung gebunden sind. Die Gerichtskosten sollten bei vollständigem Unterliegen zur Gleichschaltung der Gewinn- und Verlustchancen der Streitgenossen nach den Wertquoten ihrer Konkursforderungen verteilt werden.¹³⁸⁶ Im Fall eines teilweisen Unterliegens sollten nur diejenigen Abtretungsgläubiger, deren Konkursforderung nicht vom Erlös gedeckt wird, für die Gerichtskosten aufkommen müssen.¹³⁸⁷ Zur Beibehaltung der Gewinn- und Verlustchancen sollten die Gerichtskosten nicht solidarisch auferlegt werden.¹³⁸⁸ Tritt ein Streitgenosse aus dem Verfahren zurück, treffen ihn die von ihm verursachten Gerichtskosten allein, gemeinsam verursachte Gerichtskosten trägt er im Verhältnis zu seiner Wertquote.¹³⁸⁹ Ziehen die übrigen Streitgenossen nach dem Rücktritt eines Streitgenossen die Klage im Umfang seiner bei der Formulierung des Rechtsbegehrens eingegebenen Forderung zurück, sollten die durch den Klagerückzug anfallenden Gerichtskosten dem zurücktretenden Streitgenossen auferlegt werden.¹³⁹⁰ Ein Gerichtskostenvorschuss sollte von den Streitgenossen anteilmässig nach der Wertquote ihrer Konkursforderung verlangt werden.¹³⁹¹ Die Ausführungen zur anteilmässigen Kostenauflegung und Solidarität gelten analog für die Parteientschädigung. Erfüllt ein Abtretungsgläubiger die Voraussetzungen für die Prozesskaution, kann dieser unabhängig von den übrigen Streitgenossen zur Leistung der Kautions verpflichtet werden.¹³⁹² Haben die Streitgenossen mehrere Rechtsvertretungen mandatiert, kann dies das Gericht bei der Auferlegung der Parteientschädigung auf den Drittschuldner berücksichtigen.¹³⁹³ Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege steht jedem Abtretungsgläubiger unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der übrigen zu.¹³⁹⁴

¹³⁸⁶ Rz. 496 ff.

¹³⁸⁷ Rz. 504 f.

¹³⁸⁸ Rz. 506 ff.

¹³⁸⁹ Rz. 509 ff.

¹³⁹⁰ Rz. 511.

¹³⁹¹ Rz. 513 ff.

¹³⁹² Rz. 518 ff.

¹³⁹³ Rz. 521 f.

¹³⁹⁴ Rz. 523 f.

Teil 6:

Empfehlungen und Schlussbetrachtung

A. Empfehlungen für die Abtretungsgläubiger

- 531 Aufgrund der Erkenntnisse, die in Teil 4 und Teil 5 über die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG gewonnen wurden, werden folgende Empfehlungen für die Abtretungsgläubiger bei der Anspruchsdurchsetzung ausgesprochen.

I. Vertragliche Koordination

- 532 Die Dissertation hat aufgezeigt, dass die Dichotomie zwischen dem Einzelklagerecht und der Notwendigkeit eines einheitlichen Urteils nur durch die Koordination der Abtretungsgläubiger gelöst werden kann. Alleingänge im Sinne einer Einzelklage ergeben ohne Kooperation der übrigen Abtretungsgläubiger keinen Sinn; die Abtretungsgläubiger müssen zur erfolgreichen Anspruchsdurchsetzung gemeinsam vorgehen.¹³⁹⁵ Sie tun dies als Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis.¹³⁹⁶ Das Verhältnis unter ihnen unterliegt keiner materiellen Regelung, sondern ist durch die Zivilprozessordnung, das SchKG und das Formular 7K geregelt.¹³⁹⁷ Es kann für die Abtretungsgläubiger sinnvoll sein, das Verhältnis untereinander vertraglich zu regeln.¹³⁹⁸ Im Folgenden werden solche Regelungsvorschläge vorgestellt.

1. Prozessuale Vorgehensweise

- 533 Es ist sinnvoll, dass sich die Abtretungsgläubiger bereits im Vorfeld eines Prozesses über die prozessuale Vorgehensweise Gedanken machen und sich vertraglich auf eine Vorgehensweise festlegen.¹³⁹⁹ Dazu gehört die Wahl des Forums, der sachlichen Zuständigkeit, des Zeitpunkts der Prozesseinleitung und die Formulierung der Rechtsbegehren.¹⁴⁰⁰ Der Vorteil einer vorprozessualen Verständigung unter den Abtretungsgläubigern besteht darin, dass die Koordination hinsichtlich der vorgenannten Punkte in einem möglichst frühen Zeitpunkt erfolgt. Dies erlaubt

¹³⁹⁵ Rz. 279 ff.

