

Dominik Gasser | Daniel Pfäffli

# «Erben» trotz Ausschlagung – die Abtretung nach Art. 230a Abs. 1 SchKG



BGer 5A\_651/2020 vom 12. August 2021

## I. Sachverhalt

Im März 2016 war die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft eröffnet und gut ein Jahr später mangels Aktiven wieder eingestellt worden; wie so oft war kein Gläubiger bereit, die Kosten für die Durchführung des Erbschaftskonkurses vorzuschüssen (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

Eine Gläubigerin verlangte daraufhin gestützt auf Art. 230a Abs. 1 SchKG die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven, bestehend aus zwei Forderungen (eine gegen eine Drittperson, eine gegen einen Erben). Das Konkursamt wies dieses Begehren mit der Begründung ab, dass nur *physische Objekte* der Abtretung nach Art. 230a Abs. 1 SchKG zugänglich seien. Diesen Entscheid schützte die kantonale Aufsichtsbehörde. Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück (BGE 145 III 499).<sup>1</sup> Die Aufsichtsbehörde wies das Konkursamt an, abzuklären, ob allenfalls die Erben die Abtretung der Aktiven verlangen wollten.

Die Erben beantragten in der Folge die Abtretung sämtlicher Konkursaktiven gemäss Inventar, also der beiden Forderungen des Erblassers, an alle Erben zur gesamten Hand. Das Konkursamt verfügte indes nur die Abtretung der Forderung des Erblassers gegen die Drittperson,

nicht aber der Forderung gegen den einen Miterben. Es begründete dies mit der analogen Anwendung der etablierten Lehre und Rechtsprechung zu Art. 260 SchKG: Danach darf niemandem eine Forderung abgetreten werden, deren Schuldner er selber oder eine ihm nahestehende Person ist (Rechtsmissbrauchsverbot). Sodann setzte das Konkursamt den Erben Frist zur Geltendmachung der abgetretenen Forderung gegen die Drittperson – dies ebenfalls in Analogie zur Abtretung nach Art. 260 SchKG.

Dagegen führten die Erben SchKG-Beschwerde: Sie verlangten auch die Abtretung der Forderung gegenüber dem Schuldner-Erben sowie die Aufhebung der Fristansetzung für die Geltendmachung der abgetretenen Forderung gegen die Drittperson.

Die kantonale Aufsichtsbehörde hiess die Beschwerde teilweise gut: Sie hob die *Fristansetzung zur Geltendmachung* der abgetretenen Forderung gegen die Drittperson auf, schützte jedoch die konkursamtliche *Verweigerung der Abtretung in Bezug auf die Forderung des Erblassers gegen den Schuldner-Erben* – dies ebenfalls in Analogie zur Praxis zu Art. 260 SchKG.<sup>2</sup> Die Erben zogen diesen letzten Punkt mit Beschwerde vor Bundesgericht und verlangten (auch) die Abtretung der Forderung gegen den Schuldner-Erben. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut (BGer 5A\_651/2020 vom 12.8.2021<sup>3</sup>).

<sup>1</sup> S. dazu FRIDOLIN WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2019, ZBJV 2021, 246 f.; abgedruckt in ZZZ 2018, 385 ff.

**Dominik Gasser**, Rechtsanwalt, Partner bei Luginbühl Gasser + Partner (Bern), Lehrbeauftragter für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an der Universität Luzern.

**Daniel Pfäffli**, MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Internationales Zivilprozessrecht und Verfahrensrecht an der Universität Bern.

## II. Erwägungen

Art. 230a Abs. 1 SchKG sieht unter gewissen – hier unproblematischen – Voraussetzungen (Übernahme allfälliger Pfandschulden und der Liquidationskosten) vor, dass die Erben die Abtretung «*der zum Nachlass gehörenden Akti-*

<sup>2</sup> OGer BE, ABS 20 90, 1.7.2020 (BlSchK 2020, 188 ff.).

