

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

*Die nachfolgende Darstellung befasst sich mit juristischen Aspekten und ist deshalb primär auf Juristen bzw. Anwälte ausgerichtet.*

## Aussergerichtliche Streiterledigung in SchKG-Sachen

### Fachmediation als sinnvolle Alternative zu Gerichtsverfahren

*Von Prof. Dr. iur. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, LL.M., HOLENSTEIN BRUSA Ltd, Zürich*

#### I. Einleitung

Nachfolgend wird angeregt, auch in SchKG-Streitigkeiten vermehrt von einer Fachmediation Gebrauch zu machen. Die Parteien kommen bedeutend rascher und wesentlich kostengünstiger zu einem Abschluss der Streitigkeit. Der Rechtsfriede wird unmittelbar wieder hergestellt und die Gerichte werden entlastet.

Mediation kann als eine Zwischenstufe zwischen eigenverantwortlicher Erledigung unter den Parteien und dem Gang zum Gericht bzw. zum Schlichter verstanden werden<sup>[1]</sup>. Sie ist eine Form der aussergerichtlichen Streiterledigung. Ziel ist es, unter Wahrung der Parteiautonomie und -herrschaft durch Beizug eines neutralen und unabhängigen Mediators eine aussergerichtliche, gütliche und rechtsverbindliche Einigung zu erzielen, um damit Zeit und Kosten zu sparen<sup>[2]</sup>. Es soll eine Win-win-(bzw. Pay-pay-)Situation geschaffen werden<sup>[3]</sup>.

National wie international<sup>[4]</sup> besteht eine starke Tendenz zur vermehrten Anwendung, Förderung und gesetzlichen Regelung<sup>[5]</sup> der Mediation. In der allgemeinen Rechtspraxis kommt der Mediation eine zunehmende Bedeutung zu<sup>[6]</sup>. Historisch hat sie in der Schweiz zunächst in familienrechtlichen Belangen Einzug gehalten und dort mittlerweile eine beachtliche Bedeutung und Akzeptanz erlangt<sup>[7]</sup>. Auch in arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Belangen ist sie auf dem Vormarsch<sup>[8]</sup>. Selbst im Verwaltungsverfahren wird die Mediation seit mehr als 10 Jahren<sup>[9]</sup> gesetzlich geregelt und gefördert (Art. 33b VwVG).

Mit Erlass der ZPO im Jahr 2011 wurde die Mediation auch im Bereich des Zivilprozessrechts gesetzlich geregelt<sup>[10]</sup>. Nachdem sie im Vernehmlassungsentwurf noch (zu) wenig Beachtung gefunden hatte (was in der Vernehmlassung moniert wurde<sup>[11]</sup>), mass der Bundesrat der Mediation im Gesetzesentwurf einen „hohen Stellenwert“ bei<sup>[12]</sup> und bezeichnete sie als „wünschbare Innovation“<sup>[13]</sup>, welche auch in der Schweiz immer bedeutsamer werde, und zu fördern sei<sup>[14]</sup>. Der

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Bundesrat erhoffte sich durch die vermehrte Inanspruchnahme der aussergerichtlichen Streiterledigung namentlich eine Entlastung der Gerichte[15].

## II. Gerichtliche Klagen und Streiterledigung

### A. Gerichtliche Klagen im SchKG im Überblick

Im Rahmen eines SchKG-Verfahrens (Spezial- oder Generalexekution) gibt es eine ganze Reihe von möglichen Streitigkeiten, welche von den Gerichten zu entscheiden sind. In der Lehre werden nicht weniger als 30 Klagen im SchKG aufgelistet[16]. Hinzu kommt das „Universal-Rechtsmittel“ der SchKG-Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG). Diese kommt überall dort zur Anwendung, wo das Gesetz nicht den Weg einer gerichtlichen Klage vorschreibt (Art. 17 Abs. 1 SchKG).

Im Sinne einer Klassifikation werden gemeinhin vier Kategorien von Streitigkeiten unterschieden[17]: rein materiellrechtliche Streitigkeiten[18], rein betriebsrechtliche Streitigkeiten[19], betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht[20] sowie Verfügungen auf einseitigen Antrag[21]. Daneben gibt es eine Vielzahl von zivilrechtlichen Ansprüchen, welche einer Insolvenzmasse[22] gegen Dritte zustehen, wie etwa gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche (Art. 752 ff. OR). Diese Ansprüche bestehen zwar auch ausserhalb (bzw. vorgängig zu) einer Insolvenz, sie werden aber fast nur im Rahmen einer solchen verfolgt.