¹³⁹⁶ Rz. 178 und Rz. 399.

¹³⁹⁷ Rz. 402 ff.

¹³⁹⁸ FHB ZPO-MOSER, Rz. 13.15.

¹³⁹⁹ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106.

¹⁴⁰⁰ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106.

den Abtretungsgläubigern herauszufinden, in welchen Punkten Meinungsverschiedenheiten bestehen und ob deren Hintergrund rein obstruktiv oder sachlich gerechtfertigt ist. Sofern keine vertragliche Regelung zustande kommt, kann auf die in dieser Dissertation dargelegten Lösungsmechanismen bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Abtretungsgläubigern zurückgegriffen werden.¹⁴⁰¹

Die Regelung der prozessualen Vorgehensweise drängt sich auch dann auf, wenn die Abtretungsgläubiger eine gemeinsame Rechtsvertretung mandatieren. Die gemeinsame Rechtsvertretung ist nämlich keine Garantie dafür, dass Uneinigkeiten unter den Abtretungsgläubigern ausbleiben. Treten diese auch nach der Mandatierung einer gemeinsamen Rechtsvertretung auf, kann ein Abtretungsgläubiger das Mandatsverhältnis beenden. Die gemeinsame Rechtsvertretung garantiert nur so lange eine einheitliche Prozessführung, wie keine entgegenstehenden Weisungen ergehen oder sie überhaupt zur gemeinsamen Stellvertretung berechtigt bleibt. 534

2. Kostentragung

Die Abtretungsgläubiger sollten auch die Aufteilung der Prozesskosten regeln.¹⁴⁰² Dies liegt daran, dass keine einheitliche Praxis darüber besteht, wie die Prozesskostenanteile bestimmt werden und ob die Streitgenossen solidarisch haften.¹⁴⁰³ Die Abtretungsgläubiger können sich dieser Unsicherheit entziehen, indem sie vor Prozessbeginn die Verteilung der Prozesskosten vertraglich vereinbaren und damit hinsichtlich der Prozesskosten ein internes Verhältnis schaffen. Nach vorliegender Ansicht ist im Fall des vollständigen Unterliegens die proportionale Verteilung der Prozesskosten nach der Wertquote der Konkursforderungen der einzelnen Abtretungsgläubiger sachgerecht. Eine solche Verteilung entspringt der Fairness und sichert einen Gleichlauf zwischen den Gewinn- und Verlustchancen der einzelnen Streitgenossen.¹⁴⁰⁴ 535

Entscheiden sich die Abtretungsgläubiger zum Beizug einer Rechtsvertretung, können die dadurch anfallenden Kosten vorab vom aus der Anspruchsdurchsetzung generierten Erlös gedeckt werden; dies gilt auch für Kosten, die über eine 536

¹⁴⁰¹ Vgl. Rz. 309 ff. für die Konkursverwaltung bei Uneinigkeit über die für die Prozesseinleitung notwendigen Elemente; vgl. Rz. 328 ff. für die Formulierung der Rechtsbegehren.

¹⁴⁰² MILANI, Koordination, S. 154; BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 106.

¹⁴⁰³ Vgl. 499 und Rz. 506 mit der aufgeführten Rechtsprechung.

¹⁴⁰⁴ Vgl. Rz. 500 ff.

zugesprochene Parteientschädigung hinaus anfallen.¹⁴⁰⁵ Reicht die Erlösverteilung zur Deckung dieser Kosten indes nicht aus, verteilen sich die Kosten der Rechtsvertretung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen auf diejenigen Abtretungsgläubiger, die eine solche mandatiert haben. Eine vertragliche Regelung, wie die Honorarforderung auf die auftraggebenden Abtretungsgläubiger aufgeteilt wird, ist unabhängig von der Qualifikation ihres Verhältnisses¹⁴⁰⁶ ebenfalls nach der Wertquote der Konkursforderung empfehlenswert.¹⁴⁰⁷