<sup>3</sup> S. auch FRITZ ROTHENBÜHLER/PABLO DUC, Abtretung von Nachlassaktiven nach Art. 230a SchKG, ius.focus 11/2021 Nr. 289; BlSchK 2021, 286 ff.; Pra 2021, Nr. 132.

ven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben» verlangen können, wenn die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt wird. Das Bundesgericht hält hierzu fest, es handle sich um eine Art Anschlussliquidation<sup>4</sup> des Vermögens eines Verstorbenen (E. 3.1). Dabei herrsche der Grundsatz, dass diese Anschlussliquidation nur *umfassend* erfolgen dürfe: Die Nachlassaktiven seien *insgesamt* abzutreten. Mithin ist sog. «Cherry picking» ausgeschlossen: Die Erben dürfen sich nicht einzelne Aktiven herauspicken, sondern können und müssen die Abtretung *aller inventarisierten Aktiven* verlangen (E. 3.2).

Sinn und Zweck von Art. 230a Abs. 1 SchKG sei nämlich die Regelung der *Berechtigung an den verbliebenen Aktiven*, d.h. der *materiellen Rechtsnachfolge* in die Nachlassaktiven (E. 3.3.1). Daher werde durch diese «Abtretung» an

#### Der «Zessionar» nach Art. 230a Abs. 1 SchKG wird voller materieller Rechtsträger.

den betreffenden Sachen das *Eigentum übertragen* und eine Forderung wird im materiellrechtlichen Sinne (Art. 164 ff. OR) an den Rechtsnachfolger *zediert*. Die gesetzliche *Reihenfolge der möglichen Rechtsnachfolger* nach Art. 230a Abs. 1 SchKG (Erben, Gläubiger, Dritte) sei dabei *zwingend*. Wer schliesslich am Ende des Tages an die Reihe komme, müsse für die Abtretung einzig die gesetzlichen Bedingungen erfüllen: Übernahme allfälliger Pfandschulden und der Liquidationskosten (E. 3.5.4). Weitere Voraussetzungen gebe es nicht.

Ganz anders die Abtretung nach Art. 260 SchKG, denn dort werde lediglich das *Prozessführungsrecht* übertragen: Der Abtretungsgläubiger erhält die Befugnis, das betreffende Aktivum (z.B. eine Forderung) anstelle der Masse geltend zu machen (Prozessstandschaft), dies immerhin mit Anrecht auf Vorabbefriedigung aus dem Resultat einer erfolgreichen Geltendmachung – andererseits aber auch mit der Pflicht zur Rechenschaftsablegung gegenüber der Masse. Art. 260 SchKG sei somit ein *rein zwangsvollstreckungsrechtliches* Institut (E. 3.3.2). Es bezwecke die *Substratvermehrung bzw. Substraterhaltung* der Masse. Der (kollozierte) Gläubiger erhält dabei die Chance, seinen drohenden Verlust auf der Konkursforderung zu begrenzen,

indem er einen nach Art. 260 SchKG abgetretenen Rechtsanspruch erfolgreich durchzusetzen versucht. Mit diesem Zweck vertritt sich die Abtretung eines Anspruchs, dessen Schuldner der Abtretungsgläubiger selbst (oder eine ihm nahestehende Person) ist, natürlich nicht: Sie dennoch zu verlangen, wäre rechtsmissbräuchlich, und eine Abtretung nichtig (E. 3.5.1).

Demgegenüber komme die Abtretung nach Art. 230a SchKG erst zum Zuge, wenn die Zwangsvollstreckung gescheitert sei (Einstellung des Konkurses). Dies haben die Gläubiger in der Hand: Sie können die Rechtsnachfolge mit Vorrang der Erben verhindern, wenn sie die konkursamtliche Liquidation alimentieren, d.h. die Kosten vorschliessen und dann ihrerseits die Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen (E. 3.5.2). Mit Blick auf diese Unterschiede können die Lehre und Praxis zu Art. 260 SchKG (Rechtsmissbrauch bei Abtretung an den Forderungsschuldner selbst oder an eine ihm nahestehende Person) nicht analog auf Art. 230a SchKG übertragen werden.