Gerichtliche Verfahren vor den Zivilgerichten werden im summarischen (Art. 251 ZPO), vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) oder im ordentlichen Verfahren abgewickelt (Art. 219 ff. ZPO). Während summarische Verfahren bedeutend rascher und kostengünstiger sind, sind vereinfachte und vor allem ordentliche Verfahren bedeutend zeit- und kostenintensiver.

### B. Vor- und Nachteile der gerichtlichen Streiterledigung

Gerichtliche Verfahren haben zunächst den *Vorteil*, dass sich ein unbefangener Richter (bzw. ein Richtergrremium) der Streitsache annimmt und aus neutraler Optik einen Entscheid fällt. Aufgrund der gesetzlich geforderten Überprüfungsmöglichkeit (Art. 75 Abs. 2 ZPO)[23], kann jeder erstinstanzliche Entscheid an das kantonale obere Gericht weitergezogen werden. Ab einem Streitwert von CHF 30'000 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG)[24] kann nachfolgend auch noch Beschwerde (in Zivilsachen) ans Bundesgericht geführt werden. Damit müssen drei Instanzen durchlaufen werden.

Gerichtliche Entscheide sind in der Regel relativ einfach vollstreckbar; bei Geldleistungen kann Betreibung eingeleitet und ein allfälliger Rechtsvorschlag gestützt auf den Entscheid durch definitive Rechtsöffnung beseitigt werden (Art. 80 Abs. 1 SchKG).

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Gerichtliche Verfahren habe aber auch verschiedene *Nachteile*: Vorab negativ zu Buche schlägt die *lange Verfahrensdauer*, was vor allem für Prozesse gilt, welche im sog. ordentlichen Verfahren (und deshalb meist schriftlich) geführt werden<sup>[25]</sup>. Wenn sich an das erstinstanzliche Verfahren noch Rechtsmittelverfahren anschliessen, ist mit einer Dauer von mehreren Jahren zu rechnen. Damit ist der Rechtsfriede über längere Zeit gestört.

An sich sind die *Kosten* für ein gerichtliches Verfahren insofern „günstig“ als sie (vor allem bei tiefen Streitwerten) deutlich unter den effektiven Kosten der Rechtspflege liegen. Aus Optik der Parteien sind die Verfahrenskosten aber gleichsam *substantiell* (vor allem bei überschaubaren Streitwerten), wenn man in Betracht zieht, dass darunter die Gerichtskosten, die Kosten der eigenen Rechtsvertretung und (im Falle des Unterliegens; Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) die Entschädigung an die Gegenpartei fällt. Geht ein Prozess über mehrere Instanzen, so akzentuiert sich der Kostenaspekt nochmals merklich. Weiter stellt die grundsätzliche Pflicht des Klägers, im erstinstanzlichen Verfahren einen *Vorschuss* für die Gerichtskosten<sup>[26]</sup> leisten zu müssen (Art. 101 Abs. 1 ZPO), eine nicht unwesentliche Hürde dar. Schliesslich bleibt der Ausgang des Verfahrens bis zur Rechtskraft eines Entscheids unklar.

Gerichtliche Verfahren werden (vorab von den betroffenen Parteien<sup>[27]</sup>) als *formalistisch* und aufwändig empfunden. Die Besorgnis der Prozessanwälte (welche von der zuweilen formalistischen Argumentation von Gerichten geschürt wird) den Sachverhalt hinreichend substantiiert vorzutragen und vor Aktenschluss sämtliche Sachverhaltsdarstellungen und Beweismittel einzubringen, führt je länger je mehr dazu, dass der Umfang der Rechtsschriften merklich anwächst. Dies erhöht wiederum den Zeitaufwand aller Beteiligten und die Kosten. Es besteht dabei die Gefahr, dass über formelle Fragen gestritten wird und die eigentliche Streitsache (das Problem der Parteien) in den Hintergrund gedrängt wird.