3. Vergleichsbetrag

- 537 Streitgenossen können nur gemeinsam über den Streitgegenstand disponieren.¹⁴⁰⁸ Bei einem eigentlichen Vergleich verzichten die Abtretungsgläubiger auf einen Teil des geltend gemachten Anspruchs.¹⁴⁰⁹ Da der Erlös nach den Regeln von Art. 260 Abs. 2 SchKG verteilt wird, werden nur dann alle Streitgenossen zustimmen, wenn ein jeder von der Erlösverteilung profitiert. Deckt der Vergleichserlös alle Konkursforderungen der Streitgenossen, steht einem Vergleichsschluss nichts im Weg.
- 538 Ist die Höhe des Vergleichserlöses indes geringer, ist ein Vergleich nur dann realistisch, wenn die Streitgenossen intern eine von Art. 260 Abs. 2 SchKG abweichende Erlösverteilung vertraglich vereinbaren. Weil jeder Streitgenosse mit dem Vergleichsschluss einverstanden sein muss, wird eine Vergleichsvereinbarung

¹⁴⁰⁵ BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 113; KOV Komm.-HÄUPTLI, Art. 80 N 39, spricht von berufsmässiger Vertretung ohne Differenzierung hinsichtlich der Parteientschädigung.

¹⁴⁰⁶ Ob die Abtretungsgläubiger im Rahmen der Mandatierung einer gemeinsamen Rechtsvertretung eine einfache Gesellschaft bilden, wurde soweit ersichtlich noch nicht entschieden. Bejaht man eine einfache Gesellschaft, gilt dispositiv das Kopfprinzip (Art. 533 Abs. 1 OR). Verneint man sie und wurde in der Mandatsvereinbarung eine Solidarhaftung der Abtretungsgläubiger vereinbart, dann gilt das Gleiche (Art. 148 Abs. 1 OR; BSK OR I-GRABER, Art. 148 N 2 f.). Sind die Abtretungsgläubiger gegenüber der Rechtsvertretung indes Teilschuldner, gilt mangels anderweitiger Vereinbarung ebenfalls das Kopfprinzip (VON TUHR/ESCHER, S. 291; GUHL/KOLLER, in: Guhl et al., § 6 Rz. 2).

¹⁴⁰⁷ Vgl. GUHL/KOLLER, in: Guhl et al., § 6 Rz. 1: «Wie bei der Berechtigung mehrerer Gläubiger ist es auch bei der Verpflichtung mehrerer Schuldner in erster Linie Sache der Beteiligten, das Verhältnis des einzelnen Schuldners zum Gläubiger vertraglich zu umschreiben und dem wirtschaftlichen Zweck des Schuldverhältnisses anzupassen.»

¹⁴⁰⁸ Rz. 222.

¹⁴⁰⁹ Rz. 430.

wohl nur dann möglich sein, wenn die Abtretungsgläubiger unter sich vereinbart haben, dass der Vergleichserlös proportional zur Wertquote eines jeden Streitgenossen verteilt wird. Dies stellt sicher, dass jeder Streitgenosse prozentual die gleiche Dividende auf seine Konkursforderung aus dem Vergleichserlös erhält, weshalb sich die für den Vergleichsschluss notwendige Einstimmigkeit erzielen lässt.

4. Rechtsmittelverfahren

Wird die Klage der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG nicht vollständig geschützt, stellt sich die Frage, ob die Streitgenossen ein Rechtsmittel ergreifen wollen. Es wurde dargelegt, dass nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils möglicherweise nicht mehr alle Abtretungsgläubiger am Rechtsmittelverfahren teilnehmen wollen.¹⁴¹⁰ Da die rechtsmittelwilligen Abtretungsgläubiger das Rechtsmittelverfahren ohne die rechtsmittelunwilligen Abtretungsgläubiger führen können,¹⁴¹¹ bedarf es für das Rechtsmittelverfahren keiner Einstimmigkeit.

Für die Abtretungsgläubiger kann es zur Reduktion der Verfahrensdauer und zum frühzeitigen Erhalt eines allfälligen Erlöses jedoch sinnvoll sein, sich vertraglich darauf zu einigen, dass ab einem gewissen erstinstanzlichen Erlös alle Streitgenossen auf das Rechtsmittel verzichten. Analog den Ausführungen zum Vergleich bedingt dies aber, dass intern von den Regeln der Erlösverteilung nach Art. 260 Abs. 2 SchKG abgewichen wird, um den rechtsmittelwilligen Streitgenossen die gleiche prozentuale Dividende wie den übrigen Streitgenossen zuzugestehen. Ansonsten werden diese nicht bereit sein, in eine solche vertragliche Vereinbarung einzuwilligen.

II. Gemeinsame Vertretung

Den Abtretungsgläubigern ist auf jeden Fall eine gemeinsame Rechtsvertretung zu empfehlen.¹⁴¹² Solange alle Abtretungsgläubiger bzw. Streitgenossen die Prozessführung der gemeinsamen Rechtsvertretung überlassen, ist eine konfliktfreie Anspruchsdurchsetzung gewährleistet. Besteht für alle Abtretungsgläubiger eine

¹⁴¹⁰ Rz. 339.