Wenn sodann wie im zu beurteilenden Fall alle Erben die Abtretung der Nachlassaktiven an die Erbengemeinschaft verlangen (darunter eine Forderung gegen einen Miterben), sei es den anderen Erben unbenommen, diese Forderung gegen ihren Miterben geltend zu machen. Auch deshalb könne nicht von einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch bei Abtretung an die Erben gesprochen werden (E. 3.5.3).

### III. Bemerkungen

#### A. Einleitung

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen (*Disclaimer*: Der erstgenannte Autor hat die Beschwerdeführenden vertreten und der zweitgenannte war damals für ihn als Anwaltspraktikant tätig).

Obwohl beide auf amtlichen Verfügungen beruhen, sind die Abtretung nach Art. 260 SchKG sowie jene nach Art. 230a Abs. 1 SchKG nicht identisch:

#### B. Abtretung nach Art. 260 SchKG

Die Abtretung nach Art. 260 SchKG ist *rein zwangsvollstreckungsrechtlicher Art*: Sie ist ein rein betreibungs- und prozessrechtliches Institut *sui generis*, mit dem lediglich die Prozessführungsbefugnis übertragen wird. Ein Abtretungsgläubiger handelt zwar im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko – jedoch für *fremdes Recht*,

<sup>4</sup> Zu diesem Begriff DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuld-betreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, 51 ff., 52.

denn er wird durch die Abtretung nicht Träger des abgetretenen Anspruchs, sondern ist nur Prozessstandschafter.<sup>5</sup>

Dementsprechend hat ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG eine gewisse *Sorgfaltspflicht* gegenüber der Masse – bewehrt mit einer entsprechenden Haftung.<sup>6</sup> Zudem besteht eine grundsätzliche *Handlungspflicht* in Bezug auf die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs sowie eine *Ablieferungspflicht* in Bezug auf das Prozessergebnis (zur Ablieferungspflicht s. Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

Von daher ist völlig richtig und unbestritten, dass diese Abtretung nicht in Frage kommen darf (Rechtsmissbrauch), wenn es sich um einen Anspruch gegen den interessierten Gläubiger selbst oder gegen eine ihm nahestehende Person handelt.<sup>7</sup>

### C. Abtretung nach Art. 230a SchKG

Das Wesen einer Abtretung nach Art. 230a Abs. 1 SchKG ist demgegenüber grundverschieden. Zunächst ist der *Verfahrenskontext* ein offensichtlich anderer: Denn dieses Institut kommt erst zum Zuge, wenn eine Abtretung nach Art. 260 SchKG infolge Desinteresses der Gläubiger nicht mehr in Frage kommt – insofern tritt Art. 230a SchKG hinter Art. 260 SchKG zurück.

Auch der *Zweck* ist ein anderer: Wie das Bundesgericht richtig erkennt, bezweckt Art. 230a Abs. 1 SchKG keine Vermehrung des Vollstreckungssubstrates zugunsten letztlich der Konkursmasse.<sup>8</sup> Vielmehr bewirkt die Abtretungsverfügung – ähnlich dem Freihandverkauf<sup>9</sup> – eine volle materielle Rechtsnachfolge des «Zessionars» und vermeidet dadurch Herrenlosigkeit. Der «Zessionar» nach Art. 230a Abs. 1 SchKG wird *voller materieller Rechtsträger* (z.B. Eigentümer der «abgetretenen» Sache, Gläubiger der abgetretenen Forderung, Träger eines Immaterialgüterrechts usw.). Als solcher darf er nach Belieben über den «abgetretenen» Vermögenswert verfügen: Er darf die Sache nutzen oder auch nicht, er darf sie weiterveräußern, verschenken und sogar zerstören; eine Forderung kann er geltend machen oder auch nicht (es gibt keine Handlungspflicht wie bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG).

<sup>5</sup> Zuletzt BGE 146 III 441 E. 2.5.1.

<sup>6</sup> Zur Haftung in Anlehnung an Ziff. 7 des Musterformulars Nr. 7 K BSK SchKG II-BACHOFNER, Art. 260 N 76, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159–352), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN).

<sup>7</sup> Zuletzt BGE 145 III 101 E. 4.2.2.

