

- 16** – **Abtretung von Rechtsansprüchen der Konkursmasse an mehrere Gläubiger (Art. 260 SchKG). Rechtsnatur und Wirkungen der (uneigentlichen bzw. bedingten) notwendigen Streitgenossenschaft mehrerer Abtretungsgläubiger (Erw. 2, 3a). Befugnis einzelner von mehreren Abtretungsgläubigern zur Stellung eines Arrestgesuchs (Art. 271 ff. SchKG) (Erw. 3b, 4a).**
- **Bei Aufhebung des das Arrestgesuch abweisenden bzw. darauf nicht eintretenden Entscheids des Arrestrichters durch den Kantonsgerichtsausschuss als Beschwerdeinstanz (Art. 17 Abs. 1 Ziff. 4 GVV zum SchKG) ist die Sache zur materiellen Beurteilung des Arrestgesuchs an den Bezirksgerichtspräsidenten als Arrestrichter zurückzuweisen (Erw. 4b).**

*Aus dem Sachverhalt:*

Im Konkurs der YS. (Switzerland) AG, An./ZH (im Folgenden YS.), sind A. X., mit einer Forderung von Fr. 5 107.65, die X. Treuhand AG mit Fr. 22 024.–, B. X.-J. mit Fr. 1 466.65 sowie S. Q. mit Fr. 14 018.90 als Gläubiger zugelassen. Mit Verfügungen vom 4. und 6. Januar 2005 trat ihnen das Konkursamt An./ZH als Konkursverwaltung gewisse Rechtsansprüche der Masse (Forderung gegen V. Q., A. X. und der X. Treuhand AG aus Nachliberierung von nicht einbezahltem Aktienkapital der YS.; Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 725 ff. OR gegen alle mit der Gründung, Verwaltung, Geschäftsführung und -prüfung betrauter Personen in unbestimmter Höhe; Forderung gegen V. Q. aus Autorenrechten in unbestimmter Höhe) gestützt auf Art. 260 SchKG ab, zwecks Geltendmachung dieser Rechte an Stelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr. Den 4 Abtretungsgläubigern wurde von der Konkursverwaltung eine erste Klagefrist bis zum 31. Juli 2005 gesetzt, welche in der Folge bis am 31. Oktober 2005 und anschliessend bis am 31. März 2006 erstreckt wurde.

Am 31. Oktober 2005 gelangten A. X., die X. Treuhand AG und B. X. J. mit einem Gesuch um Erlass eines Arrestbefehls gegen V. Q. an den Bezirksgerichtspräsidenten Surselva. Sie beehrten, es seien die auf den Namen von V. Q. im Grundbuch Laax eingetragenen Grundstücke Nrn. S50392, M51488 und M54284 superprovisorisch zu Gunsten der Gesuchsteller mit Arrest zu belegen. Ihr Arrestgesuch stellten A. X., die X. Treuhand AG und B. X.-J. auch im Namen des – sich nicht aktiv beteiligenden – S. Q., welcher der Sohn des Gesuchsgegners V. Q. ist. Sie begründeten dies damit, dass die Gesuchsteller zusammen mit dem Abtretungsgläubiger S. Q. zwar eine notwendige Streitgenossenschaft bilden würden. Auf das Gesuch sei indessen

auch dann einzutreten, wenn eine aktive Beteiligung des vierten Abtretungsgläubigers nicht vorliege, da Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG bloss eine uneigentliche Streitgenossenschaft bilden würden, bei der wohl eine einheitliche Geltendmachung notwendig sei, ein einzelner, welcher nicht mitmachen wolle, jedoch «draussen bleiben» könne (unter Hinweis auf Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1993, Bd. II, S. 355 N 43 Anm. 75). Ein Beibringen der Einwilligung oder eine Einweihung von S. Q. käme im Übrigen der Warnung seines Vaters und Gesuchsgegners V. Q. gleich, was den Zweck des Arrestverfahrens von vorneherein vereiteln würde. Das Gesuch sei daher auch ohne ausdrücklichen Antrag von S. Q. superprovisorisch zu bewilligen.