¹⁴¹¹ Rz. 345 ff.

¹⁴¹² Rz. 415 mit entsprechenden Lehrmeinungen, die sogar für die Pflicht der gemeinsamen Vertretung plädieren.

gemeinsame Rechtsvertretung, stellen sich eine Vielzahl der in Teil 4 aufgeworfenen Fragen nicht, weil diese von obstruktivem Verhalten eines Abtretungsgläubigers ausgehen. Die gemeinsame Rechtsvertretung kann den Abtretungsgläubigern weder aufgezwungen werden,¹⁴¹³ noch ist sie bei ausreichend starken Interessenkonflikten überhaupt möglich, weshalb die Ausführungen, wie die Abtretungsgläubiger im Fall unterschiedlicher Meinungen vorgehen können, gleichwohl begründet sind.

B. Schlussbetrachtung

I. Erfassung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG

- 542 Die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist eine *sonderbare Rechtsfigur*. Die Dichotomie des Einzelklagerechts und der Notwendigkeit des einheitlichen Urteils, die uneinheitliche Prozessführung, das jederzeitige Rücktrittsrecht und die Abtretungsverfügung – sie alle machen die dogmatisch *einheitliche Zuordnung* zu einem bestehenden Rechtsinstitut unmöglich. Stattdessen oszilliert die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zwischen den Rechtsfolgen der einfachen und der notwendigen Streitgenossenschaft sowie auch der Prozessstandschaft.¹⁴¹⁴ Gerade das Bestehen mehrerer Prozessstandschafter mit nebeneinander bestehender Prozessführungsbefugnis, deren Innenverhältnis keiner materiellen Regelung unterliegt, stellt für die Behandlung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG eine grosse Herausforderung dar. Keine Hilfe für die Einordnung bieten die Regeln der Solidargläubigerschaft oder der einfachen Gesellschaft, da die uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG nicht darunterfallen.¹⁴¹⁵
- 543 Dieses Oszillieren drückt sich auch in der Terminologie für die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG aus. Nicht wenige Autoren in der Lehre deuten mit dem Begriff «sui generis» an, dass es sich hier um eine

¹⁴¹³ Rz. 220 und Rz. 415 f.

¹⁴¹⁴ Rz. 396 ff.

¹⁴¹⁵ Rz. 402 f.

Streitgenossenschaft eigener Art handelt.¹⁴¹⁶ Vor diesem Hintergrund verwundert die hier vorgebrachte Feststellung nicht, dass sich Lehrmeinungen zum Vorgehen der uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG teilweise diametral gegenüberstehen. Je nachdem, aus welchem Blickwinkel und von welchem Rechtsinstitut aus man die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft beleuchtet, können unterschiedliche und sich widersprechende Rechtsfolgen für diese gezeichnet werden.

Da die Zivilprozessordnung auf die einfache und die notwendige Streitgenossenschaft ausgelegt ist, kann die uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG nicht immer unter bestehende Normen subsumiert werden. Dies wird beispielsweise bei der Behandlung des jederzeitigen Rücktrittsrechts offensichtlich. Weder bei der einfachen noch bei der notwendigen Streitgenossenschaft kann ein Streitgenosse einfach vom Verfahren zurücktreten, ohne dass dies gleichzeitig Wirkung auf den geltend gemachten Rechtsanspruch hätte. Erst die Auslegung der Normen erlaubt in gewissen Fällen, eine passende Subsumption der Eigenheiten der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG unter die Zivilprozessordnung.¹⁴¹⁷ Die Schwierigkeit der Erfassung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG zeigt sich auch darin, dass die Anwendung gewisser Rechtsinstitute erst durch den Analogieschluss ermöglicht wird. Ein Beispiel hierfür ist die *streitgenössische Nebenintervention*. Sie passt hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Abtretungsgläubiger. Das Bundesgericht formulierte jedoch ihre Anwendungsvoraussetzungen, ohne die Abtretungsgläubiger im Sinn zu haben.¹⁴¹⁸

Eine weitere Ebene der Komplexität, die bei der Erfassung der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG besteht, rührt daher, dass auch die *ökonomischen Interessen* der einzelnen Streitgenossen nicht einfach ignoriert werden dürfen. In rechtlicher Hinsicht machen die Streitgenossen einen gemeinsamen Anspruch geltend.¹⁴¹⁹ Aufgrund der Erlösverteilungsregeln nach Art. 260 Abs. 2 SchKG beschränkt sich ihr Interesse an der Anspruchsdurchsetzung aber einzig auf die Befriedigung ihrer jeweilig kollozierten Forderung. Dies führt dazu, dass die Streitgenossen bei ökonomischer Betrachtung «eigene»

¹⁴¹⁶ Rz. 82.

