

Note de la redaction

L'arrêt est bien fondé et conforme au droit matériel. Le créancier du défunt qui craint de ne pas être payé peut requérir la liquidation officielle de la succession selon l'art. 594 CC. Si la succession est insolvable, l'office des faillites la liquide (art. 597 CC; art. 193 al. 1 ch. 2 LP). Et, dans ce cas, l'art. 196 LP ne s'applique pas, car il ne mentionne que la succession répudiée, mais non la succession faisant l'objet d'une liquidation officielle. Le patrimoine du défunt qui répond aux créanciers de celui-ci et le patrimoine de l'héritier restent, dans ce cas, séparés – en droit romain, on parlait de la *separatio bonorum*, de la séparation des patrimoines, et Ulpien envisage exactement cette situation au Digeste 42,(6)7,1,1. Le créancier qui néglige de demander la liquidation officielle doit se laisser opposer la confusion du patrimoine du défunt (la succession) avec celui de l'héritier. Il ne peut pas obtenir plus que ce qu'il recevrait si l'héritier avait accepté la succession. L'héritier qui n'a pas requis le bénéfice d'inventaire répond des dettes du défunt sur son propre patrimoine et sur la succession qui se confond avec celui-ci. Mais il ne répond pas au-delà. Si l'art. 196 LP mentionne des sûretés pour le paiement des dettes, il ne peut dès lors pas s'agir de la garantie du complet paiement de toutes les dettes du défunt – ce qui serait, en revanche, nécessaire si l'héritier se fondait sur l'art. 195 al. 1 ch. 1 LP –, mais uniquement d'assurer que l'héritier, dans les limites de ses moyens – y compris la succession –, ne néglige pas les créanciers du défunt et les traite sur pied d'égalité avec ses propres créanciers.

Hansjörg Peter

22). Art 260 SchKG. – Die Aufsichtsbehörde und nicht der Richter ist dafür zuständig, zu entscheiden, ob dem Konkursgläubiger eine Forderung der Masse abgetreten werden kann, deren Schuldner er selbst ist.

Art. 260 LP. – L'autorité de surveillance et non le juge doit décider s'il convient de céder à un créancier une créance dont celui-ci est lui-même le débiteur.

Art 260 LEF. – L'autorità di vigilanza e non il giudice è competente a decidere se possa essere ceduto a un creditore nel fallimento un credito della massa fallimentare, di cui sia egli stesso debitore.

1. Im Konkursverfahren der X AG verlangte die deutsche Partnerschaft von Rechtsanwälten A & B die Abtretung einer Forderung gegenüber A über Fr. 95 000.00. Das Konkursamt wies das Gesuch mit der Begründung ab, einem kollozierten Konkursgläubiger dürften nicht Ver-

mögensrechte abgetreten werden, deren Schuldner er selber sei. Die Partnerschaft von Rechtsanwälten A & B erhob Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. a) aa) Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet.

bb) Die Abtretung nach Art. 260 SchKG bewirkt keine Abtretung im zivilrechtlichen Sinn von Art. 164 ff. OR, sondern verleiht ein Prozessführungsrecht mit Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös.¹ Der Übernehmer wird nicht selbst Träger des Anspruchs, sondern er kann nur als Vertreter und Beauftragter der Konkursmasse, aber auf eigenes Risiko, prozessieren. Dafür sprechen die Verpflichtung zur Abgabe des Überschusses an die Masse und die daraus sich ergebende weitere Verpflichtung der prozessierenden Gläubiger, der Konkursmasse über den Prozess Rechenschaft abzulegen. Die Abtretung ist also nur Prozessvollmacht zur Prozessführung auf eigene Rechnung und Gefahr, aber mit der Verpflichtung zur Rechnungsablage. Daraus folgt unter anderem, dass der prozessierende Gläubiger den Anspruch nicht weiter abtreten kann, sondern selbst verfolgen muss, dass er für Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Prozessführung der Masse verantwortlich wird, oder dass eine Verpflichtung zur Rechenschaft über die Prozessführung gegenüber der Konkursmasse besteht.²

cc) Einem kollozierten Konkursgläubiger dürfen nicht Vermögensrechte abgetreten werden, deren Schuldner er selber ist.³ Eine solche Abtretung ist nichtig⁴, weil sie die Geltendmachung des Anspruchs illusorisch machen würde.⁵

dd) Inwiefern die Konkursverwaltung auch einer anderen Person als dem Schuldner selber die Abtretung einer Forderung verweigern könne, ist umstritten. Auf der einen Seite wird vertreten, das Recht auf Abtretung schliesse aus, dass die Konkursverwaltung die Abtretung allgemein oder einzelnen Gläubigern gegenüber verweigern könne; sie könne eventuell auf dem Beschwerdeweg zur Abtretung verhalten werden.⁶ Auf der anderen Seite wird geltend gemacht, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben⁷ müsse auch die Abtretung an eine dem Schuldner der Ab-

¹ Berti, Basler Kommentar, Art. 260 SchKG N 4.

² Jaeger/Walder/Kull/Kottmann Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Art. 260 N 9 f.

³ Schlaepfer, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Diss. Zürich 1990, S. 89; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 260 SchKG N 5; BGE 107 III 93, 54 III 211, 37 II 321.

⁴ BGE 113 III 137, 107 III 93, 34 II 95; BGE vom 24. April 2006, 7B.18/2006, Erw. 3.1.

⁵ Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., § 47 N 50.