Mit Entscheid vom 2. November 2005 wies der Bezirksgerichtspräsident Surselva das Gesuch ab und überband den Gesuchstellern die Verfahrenskosten von Fr. 400.–. Die Abweisung des Arrestgesuchs wurde im Wesentlichen damit begründet, die Forderungen gegenüber dem Gesuchsgegner beruhten auf Masseansprüchen im Konkurs der YS. AG, welche den Gesuchstellern gemäss Art. 260 SchKG abgetreten worden seien. Alle 4 Gesuchsteller bildeten demzufolge zusammen eine notwendige Streitgenossenschaft. Nachdem nicht alle notwendigen Streitgenossen in das vorliegende Verfahren einbezogen worden seien, sei das Arrestgesuch bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

Der Kantonsgerichtsausschuss heisst die von A. X., der X. Treuhand AG und B. X.-J. gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde gut und weist die Sache zur materiellen Beurteilung des Arrestgesuchs an die Vorinstanz zurück.

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführer und S. Q. haben sich von der Konkursverwaltung gestützt auf Art. 260 SchKG das Recht erteilen lassen, bezüglich bestimmter Ansprüche der Konkursmasse an Stelle der Masse gegen V. Q. zu prozessieren. Der Rechtsgrund für ihre Prozessgemeinschaft liegt indessen nicht darin, dass die Konkursmasse der YS. allenfalls Ansprüche gegen V. Q. auf Aktienliberierung oder aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hat, sondern allein in der besonderen, vorab prozessrechtliche Wirkungen entfaltenden «Abtretung» nach Art. 260 SchKG. Die Beschwerdeführer sind nicht durch die Rechtsnatur der materiell-rechtlichen Ansprüche, die sie geltend machen wollen, miteinander verbunden. Weder der Aktienliberierungsanspruch der Konkursmasse der YS. gegen V. Q. noch die unterschiedlichen Rechtsgründe für ihre kollozierten Ansprüche gegen die Konkursmasse der YS. binden die Beschwerdeführer und/oder S. Q. untereinander. Insoweit die Vorinstanz das Arrestgesuch wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen hat, ist das angefochtene Erkenntnis jedenfalls unzutref-

**16** PKG 2006

fend. Wenn schon, wäre auf das Arrestgesuch wegen fehlender Prozessführungsbefugnis, also mangels einer formellen Sachurteilsvoraussetzung, nicht einzutreten gewesen (vgl. dazu Christoph Leuenberger, Die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nach Art 260 SchKG, in Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 198 f.).

3.a. Gemäss dem obligatorischen Konkursformular K 7 (Ziffer 5 dasselbst), welches vorliegend auch das Konkursamt An. verwendet hat, ist die den Abtretungsgläubigern erteilte Prozessführungsermächtigung an die Bedingung geknüpft, dass sie in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen auftreten.

b. Das Bundesgericht hat zu Rechtsnatur und Zweck der aus einer Abtretung eines Masseanspruchs gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger entstehenden Streitgenossenschaft in BGE 121 III 488 ausgeführt: Haben sich mehrere Gläubiger denselben Anspruch der Masse abtreten lassen, bilden sie unter sich eine notwendige Streitgenossenschaft, da nur ein einziges Urteil über den Anspruch ergehen kann; es muss ihnen aber das Recht gewahrt bleiben, unabhängig voneinander Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten und auf eine Weiterführung des Prozesses ohne Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger zu verzichten.

Die Streitgenossenschaft ist eine notwendige, wenn mehrere Personen Rechte nur gemeinsam geltend machen oder wenn Rechte ihnen gegenüber nur als Gesamtheit geltend gemacht werden können beziehungsweise wenn mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass für alle Beteiligten nur im gleichen Sinn entschieden werden kann; in diesem Fall können sie auch im Prozess nur gemeinsam als Partei auftreten; ob dies zutrifft, ergibt sich aus dem materiellen Recht (BGE 121 III 488, E. 2a).

Bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG handelt es sich um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das auch schon als eine Form der Prozessstandschaft bezeichnet wurde. Die Abtretungsgläubiger handeln zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, werden durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs; abgetreten wird ihnen nur das Prozessführungsrecht der Masse. Dass sie denselben, einheitlichen Anspruch geltend machen, spricht im Grundsatz dafür, sie auch zu einem einheitlichen prozessualen Verhalten im Sinn einer notwendigen Streitgenossenschaft zu verpflichten. Denn mit dem Institut der Abtretung nach Art. 260 SchKG geht es nicht nur darum, widersprechende Urteile zu vermeiden; vielmehr muss die beklagte Partei sich auch nicht auf einen Prozess eines einzelnen Abtretungsgläubigers einlassen, nachdem jeder die gesamte abgetretene Forderung einklagen und der Beklagte mit befreiender Wirkung nur an sämtliche prozessführenden Gläubiger leisten kann (BGE 121 III 488, E. 2b, 121 III 291 E. 3a).

Allerdings belässt Art. 260 SchKG jedem Abtretungsgläubiger nicht nur das Recht, von der Klageeinleitung überhaupt abzusehen; vielmehr ist ihm auch freigestellt, einen aussergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleich abzuschliessen oder aber eine eingeleitete Klage wieder zurückzuziehen. Selbst wenn es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG um eine notwendige Streitgenossenschaft handeln würde, bilden die Streitgenossen kein unteilbares Ganzes. Keiner von ihnen wird an der prozessualen Durchsetzung seines Rechts gehindert. Auch bei der Annahme, es liege eine notwendige Streitgenossenschaft vor, könnte der einzelne von den übrigen Gläubigern unabhängige – selbst widersprechende – Vorbringen geltend machen und sich durch einen eigenen Anwalt vertreten lassen. In diesem Sinn gebietet Art. 260 SchKG somit im Unterschied zu gewissen, eine notwendige Streitgenossenschaft begründenden Normen des materiellen Bundesrechts nicht, dass sämtliche gemeinsam Berechtigten den Prozess einleiten, führen und stets übereinstimmend handeln. In der Lehre wird denn auch von einer uneigentlichen notwendigen beziehungsweise von einer bedingten notwendigen Streitgenossenschaft gesprochen (BGE 121 III 488, E. 2c, mit Hinweisen; Fritzsche/Walder, a.a.O., S. 355, N 43 Anm. 75).

Art. 260 SchKG verlangt andererseits, dass der Richter über einen Anspruch der Masse auch dann in einem einzigen Urteil entscheidet, wenn die Prozessführungsbefugnis über diesen Anspruch an mehrere Gläubiger abgetreten wurde. Nur unter dieser Voraussetzung ist gewährleistet, dass das Ergebnis nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen der prozessführenden Abtretungsgläubiger entsprechend ihrem Rang verwendet werden kann, wie es Art. 260 Abs. 2 SchKG vorschreibt. Das Anliegen, widersprechende Urteile über denselben Anspruch zu vermeiden, – das namentlich dann unabdingbar ist und nicht nur im Interesse des Beklagten liegt, wenn ein Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten Sache oder einer Sachgesamtheit Gegenstand der Abtretung beziehungsweise der prozessualen Geltendmachung durch die Gläubiger bildet – könnte zwar auch durch die Grundsätze der materiellen Rechtskraft und der Litispendenz gewahrt werden. Damit wäre jedoch dem Prinzip der Gleichbehandlung nicht Rechnung getragen. Die Gläubiger, welche sich einen Anspruch abtreten lassen und diesen mittels Klage durchsetzen wollen, haben sich daher abzusprechen, wie es Ziffer 5 des Formulars 7 K verlangt. Sie bilden in dem Sinn eine notwendige Streitgenossenschaft, als der Richter die Klage eines einzelnen oder einzelner Gläubiger nicht beurteilen darf, solange nicht feststeht, dass kein anderer mehr klagen kann. Sofern der mit der Klage einzelner Gläubiger befasste Richter zur Beurteilung des abgetretenen Anspruchs ausschliesslich zuständig ist, erscheint es zwar bundesrechtlich nicht als ausgeschlossen, verschiedene Klagen zu vereinigen und den bundesrechtlichen Anforderungen auf diese Weise Rechnung zu tragen. Stehen

**16** PKG 2006

jedoch verschiedene Gerichtsstände zur Verfügung oder vermögen sich die prozesswilligen Abtretungsgläubiger auf ein prozessual abgestimmtes Vorgehen nicht zu einigen, so ist es Sache des Konkursamtes, auf entsprechendes Begehren eines Gläubigers die erforderlichen Weisungen zu erteilen, um ein gemeinsames prozessuales Vorgehen sicherzustellen (BGE 121 III 488, E. 2d).