¹⁴¹⁷ Rz. 385 ff.

¹⁴¹⁸ Rz. 243.

¹⁴¹⁹ Rz. 219.

Forderungen geltend machen.¹⁴²⁰ Die ökonomische Betrachtung ruft nach einer einfachen Streitgenossenschaft, die jedoch aufgrund der Notwendigkeit des einheitlichen Urteils juristisch nicht greifen kann. Dass diese ökonomischen Anreize nicht einfach losgelöst von der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG sind, zeigt die Auseinandersetzung mit den Prozesskosten. Nur wenn die Gewinn- und Verlustchancen für jeden Streitgenossen ausgeglichen sind, kann der Zweck der Zivilprozessordnung, nämlich das Erlauben der Rechtsdurchsetzung, überhaupt gewahrt werden.¹⁴²¹

II. Wichtigste Erkenntnisse

- 546 Der Mehrwert dieser Dissertation besteht darin, dass die Anspruchsdurchsetzung mehrerer Abtretungsgläubiger als uneigentliche notwendige Streitgenossen nach Art. 260 SchKG erstmals einer umfassenden Analyse im Rahmen der eidgenössischen Zivilprozessordnung unterzogen wurde. Die Analyse findet in Teil 4 mit der Behandlung der Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG und in Teil 5 mit einer weitergehenden Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur statt. Abschliessend werden die wichtigsten Erkenntnisse dargelegt, die durch die Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG in dieser Dissertation gewonnen werden konnten. Zusammenfassungen über den Inhalt der Dissertation finden sich jeweils am Ende der einzelnen Teile.¹⁴²²
- 547 Das Bundesgericht hat durch das Erfordernis der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung einen Koordinationsansatz hinsichtlich der Dichotomie zwischen dem Einzelklagerecht und der Notwendigkeit des einheitlichen Urteils geschaffen: Nur wenn alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert sind, kann ein Sachurteil ergehen.¹⁴²³ Als eine der zentralen Forderungen dieser Dissertation wird dafürgehalten, dass Gerichte die Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung sogleich nach der Prozesseinleitung

¹⁴²⁰ Rz. 401.

¹⁴²¹ Rz. 503.

¹⁴²² Rz. 137 ff. für Teil 2 «Grundlagen»; Rz. 210 ff. für Teil 3 «Art. 260 SchKG im Besonderen»; Rz. 405 ff. für Teil 4 «Eigenschaften der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG», Rz. 525 ff. für Teil 5 «Weitergehende Auseinandersetzung mit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG».

¹⁴²³ Rz. 225.

prüfen.¹⁴²⁴ Das Einzelklagerecht verliert damit *de facto* an Gehalt. Entweder die prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger machen den Prozess gemeinsam hängig oder es ergeht ein Nichteintretensentscheid.¹⁴²⁵ Die prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger sollten vor diesem Hintergrund auch andere Prozesse als denjenigen vor dem Sachgericht, beispielsweise ein Arrest- oder ein Rechtsöffnungsverfahren, gemeinsam einleiten. Das Gleiche gilt für die Einleitung einer Betreibung.¹⁴²⁶

Die gemeinsame Prozesseinleitung erfordert, dass sich die Abtretungsgläubiger 548 hinsichtlich des Vorgehens absprechen und Einigkeit über die für die Prozesseinleitung notwendigen Punkte besteht. Können sich die Abtretungsgläubiger nicht einigen, kann die Konkursverwaltung Weisungen erlassen, bei deren Missachtung die Abtretungsverfügung widerrufen werden kann.¹⁴²⁷ Bei der Formulierung der Rechtsbegehren kann jeder Abtretungsgläubiger eine Forderung eingeben, deren Summe die Rechtsbegehren ergeben.¹⁴²⁸ Sind alle prozessführungsbefugten Abtretungsgläubiger im Prozess involviert, können sie gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und vorliegender Meinung den *Prozess uneinheitlich führen*. Insofern steht es den Abtretungsgläubigern offen, eigene Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Beweisanträge und Rechtsausführungen einzubringen. Das Gericht ist gehalten, Widersprüche mittels gerichtlicher Beweiswürdigung aufzulösen.¹⁴²⁹ Die Disposition über den Streitgegenstand, wie beispielsweise ein Vergleich, ein Klagerückzug oder eine Klageanerkennung, kann indes nur durch alle uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG gemeinsam erfolgen.¹⁴³⁰

Als Ausnahme von der gemeinsamen Prozesseinleitung besteht das Rechtsmittelverfahren, in dem mehrere Rechtsmitteleingaben möglich sein müssen. Dieser 549 Unterschied begründet sich durch das Vorliegen der kurzen und nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist, die ansonsten für die Anspruchsdurchsetzung im Rechtsmit-

¹⁴²⁴ Rz. 280.