Gerichtsverfahren, welche einen Bezug zum SchKG haben, werden von den Zivilgerichten beurteilt<sup>[28]</sup>. Diese sind „Allrounder-Gerichte“, da sie sich vorab mit „normalen“ Zivilfällen (namentlich solchen in Familienangelegenheiten) und zuweilen auch mit Straffällen befassen. Die SchKG-Fälle laufen etwas „nebenher“ und bilden mehr die Ausnahme als die Regel. Dadurch ist es den einzelnen Gerichten aus praktischen Gründen kaum möglich, sich ein breites *Know-how zu SchKG-spezifischen Fragestellungen* anzueignen. Es fehlen weitgehend organisatorische Vorschriften (der Kantone<sup>[29]</sup>), welche für SchKG-Fälle besondere Zuständigkeiten schaffen.

Sodann lässt sich feststellen, dass in der jüngeren Vergangenheit auf Seiten der Parteien die *Prozessfreudigkeit* und die Bereitschaft, einen Entscheid an die nächste Instanz weiterzuziehen, tendenziell merklich zugenommen hat (welcher Umstand wohl [zumindest auch] auf gesellschaftspolitischen Veränderungen beruhen dürfte).

Im Ergebnis hat sich die gerichtliche Streiterledigung vom Ideal der einfachen, raschen und kostengünstigen Rechtspflege wegentwickelt. Es ist für einen Laien auch kaum (mehr) möglich,

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

selbst, d.h. ohne Beizug eines Anwaltes (welcher Beizug schon massgebliche „Initialkosten“ auslöst) einen Prozess zu führen.

Die genannten Umstände mag man bedauern. Sie sind jedoch als Tatsache hinzunehmen. Die geschilderten Umstände treffen natürlich nicht nur, aber gerade auch in Bezug auf SchKG-Streitigkeiten zu. Bei der Durchsetzung von Geldforderung müssen einerseits häufig Klagen geführt werden und andererseits überfordern die Formalien des Betreibungs- und des Gerichtsverfahrens die Parteien vielfach, so dass sie auf rechtskundige Unterstützung angewiesen sind.

### III. Arten der aussergerichtlichen Streiterledigung und deren Vorzüge

Das Gesagte führt zur (keineswegs neuen) Erkenntnis, dass eine raschere, kostengünstigere und definitive Streiterledigung generell wünschenswert ist. Dies dürfte im Zusammenhang mit einem SchKG-Verfahren noch verstärkt gelten, da diesem meist schon eine längere Vorgeschichte vorausgeht. Die Zivilprozessordnung kennt denn auch verschiedene Institute, welche darauf ausgerichtet sind, eine konsensuale Einigung anstelle eines autoritativen Entscheids herbeizuführen:

Erstens gilt der Grundsatz, dass einem Verfahren vor dem Gericht ein *Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde* vorausgeht (Art. 197 ZPO). Ziel der Schlichtung ist es, die Parteien zu versöhnen und einen Vergleich herbeizuführen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Für einzelne SchKG-Streitigkeiten gelangen jedoch Ausnahmen zur Anwendung, indem für summarische Verfahren (Art. 198 lit. a ZPO) und eine Vielzahl von SchKG-Klagen (Art. 198 lit. e ZPO) das Schlichtungsverfahren entfällt, so dass die Regel, dass ein Schlichtungsverfahren vorangeht, häufig zur *Ausnahme* verkommt.

Zweitens kann das Gericht nach Ermessen, jederzeit eine *Instruktionsverhandlung* durchführen (Art. 226 Abs. 1 ZPO), welche namentlich zum *Ziel* haben kann, eine *Einigung herbeizuführen* (Art. 226 Abs. 2 ZPO). Die Erfahrungen seit Inkrafttreten der ZPO<sup>[30]</sup> zeigen, dass die Gerichte sehr unterschiedlich von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Während einzelne Gerichte (wie etwa die Handelsgerichte [Art. 6 ZPO]<sup>[31]</sup>) Vergleichsverhandlungen als Regelfall durchführen (sofern sich nicht eine der Parteien dagegen ausspricht), gibt es viele Gerichte, welche selten bis nie Vergleichsgespräche initiieren. Es kommt hinzu, dass bis zu einer Instruktionsverhandlung, welche frühestens nach den ersten beiden Vorträgen stattfindet, schon ein wesentlicher Teil der (Partei-)kosten angefallen sind. Dies akzentuiert sich, wenn die Instruktionsverhandlung erst nach je zweimaligem Vortrag und damit nach Aktenschluss stattfindet.