Das Bundesrecht schreibt mithin vor, dass sämtliche Klagen im selben Verfahren beurteilt werden und dass über den einheitlichen Anspruch, der Gegenstand der mit der Abtretung verliehenen Prozessführungsbefugnis bildet, ein einheitliches Urteil ergeht. In diesem Sinn ist die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger eine notwendige. Eine einheitliche Prozessführung darf indes von den Gläubigern nicht verlangt werden. Auch wenn sie nach dem massgebenden kantonalen Recht die Verfahrensregeln der notwendigen Streitgenossenschaft zu beachten haben, muss ihnen daher vorbehalten bleiben, unabhängig von den andern Klägern Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten und auf eine Weiterführung des Prozesses zu verzichten, ohne dass dies den Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger zur Folge hätte (BGE 121 III 488, E. 2e; Stephen V. Berti, Basler Kommentar, N 56 ff. zu Art. 260 SchKG).

b. Es ist unbestreitbar, dass sich die Streitgenossenschaft der Abtretungsgläubiger nicht aus dem materiellen Recht ergibt. In BGE 121 III 488 rechtfertigt denn auch das Bundesgericht die Annahme einer bedingt notwendigen Streitgenossenschaft bei Abtretungen nach Art. 260 SchKG nicht mit der Unteilbarkeit des materiellen Anspruchs an sich, sondern lediglich mit der Notwendigkeit einer formal einheitlichen, das heisst alle am Prozess teilnehmenden Abtretungsgläubiger bindenden Entscheidung (vgl. dazu auch Eva Geier, Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis, Bern 2005, S. 15 f.). Mit dieser einheitlichen Entscheidung kann sodann offensichtlich nur das Erkenntnis in der Hauptsache, also jenes über den Bestand, die Einklagbarkeit etc. des Masseanspruchs als solchen gemeint sein. Eine Aussage darüber, ob beispielsweise vorsorgliche Massnahmen im Prozess oder eben auch der Arrest als provisorisches Sicherungsinstrument ebenso ein einheitliches Vorgehen aller Abtretungsgläubiger voraussetze, ist damit nicht getroffen. Nach Auffassung des Kantonsgerichtsausschusses kann für den Arrest ein derartiges Vorgehen aller Abtretungsgläubiger nicht verlangt werden. Denn der Umstand, dass nicht allen von mehreren Abtretungsgläubigern ein Arrest zugestanden wird, verhindert weder, dass in der Hauptsache sämtliche Klagen im selben Verfahren beurteilt werden, noch, dass über den Anspruch, der Gegenstand der mit der Abtretung verliehenen Prozessführungsbefugnis bildet, nur ein einziges, einheitliches Urteil ergeht. Eine Gefahr, dass widersprüchliche Urteile über ein und denselben Anspruch gefällt werden könnten, ist nicht auszumachen.

4.a. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass A. X., die X. Treuhand AG und B. X.-J. auch ohne Mitwirkung von S. Q. befugt sind, einen Arrest zur Absicherung eines allfälligen Prozessgewinns anzustrengen. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

b. Abzuweisen ist die Beschwerde indessen insoweit, als die Beschwerdeführer verlangen, der Kantonsgerichtsausschuss habe die im Grundbuch der Gemeinde Laax auf den Namen von V. Q. eingetragenen Grundstücke Nrn. S50392, M51488 und M54284 zu ihren Gunsten mit Arrest zu belegen.