¹⁴²⁵ Als Ausnahme hiervon ist es denkbar, dass die Koordination der nicht im Prozess involvierten Abtretungsgläubiger noch innert der vom Gericht angesetzten Frist zur Erfüllung der Prozessführungsbefugnis als Prozessvoraussetzung erfüllt wird. Dies basiert auf dem freiwilligen Entscheid der nicht in die Einzelklage involvierten Abtretungsgläubiger, da sie nicht in das Verfahren gezwungen werden können (vgl. Rz. 268 f.).

¹⁴²⁶ Rz. 470 ff.

¹⁴²⁷ Rz. 309 ff.

¹⁴²⁸ Rz. 328 ff.

¹⁴²⁹ Rz. 377 f.

¹⁴³⁰ Rz. 222.

telverfahren letal wäre.¹⁴³¹ Auch können die Abtretungsgläubiger eine Einzelklage bzw. eine Einzelbetreuung eingeben. Ihr Zweck beschränkt sich einzig auf die Verjährungsunterbrechung, die für alle übrigen Abtretungsgläubiger in Höhe der geltend gemachten Begehren oder der Betreuungssumme wirkt.¹⁴³²

- 550 Eine Besonderheit der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG ist das jederzeitige Rücktrittsrecht. Seine Einordnung in der Zivilprozessordnung bereitet Schwierigkeiten. Da ein uneigentlicher notwendiger Streitgenosse nach Art. 260 SchKG allein keinen Klagerückzug erklären kann, wird das Verfahren bei der Ausübung des Rücktrittsrechts nur für ihn abgeschrieben.¹⁴³³ Die übrigen Streitgenossen führen das Verfahren fort. Möchten sie die Klage nach dem Rücktritt eines Streitgenossen reduzieren, um nicht ein Forderungsbegehren geltend zu machen, das höher als die Summe ihrer Konkursforderungen ist, müssen die aus dem Klagerückzug entspringenden Gerichtskosten denjenigen Streitgenossen treffen, der durch seinen Rücktritt hierzu Anlass gegeben hat.¹⁴³⁴
- 551 Die letzte wichtige Erkenntnis ist, dass je nachdem, wie Gerichte die Prozesskosten den uneigentlichen notwendigen Streitgenossen nach Art. 260 SchKG auferlegen, Abtretungsgläubiger mit relativ kleinen Konkursforderungen sich aufgrund des Missverhältnisses zwischen dem potenziellen Gewinn und Verlust der Anspruchsdurchsetzung enthalten.¹⁴³⁵ Damit alle Abtretungsgläubiger, unabhängig von der Grösse ihrer Konkursforderung, der gleichen Anreizstruktur ausgesetzt sind, ist eine weitere zentrale Forderung dieser Dissertation, dass Gerichte die Prozesskosten anteilmässig zur Wertquote der Konkursforderung der einzelnen Abtretungsgläubiger verteilen sollen. Mit dem Inkrafttreten von Art. 106 Abs. 3 ZPO-2025 wird diese Forderung dann auch *de lege ferenda* eine Grundlage in der ZPO erhalten. Die Norm sieht vor, dass bei der anteilmässigen Kostenverteilung unter Streitgenossen auf die Beteiligung eines jeden Streitgenossen am Streitwert abgestellt wird.¹⁴³⁶

¹⁴³¹ Rz. 357.

¹⁴³² Rz. 417 ff.

¹⁴³³ Rz. 388 ff.

¹⁴³⁴ Rz. 511.

¹⁴³⁵ Rz. 499 ff.

¹⁴³⁶ Rz. 502.

Stichwortverzeichnis

Die Verweise beziehen sich auf die Rz.