Die Zivilprozessordnung versucht drittens, die Einigung im Rahmen einer *Mediation* zu fördern. So kann eine Mediation anstatt eines Schlichtungsverfahrens stattfinden (Art. 213 ZPO) oder die Parteien können auch während hängigem Prozess (ohne Mitwirkung des Gerichts) eine Mediation versuchen, in welchem Fall das Gerichtsverfahren vorerst sistiert wird (Art. 214 Abs. 3 ZPO)<sup>[32]</sup>.

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Eine Alternative zur gerichtlichen Streiterledigung ist, dass die Parteien (Schiedsfähigkeit der Streitsache vorausgesetzt) vereinbaren, ein *Schiedsgericht* mit der Streiterledigung zu betrauen. Dabei handelt es sich zwar um eine aussergerichtliche, aber autoritative Streiterledigung, welche dem gerichtlichen Verfahren nicht unähnlich ist. Dies kann je nach Materie und Streitwert ein für beide Seiten sinnvoller Weg sein, zumal Schiedsentscheide nur in sehr beschränktem Masse mit Rechtsmitteln angefochten werden können (Art. 389 ff. ZPO[33]; Art. 176 ff. IPRG[34]). Der Zeit- und Kostenaufwand für das Schiedsverfahren ist in aller Regel jedoch (noch) grösser als bei einem gerichtlichen (erstinstanzlichen) Verfahren. Von seltenen Ausnahmen abgesehen, eignet sich für SchKG-Streitigkeiten ein Schiedsverfahren nicht. Zudem sind einzelne SchKG-Streitigkeiten auch nicht schiedsfähig.

### III. Verhältnis der Mediation zum gerichtlichen Verfahren

Eine Mediation ist in jedem Stadium eines Rechtsstreites möglich. Sie kann namentlich ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens stattfinden.

Auf Antrag der Parteien kann eine Mediation auch anstelle des Schlichtungsverfahrens treten (Art. 213 Abs. 1 ZPO). Der Antrag kann im Schlichtungsgesuch oder in der Schlichtungsverhandlung gestellt werden (Art. 213 Abs. 2 ZPO). Teilt eine Partei der Schlichtungsbehörde das Scheitern der Mediation mit, wird der klagenden Partei die Klagebewilligung ausgestellt (Art. 213 Abs. 3 ZPO).

Auch während des gerichtlichen Entscheidverfahrens ist eine Mediation möglich. Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen und die Parteien können dem Gericht jederzeit eine Mediation beantragen (Art. 214 Abs. 1 und 2 ZPO). Das gerichtliche Verfahren bleibt solange sistiert (Art. 214 Abs. 3 ZPO). Die Parteien können gemeinsam die richterliche Genehmigung der in der Mediation erzielten Vereinbarung beantragen. Die genehmigte Vereinbarung hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 217 ZPO). Die Genehmigung führt damit unmittelbar zur Beendigung des Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens[35]. Für Geldzahlungen kann gestützt auf die genehmigte Vereinbarung definitive Rechtsöffnung verlangt werden. Damit wird die Vollstreckung ganz wesentlich erleichtert.

## V. Fachmediation für SchKG-Streitigkeiten

### A. Bisher (weitgehend) fehlende Verbreitung der Mediation im SchKG

Die Mediation hat in der schweizerischen Praxis seit einiger Zeit eine Verbreitung. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass seit rund fünfzehn Jahren Ausbildungsprogramme für Mediatoren angeboten werden. Während die Mediation zunächst im Familienrecht, nachfolgend im Arbeitsrecht und mittlerweile auch im Wirtschaftsrecht (langsam) Einzug gehalten hat, hat sie in SchKG-Streitigkeiten bisher noch nicht Fuss gefasst. Es scheint an der Zeit, dies zu ändern.