Die funktionelle Zuständigkeit liegt vorliegend nur deshalb und bloss gestützt auf das kantonale Recht von Art. 17 Abs. 1 Ziff. 4 GVVSchKG beim Kantonsgerichtsausschuss, weil es sich beim Anfechtungsobjekt um einen abweisenden Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten als dem erstinstanzlichen Arrestrichter beziehungsweise nach richtiger Lesart um einen Nichteintretensentscheid desselben handelt (vgl. Hans Reiser, Basler Kommentar, Basel 1998, N 45 zu Art 278 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. Zürich 1997/1999 N 9 zu Art. 278 SchKG). Der Kantonsgerichtsausschuss als Beschwerdeinstanz kann diesfalls das materielle Rechtsbegehren nicht behandeln, ansonsten eine, respektive unter Einrechnung des Einspracheverfahrens gemäss Art. 278 SchKG/Art. 15 Abs. 1 Ziff. 16 GVVSchKG funktionell sogar zwei von Bundesrechts wegen vorgeschriebene Instanzen übersprungen würden. Auf die Ausführungen sämtlicher beteiligten Rechtsvertreter zu den Fragen, wo V. Q. seinen Wohnsitz habe und ob die übrigen materiellen Voraussetzungen für eine Arrestlegung gegeben seien, ist folglich nicht weiter einzugehen. Stattdessen ist die Sache zur materiellen Behandlung des Arrestgesuchs an den Vorderrichter zurückzuweisen.

Nach zürcherischer Praxis ist die Arresteinsprache auch bei einem erstmals in zweiter Instanz bewilligten Arrest beim Einzelrichter am Bezirksgericht anzubringen. Die nach Art. 278 SchKG vorgesehene Möglichkeit zur Einsprache der von einem Arrest Betroffenen (namentlich des Beklagten als Schuldner), welche beim «Arrestrichter» anzubringen ist, hat – wo der Arrest erst im Rekursverfahren bewilligt wird – nicht beim Obergericht, sondern mit Blick auf den nach Art. 278 Abs. 3 SchKG möglichen Weiterzug an eine obere kantonale Instanz, vor welcher neue Tatsachen geltend gemacht werden können, beim erstinstanzlich zuständigen Einzelrichter im summarischen Verfahren zu erfolgen (vgl. AJP 1999, S. 1026). Nach dieser Praxis kann demnach der Arrestbefehl auch erstmals durch die bundesrechtlich vorgeschriebene Weiterzugsinstanz ausgesprochen werden.

Bei der Arresteinsprache gemäss Art. 278 Abs. 3 SchKG handelt es sich zwar nicht um ein eigentliches Rechtsmittel, sondern um einen Rechts-

**16** PKG 2006

behelf sui generis, dessen Zweck vorab darin liegt, dem bislang nicht angehörten Arrestschuldner das rechtliche Gehör zu gewähren. Das Einspracheverfahren ist nicht Rechtsmittel im herkömmlichen Sinne (namentlich nicht an eine obere Instanz gerichtet), sondern kontradiktorische Wiederholung des Einparteienverfahrens, in welchem der ursprüngliche Befehl gegebenenfalls im Licht der nachmaligen Erkenntnisse ohne Beschränkungen in Wiedererwägung gezogen werden muss (AJP 1999, S. 1027). Letztlich ist somit nicht zu übersehen, dass der Arrestrichter bei der Einsprache seinen Arrestbefehl auch materiell überprüft – das «Anfechtungsobjekt» sollte daher auch sein eigener Arrestentscheid sein. Das Verfahren gemäss Art. 278 Abs. 1 und 2 SchKG ist ein Einspracheverfahren im technischen (verfahrensrechtlichen) Sinne. Die Einsprache richtet sich an denselben Richter, der über die gleiche Kognition verfügt wie beim Erlass der gerügten Entscheidung. Sie findet vor dem Arrestrichter statt, welcher den Befehl erlassen hat (Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht, in AJP 1996, S. 1410). Nach der Konzeption des Bundesrechts und der allgemein so verstandenen Natur der Einsprache (beim iudex a quo) hat der Arrestrichter und Arresteinspracherichter folglich derselbe Richter zu sein. Im Speziellen erschiene darüber hinaus justizorganisatorisch fragwürdig, dass der Bezirksgerichtspräsident als funktionell untere Stufe einen Arrestbefehl des ihm übergeordneten Kantonsgerichtsausschusses überprüft und die Sache dann abermals mit Beschwerde vor den Kantonsgerichtsausschuss, welcher in der Sache bereits einmal entscheiden hat, getragen werden kann. Es bleibt daher bei der Rückweisung an den Vorderrichter, zwecks materieller Beurteilung.

SKG 05 65

Urteil vom 20. Dezember 2005