A

- Abschreibungsbeschluss
 - nach Art. 206 ZPO, 288 ff.
 - nach Art. 242 ZPO, 387 ff.
- Abstimmung nach Wertquote, 320 ff.
- Abtretung nach Art. 230a SchKG, 208 f.
- Abtretung nach Art. 260 SchKG
 - bedingte, 157, 180
 - Begehren, 166
 - Inhalt, 167
 - Rechtsnatur, 146 ff.
 - Voraussetzungen, 152 ff.
- Actio duplex, s. doppelseitige Klage
- Admassierung, 132
- Aktivlegitimation, 32, 124, 291, 441 ff.
- Akzessorietät, 160, 170, 492
- Anerkennungserklärung, 45
- Anschlussberufung, 361 ff.
- Arbeitsgericht, 461
- Arrestverfahren, 464 ff.
- Auftrag, 149
- Ausgleichsklage nach Art. 105 FusG, 100
- Aussonderung, 132

B

- Beiladung, 247
- Beschlussanfechtungsklagen, 94 ff., 257, 276
- Beschwer
 - formell, 30
 - materiell, 30
- Betreibung, 421
- Betreibungsgenossenschaft, 470 ff.

D

- Doppelseitige Klage, 57, 298

E

- Einfache Gesellschaft, 402
- Einfache Streitgenossenschaft, 66 ff.
- Einstimmigkeitsprinzip, 49 ff., 297 ff., 372 ff.
- Einzelklage
 - gerichtliche Handhabung, 282
 - Handhabung der Schlichtungsbehörde, 287 ff.
 - Koordination, 233 ff.
 - kritische Würdigung, 271 ff.
 - Lehre und Rechtsprechung, 218
 - Zwangskoordination, 267 ff.
 - Zweck, 276 ff.
- Erfassen auf der Passivseite, 46
- Erlösverteilung, siehe Verteilung des Erlöses

F

- Feststellungsurteil, 184 ff.
- Formeller Parteibegriff, 21, 255, 458
- Formular 7K, 169 ff., 285, 397 f.

G

- Gemeinschuldner, 19, 119 ff., 141
- Generelle uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft, 88 ff.
- Gerichtskosten, 496 ff.
- Gerichtskostenvorschuss, 513 ff.
- Gerichtsstandsvereinbarung
 - gesetzliche, 451 ff.
 - statutarische, 455
 - vertragliche, 454
- Gesamthandsgemeinschaften, 38, 298
- Gestaltungsklagen, 91, 108

H

Handelsgericht, 72, 457 ff., 484
Handelsregistereintrag, 443, 457 ff., 484

I

Identitätsprüfung, 476
Interessenkonflikt
– Abtretungsgläubiger, 365 ff.
– Rechtsvertretung, 416, 541
Inventaraufnahme, 127

J

Jederzeitiges Rücktrittsrecht, 189, 223,
509 ff.

K

Kettenabtretung, 158 ff.
Klageänderung, 391, 485
Klagebewilligung, 293
Klagerückzug, 222, 387 ff.
Kollokation, 157
Konkurs
– -dekret, 118 ff., 441
– -einstellung mangels Aktiven, 128, 136
– -eröffnung, 120
– -masse, 118 ff., 477
– -schluss, 135, 188
Konkursverfahren
– ordentliches, 130
– summarisches, 134
Konkursverwaltung
– Abgrenzung, 262 f.
– Befugnisse, 264 ff.

L

Leistungsklagen, 100 ff., 445
Liquidation
– juristische Person, 119
– Konkursvermögen, 192
Liquidationsvergleich, s. Nachlassvertrag
mit Vermögensabtretung

M

Meinungsverschiedenheiten unter den Ab-
tretungsgläubigern, 313, 353 ff., 377 f.

N

Nachkonkurs, 136
Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung,
205 ff.
Nebenintervention, 238
Nichtigkeit, 187
Notwendige Streitgenossenschaft, 36 ff.
Notwendigkeit des einheitlichen Urteils,
219

O

Örtliche Zuständigkeit, 307, 451 ff.

P

Parallelklage, 218, 252
Partei- und Prozessfähigkeit, 25, 41
Parteientschädigung, 516 ff.
Parteivertretung, s. Rechtsvertretung
Parteiwechsel, 48, 237, 484
Passive Abtretungsgläubiger, 311, 351 f.,
376 ff.
Passivlegitimation, 32
Passivseitiges ins Recht fassen, 46, 344
Paulianische Anfechtungsklage, 155
Pfändungsgläubiger, 202 ff.
Pflicht zum persönlichen Erscheinen,
288 ff.
Potenzieller Gewinn und Verlust, 194 ff.
Prozessführungsbefugnis
– Einräumung, 23 f., 177 f.
– Wegfall, 179 ff.
Prozessführungsbefugnis als Prozessvor-
aussetzung
– Beweislast, 230
– Heilbarkeit, 226
– Novenregelung, 230 f.
– Prüfzeitpunkt, 227 ff., 282, 287
– Rücktrittsrecht, 386
Prozesskaution, 518 ff.
Prozesskostenrisiko, 78, 191, 330, 501

Prozessstandschaft, 19 ff., 151 f., 399
 Prozessvoraussetzungen
 – einfache Streitgenossenschaft, 70 ff.
 – notwendige Streitgenossenschaft, 41 ff.
 Prozessstandschaft, 25 ff.