⁶ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann Art. 260 SchKG N 5.

⁷ Art. 2 ZGB.

tretungsforderung nahestehende Person nichtig sein.⁸ Das Bundesgericht hatte in BGE 107 III 91 ff. festgehalten, ob sich eine Kollektivgesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche gegen ein Mitglied des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, das zugleich bei ihr Gesellschafter ist, abtreten lassen könne, habe der Richter zu beurteilen, und nicht die Konkursverwaltung oder die Aufsichtsbehörde; die Konkursbehörde hätte dem Abtretungsbegehren stattgeben müssen, ohne zu erörtern, ob eine Abtretung an die Kollektivgesellschaft zulässig sei.⁹ In BGE 111 II 81 ff. argumentierte das Bundesgericht hingegen, die Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung auf ihre Gültigkeit hin zu prüfen, sei Sache der Aufsichtsbehörden, nicht des Richters; dieser habe bloss festzustellen, dass sich die Legitimation des Klägers, der nicht persönliche, sondern Rechtsansprüche der Masse geltend mache, aus einer solchen Verfügung ergebe.¹⁰ In BGE 113 III 135 ff. erwog das Bundesgericht sodann, die Konkursverwaltung verfüge über eine gewisse Prüfungsbefugnis. So habe das Konkursamt festzustellen, ob die Abtretung keine Benachteiligung der Masse nach sich zöge.¹¹

b) Unbestritten blieb die Feststellung der Vorinstanz, A, einer der beiden Gesellschafter der Partnerschaft von Rechtsanwälten A & B, sei Schuldner der abzutretenden Forderung.

c) Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Partnerschaftsgesellschaft gemäss dem deutschen Partnerschaftsgesellschaftsgesetz.¹² Die Partnerschaft ist eine Gesellschaft, in der sich Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihres Berufs zusammenschliessen können. Sie übt kein Handelsgewerbe aus.¹³ Die Partnerschaftsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben sowie vor Gericht klagen und verklagt werden.¹⁴ Zur Vertretung der Partnerschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.¹⁵ Die Partnerschaft kann als Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden. Sie handelt durch ihre Partner und Vertreter und ist in gleichem Umfang wie diese postulationsfähig.¹⁶ Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haften neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner.¹⁷ Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie für berufliche Fehler neben der Partnerschaft.¹⁸

⁸ *Berti*, Art. 260 SchKG N 30.

⁹ BGE 107 III 96 f.

¹⁰ BGE 111 II 85; BGE vom 23. Oktober 2000, 4C.165/2000, Erw. 4b.

¹¹ BGE 113 III 137.

¹² PartGG.

¹³ § 1 Abs. 1 PartGG.

¹⁴ § 7 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 124 Handelsgesetzbuch (HGB).

¹⁵ § 7 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 125 Abs. 1 HGB.

¹⁶ Vgl. § 7 Abs. 4 PartGG.

¹⁷ § 8 Abs. 1 PartGG.

¹⁸ § 8 Abs. 2 PartGG.

d) aa) Die Abtretung der Forderung an die Beschwerdeführerin hätte zur Folge, dass diese zur Durchsetzung des Anspruchs gegen einen der Partner klagen müsste. Da die Beschwerdeführerin parteifähig ist, wäre dies grundsätzlich möglich, und die Parteien wären in einem solchen Prozess nicht identisch, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbrachte.

bb) Allerdings bedarf es für die Beschlüsse der Beschwerdeführerin der Zustimmung grundsätzlich aller zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufenen Partner¹⁹; dass die Beschwerdeführerin in ihrem Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht, wurde nicht geltend gemacht. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vorsähe²⁰, könnte der Schuldner der Abtretungsforderung (welcher die Beschwerdeführerin auch im Beschwerdeverfahren vertritt) in seiner Eigenschaft als Gesellschafter die Eintreibung dieser Forderung durch die Beschwerdeführerin erheblich beeinflussen und seine eigenen Interessen – zum Nachteil der Konkursmasse – durchsetzen. Dies gilt hier insbesondere, weil lediglich zwei Gesellschafter an der Beschwerdeführerin beteiligt sind und sich die Mehrheit gemäss § 119 Abs. 2 HGB im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter berechnet, und zudem, weil ausgerechnet auch noch der Schuldner der Abtretungsforderung die Gesellschaft vertritt.

cc) Die Berufung der Beschwerdeführerin auf ihr Recht, die Abtretung verlangen zu können, erscheint unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich und ist nicht zu schützen.

THURGAU, Obergericht, 16. November 2011 (= RBOG 2011, Nr. 19).

Bemerkung aus der Redaktion: hienach S. 84

23). Art. 260 LP. – Le juge et non l'autorité de surveillance doit décider s'il convient de céder à un créancier une créance dont celui-ci est lui-même le débiteur.

Art. 260 SchKG. – Der Richter und nicht die Aufsichtsbehörde ist dafür zuständig, zu entscheiden, ob dem Konkursgläubiger eine Forderung der Masse abgetreten werden kann, deren Schuldner er selbst ist.

Art. 260 LEF. – Il giudice e non l'autorità di vigilanza è competente a decidere se possa essere ceduto a un creditore nel fallimento un credito della massa fallimentare, sia egli stesso debitore.

En Droit

1.1. La Chambre de céans est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 LOJ; art. 6

¹⁹ § 6 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 119 Abs. 1 HGB.

²⁰ Vgl. § 119 Abs. 2 HGB.