<sup>8</sup> BGer, 5A\_651/2020, E. 3.5.4.

<sup>9</sup> S. auch BGer, 5A\_282/2013, E. 3.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 6), Art. 230a N 7f.

Daher war im vorliegenden Fall auch die konkursamtliche *Fristansetzung* zur Geltendmachung der Ansprüche aufzuheben.<sup>10</sup> Der Rechtsnachfolger muss – dies im Gegensatz zu Art. 260 SchKG – keinerlei Rechte der Konkursmasse (d.h. indirekt der Gläubiger) wahren und ist niemandem Rechenschaft schuldig. Denn eine Konkursmasse existiert nach der zeitlich vorgelagerten Einstellung mangels Aktiven nicht mehr;<sup>11</sup> und die Gläubiger haben zuvor auf die Möglichkeit verzichtet, die Konkurseinstellung durch Leistung des Kostenvorschusses zu verhindern (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

Wie das Bundesgericht zurecht unterstreicht: Die *Ratio legis* von Art. 230a Abs. 1 SchKG ist einzig die Regelung der Rechtsnachfolge an den verlassenen Aktiven nach dem Scheitern der konkursamtlichen Liquidation.<sup>12</sup>

### D. Abtretung an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben?

Aufgrund der dargelegten Unterschiede zwischen Art. 230a Abs. 1 SchKG und Art. 260 SchKG ist das Rechtsmissbrauchsverbot bei einer Abtretung der gesamten Nachlassaktiven an die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand nicht verletzt, wenn einer der Erben Schuldner eines Nachlassaktivums ist.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Das für Art. 260 SchKG geltende Abtretungsverbot (keine Abtretung an den Schuldner oder ihm nahestehende Personen) gilt bei der Abtretung an die Erbengemeinschaft nach Art. 230a Abs. 1 SchKG nicht.

Der besprochene Entscheid betrifft die Abtretung der gesamten Nachlassaktiven an *alle Erben* (darunter eine Forderung des Erblassers gegen *einen* dieser mehreren Erben). Nach dem Wortlaut von Art. 230a Abs. 1 Satz 1 SchKG können die Erben die Abtretung der Nachlassaktiven jedoch nicht nur an die Erbengemeinschaft (d.h. an alle Erben zur gesamten Hand), sondern auch an *einzelne Erben* verlangen. Was in einem solchen Fall gilt, wurde in Rechtsprechung und Literatur – trotz der in der Praxis grossen Bedeutung des Erbschaftskonkurses – bis anhin ebenso wenig diskutiert wie der besprochene Fall. Folgende Szenarien sind denkbar:

- (i) Abtretung der Nachlassaktiven (darunter eine Forderung gegen einen der Erben) nicht an alle oder mehrere Erben, sondern einzig an den Schuldner-Erben:

<sup>10</sup> OGer BE, ABS 20 90, 1.7.2020, E. 7.1–7.3 (BlSchK 2020, 188 ff.).

<sup>11</sup> BGE 127 III 371 E. 4b; FRANCO LORANDI, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56 ff., 57.

<sup>12</sup> BGer, 5A\_651/2020, E. 3.3.1 mit Verweis auf BGE 145 III 499 E. 3.3.3.

<sup>13</sup> BGer, 5A\_651/2020, E. 3.6.

In diesem Fall ist – anders als im beurteilten Sachverhalt – jedwede Auseinandersetzung um die abgetretene Forderung ausgeschlossen. Indem dem Erben eine Forderung an ihn selbst abgetreten wird, fallen die Schuldner- und Gläubigereigenschaft in derselben Person zusammen; die Forderung geht durch Vereinigung unter (Art. 118 OR).