R

Raschein-Praxis, 450, 455
 Rechtsbegehren, 325
 Rechtshängigkeit, 253 ff.
 Rechtskraft, 29, 61
 Rechtskrafterstreckung, 91, 257 f., 342
 Rechtsmittelergreifung
 – Abtretungsgläubiger, 336 ff.
 – einfache Streitgenossenschaft, 79
 – notwendige Streitgenossen, 64 f.
 – vertragliche Regelung, 539 f.
 Rechtsprechung zur Dringlichkeit, 53 f., 344
 Rechtsschutzinteresse, 445 f.
 Rechtsträger, 23, 122 ff.
 Rechtsvertretung, 415 f., 521 f., 541
 Reformatio in peius, 361 ff.
 Rückerstattungsklage, 101
 Rücktrittsrecht, s. jederzeitiges Rücktrittsrecht

S

Sachlegitimation, 32, 44
 Sachliche Zuständigkeit
 – notwendige Streitgenossenschaft, 43
 – uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft, 456 ff.
 Schiedsvereinbarung
 – statutarisch, 449 f.
 – vertraglich, 447 f.
 Sicherheit für die Parteientschädigung, s. Prozesskaution
 Solidargläubigerschaft, 403
 Solidarhaftung, 506 ff.
 Statusklagen, 97 ff.
 Stellvertretung nach Art. 70 Abs. 2 ZPO, 51, 344
 Streitgenossenschaft

– aktive, 35
 – einfache, 66 ff., 401
 – generelle uneigentliche notwendige, 80 ff.
 – notwendige, 36 ff., 400
 – passive, 35
 Streitgenössische Nebenintervention, 239 ff.
 Streitwert, 391 f.
 Subjektive Klagenhäufung, 35
 Substratsvermehrungsansprüche, 155

U

Überlassung zur Eintreibung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG, 202 ff.
 Überweisung, s. Verfahrensüberweisung
 Uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft nach Art. 260 SchKG
 – dogmatische Einordnung, 396 ff.
 – Eigenschaften, 218 ff.
 Uneinheitliche Prozessführung, 89 f., 220, 363 ff.
 Unentgeltliche Rechtspflege, 523 f.
 Urteilssurrogat, 222

V

Verantwortlichkeitsklage, 102 f., 369, 450, 455, 506
 Verfahrensüberweisung, 260
 Verfahrensvereinigung, 261
 Verfügungsbefugnis, 34, 120 ff.
 Vergleich, 222, 428 ff.
 – echter und unechter, 429
 – eigentlicher und separater, 430
 – vertragliche Vereinbarung, 537
 Verjährungsunterbrechung, 417 ff.
 Versteigerung, 145
 Verteilung des Erlöses, 190 ff., 359 f., 393 ff., 433
 Verteilungsliste, 134 f.
 Verzicht auf die Prozessführungsbefugnis, 234 f.
 Verzichtsbeschluss der Gläubigersamtheit, 164 ff.

Vollstreckung, 31
Vollstreckungsstandschaft, 177 f.
Vorsorgliche Massnahme, 463

W

Wertquote, 319, 489, 501
Widerrufsbefugnis der Konkursverwaltung, 173, 183, 264 ff., 482 f.

Widersprüchliche Prozesshandlungen, 56, 220 ff., 363 ff.
Widersprüchliche Urteile, 341 ff.

Z

Zession, 147 ff., 251, 486 ff.

Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG bilden bei der klägerischen Anspruchsdurchsetzung eine sog. uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft. Diese Rechtsfigur ist stark von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geprägt. Die vorliegende Dissertation ordnet diese Streitgenossenschaft im Kontext der revidierten ZPO ein und schärft damit ihre Konturen. Das Hauptaugenmerk liegt auf der Auseinandersetzung mit dem Einzelklagerecht der Abtretungsgläubiger und deren Recht, den Prozess uneinheitlich zu führen. Dabei werden eine Vielzahl praxisrelevanter Fragen beantwortet, die sich aufgrund des Bestehens mehrerer Abtretungsgläubiger von der vorprozessualen Phase bis zum Rechtsmittelverfahren in der ZPO stellen. Aufgrund der umfassenden Aufarbeitung der Rechtsprechung und Literatur eignet sich die Dissertation für Gerichte und Praktiker gleichermaßen.