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

## B. Vorzüge

Wie gesehen[36], sind gerichtliche Verfahren mit verschiedenen Nachteilen behaftet: Sie dauern (zu) lange, kosten viel, deren Ausgang bleibt bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung (wobei ein Rechtsmittelverfahren noch mehr Zeit und Geld beansprucht) unvorhersehbar und werden als formalistisch empfunden. Dies alles sind Gründe, welche eine *Mediation* als sinnvolle Alternative scheinen lassen. Gerade aus Gläubigersicht (a fortiori in einem Verfahren der Generalexekution, wo erfahrungsgemäss mit sehr tiefen Dividenden für ungesicherte Drittklassforderungen zu rechnen ist[37]) gilt es zu vermeiden, (noch mehr) gutes Geld schlechtem nachzuwerfen.

Da die Zivilgerichte (welche teilweise auch noch als Strafgerichte walten) in allen Kantonen als „Allrounder-Gerichte“ agieren (müssen), ist es ihnen gar nicht möglich, sich in grosser Breite regelmässig mit SchKG-spezifischen Themen zu befassen und sich damit ein umfassendes Fachwissen anzueignen. Aufgrund dessen macht eine *Fachmediation* Sinn, was voraussetzt, dass der Fachmediator über ein SchKG spezifisches Fachwissen (und entsprechende praktische Erfahrung bei der gerichtlichen Durchsetzung) verfügt. Im Idealfall sollte der Fachmediator (auch) in der Lage sein, das Ergebnis eines Richterspruches (nach bestem Wissen) zu antizipieren.

Dadurch und unter Berücksichtigung der Interessen beider Prozessparteien, sollte es in vielen (aber sicher nicht allen) Fällen möglich sein, in relativ kurzer Zeit mit überschaubaren Kosten einen Streit einer Einigung zuzuführen[38]. Vorausgesetzt ist stets, dass beide Parteien überhaupt bereit sind, eine gütliche Einigung zu finden und sich gegenüber einer Mediation offen zeigen[39].

Damit werden die staatlichen Gerichte entlastet. Allenfalls können (bei Streitigkeiten, welche den Abschluss eines SchKG-Verfahrens „blockieren“) auch Insolvenzverfahren[40] früher zum Abschluss gebracht werden.

## C. Sachlicher Anwendungsbereich

Nachdem sich die Fachmediation damit im Grundsatz als sinnvolle Alternative zur gerichtlichen Klage erweist, stellt sich die Frage, welche SchKG-Streitigkeiten einer Mediation zugänglich sind.

### 1. Weiter Anwendungsbereich (insbesondere in der Generalexekution)

Die „klassischen“ SchKG-Streitigkeiten, namentlich rein materiellrechtliche Streitigkeiten und betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht sind einer aussergerichtlichen Streiterledigung umfassend zugänglich[41].

Zu den *materiellrechtlichen Streitigkeiten* gehören etwa die Anerkennungs- (Art. 79 SchKG), die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Arrestprosequierungsklage (Art. 279 SchKG), die Klage auf Einstellung oder Aufhebung der Betreuung (Art. 85a SchKG), die Rückforderungsklage

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

(Art. 86, Art. 187 SchKG), die Schadenersatzklage gegen den Staat (Art. 5 SchKG), die Klage auf Geltendmachung einer vom Schuldner bestritten Forderung beim ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 315 SchKG), die Widerspruchsklage in der Spezialexécution (Art. 109 SchKG), sofern sich Schuldner und Drittsprecher gegenüberstehen, sowie die Klage des Anschlussgläubigers bei der privilegierten Anschlusspfändung (Art. 111 SchKG).

Auch *die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht* sind einer Fachmediation zugänglich. Namentlich schliesst der Umstand, dass es primär um betreibungsrechtliche Fragen geht (und materielles Recht „nur“ vorfrageweise geprüft wird<sup>[42]</sup>), nicht aus, dass die Parteien eine vergleichsweise Einigung finden können. Alle diese Klagen sind einer vergleichweisen Erledigung auch im hängigen Prozess zugänglich.

So verhält es sich insbesondere für die in der Praxis wichtigsten Klagen, nämlich die *Widerspruchsklage* in der Spezialexécution (Art. 109 SchKG), sofern sich ein Gläubiger und Drittsprecher gegenüberstehen, die *Aussonderungs- oder Admassierungsklage* in der Generalexécution (Art. 242 SchKG), die *Kollokationsklage*<sup>[43]</sup> in der Spezial- (Art. 148 SchKG)<sup>[44]</sup> oder Generalexécution (Art. 250 SchKG)<sup>[45]</sup> sowie die paulianische Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG)<sup>[46]</sup>. Da diese Klagen in ein SchKG-Verfahren „eingebettet“ sind, sind teilweise bei der Abwicklung bzw. Umsetzung einer Einigung gewisse Verfahrensvorschriften zu beachten<sup>[47]</sup>.