**Nach hier vertretener Auffassung kann eine Abtretung der Nachlassaktiven nach Art. 230a Abs. 1 SchKG an die oder einzelne Erben kaum jemals rechtsmissbräuchlich sein.**

Trotzdem liegt auch hier kein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vor. Der Erbe kann nämlich unter den Aktiven nicht auswählen, welche er an sich abgetreten haben will. Wie erwähnt (oben), ist Sinn und Zweck von Art. 230a Abs. 1 SchKG die Regelung der Rechtsnachfolge an den verlassenen Aktiven. Diesem Zweck läuft eine Abtretung nur einzelner Aktiven zuwider. Ausserdem ist Voraussetzung der Abtretung die Übernahme der (gesamten) allfälligen Pfandschulden und der (gesamten) Liquidationskosten, was dafür spricht, dass eine Abtretung der Nachlassaktiven nur umfassend erfolgen kann. Art. 230a Abs. 1 SchKG ist demnach eine Generalliquidation.<sup>14</sup> Es gibt kein «Cherry picking». Der Erbe muss stattdessen die Abtretung *aller* Aktiven verlangen, somit auch die Abtretung der kritischen Forderung. Solange daneben *noch weitere Aktiven* bestehen, kann daher von Rechtsmissbrauch von vornherein keine Rede sein. Gleiches gilt für die Abtretung aller Nachlassaktiven an einen *Alleinerben*, der gleichzeitig Schuldner einer Forderung im Nachlass ist.

- (ii) Was aber, wenn sich im Nachlass als *einziges Aktivum* nur noch eine Forderung gegen einen Erben befinden sollte? Und was, wenn nun die Abtretung dieser Forderung ausgerechnet einzig und allein an diesen Schuldner-Erben verlangt wird?

Die Rechtsfolge in diesem sicher höchst aussergewöhnlichen Fall wäre wiederum klar: Erlöschen der Forderung durch Vereinigung (Art. 118 OR). Also Rechtsmissbrauch? Nein. Denn zum einen ist die Rechtsfolge *der*

*Vereinigung* nach Art. 118 OR (d.h. Vereinigung von Gläubiger und Schuldner in ein und derselben Person) im Privatrecht *keineswegs verpönt* und zudem ist auch der *Rechtsfrieden* (Vermeidung von Auseinandersetzungen) ein schützenswertes Gut.<sup>15</sup>

Es sei daran erinnert: Die Gläubiger haben ihre Chance gehabt (sie hätten die Konkurseinstellung durch Leisten eines hinreichenden Vorschusses verhindern und alsdann eine Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangen können). Im Konkurs durften und mussten die Gläubiger den Vorrang vor den Erben haben – danach aber nicht mehr. Das Gesetz bestimmt eine klare Reihenfolge der möglichen Rechtsnachfolger (Art. 230a Abs. 1 Satz 2 SchKG) und den Erben ist zwingend der Vorrang einzuräumen.<sup>16</sup> Dabei geht es bewusst und unverkennbar der Nähe nach.<sup>17</sup>

## E. Fazit

Nach hier vertretener Auffassung kann eine Abtretung der Nachlassaktiven nach Art. 230a Abs. 1 SchKG an die oder einzelne Erben kaum jemals rechtsmissbräuchlich sein. Vorzubehalten sind wohl einzig Fälle, wo die Erben durch *fraudulöse Manöver* (etwa unwahre Angaben über die Vermögensverhältnisse des Erblassers oder Täuschung) die Gläubiger davon abgehalten haben, die Einstellung des Konkurses zu verhindern. Denkbar ist Rechtsmissbrauch auch, wenn ein *erbunwürdiger Erbe* die Abtretung verlangt (vgl. Art. 540 f. ZGB), denn diesfalls würde er sich zu Unrecht auf seinen Vorrang als Erbe berufen. Solche Fälle werden jedoch höchst selten sein.

<sup>14</sup> BGer, 5A\_651/2020, E. 3.2; GASSER (FN 4), 52; CR LP-VOUILLOZ, Art. 230a N 2, in: Louis Dallèves (†)/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Poursuite et faillite*, Commentaire Romand, Basel 2005; so bereits DERS., *La suspension de la faillite faute d'actif*, *AJP* 2001, 81 ff., 84.

<sup>15</sup> Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. A., Bern 2013, § 1 N 9.

<sup>16</sup> BGE 145 III 499 E. 3.3.4 mit Verweis auf GASSER (FN 4), 56; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 6), Art. 230a N 7a.

<sup>17</sup> So bereits GASSER (FN 4), 56.