## 2. Einschränkungen in Bezug auf gewisse betreibungsrechtliche Streitigkeiten

Ausgehend von der klassischen Kategorisierung von Streitigkeiten<sup>[48]</sup> kann bei einzelnen *rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten* ein gerichtlicher Entscheid nicht „direkt“ durch Parteienabrede ersetzt werden. Die trifft etwa zu auf die Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 Abs. 4 SchKG), eines Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 182 SchKG) oder in der Betreibung aufgrund eines Konkursverlustscheins (Art. 265a Abs. 1 SchKG), die provisorische oder definitive Rechtsöffnung (Art. 80 bis 82 SchKG), die Klage auf Einstellung oder Aufhebung der Betreibung (Art. 85 SchKG), die Konkurseröffnung in streitigen Fällen (Art. 171 f., Art. 190 SchKG) oder die Klage auf Feststellung des Vorhandenseins von neuem Vermögen in der Betreibung aufgrund eines Konkursverlustscheins (Art. 265a Abs. 4 SchKG).

Selbst für diese Fälle kann jedoch in verschiedener Hinsicht eine Einigung zumindest auf *indirektem Weg* herbeigeführt werden. So kann der Schuldner etwa einen erhobenen Rechtsvorschlag zurückziehen, so dass nicht (mehr) über dessen Bewilligung zu entscheiden ist (Art. 77 Abs. 4, Art. 182, Art. 265a Abs. 1 SchKG), oder er kann die Einrede des fehlenden neuen Vermögens zurücknehmen. Bei der (provisorischen oder definitiven) Rechtsöffnung kann der Schuldner auch den Rechtsvorschlag zurückziehen<sup>[49]</sup>, womit das Rechtsöffnungsverfahren gegenstandslos oder obsolet wird.

Andere Streitigkeiten sind m.E. einer direkten *vergleichweisen Erledigung* (zumindest im hängigen

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Prozess) ohne weiteres *zugänglich*. Dies trifft für die (provisorische oder definitive) Rechtsöffnung zu. So kann der Schuldner die Klage anerkennen<sup>[50]</sup> oder der Gläubiger kann das Rechtsöffnungsgesuch ganz oder teilweise zurückziehen. M.E. können die Parteien auch in Bezug auf die Feststellung des Vorhandenseins von neuem Vermögen in der Betreuung aufgrund eines Konkursverlustscheins (Art. 265a Abs. 4 SchKG) einen Vergleich schliessen (bzw. die Klage zurückziehen oder anerkennen) Der Richter stellt dann aufgrund des Vergleichs (für das Betreibungsamt verbindlich) fest, in welchem Umfang neues Vermögen vorliegt.

Damit sind die aus praktischer Sicht *wichtigsten Fälle* (welche im Rechtsleben am häufigsten vorkommen) wie die Rechtsöffnung und die Feststellung von neuem Vermögen einer Einigung der Parteien im Rahmen einer Mediation zugänglich.

### 3. Beschränkte Anwendung auf SchKG-Beschwerden

Eine Einigung im Rahmen einer Fachmediation setzt voraus, dass in Bezug auf die Streitsache keine zwingenden gesetzlichen Bestimmungen gelten<sup>[51]</sup>, welche eine alternative Streitbereinigung ausschliessen. Dies ist der Fall, wenn die Streitsache nicht der Parteidisposition untersteht.

So verhält es sich beispielsweise, wenn in Bezug auf eine Verfügung (oder Unterlassung) einer SchKG-Behörde (wie dem Betreibungs- oder Konkursamt) die Verletzung von SchKG-Bestimmungen in Frage stehen. Darüber ist im Rahmen einer *SchKG-Beschwerde* (Art. 17 ff. SchKG) vor den Aufsichtsbehörden zu entscheiden. Nach Ausfällung der Verfügung (des Betreibungs- oder Konkursamtes) können deshalb der Beschwerdeführer und das SchKG-Organ grundsätzlich nicht (mehr) konsensual eine Einigung treffen. Das SchKG-Beschwerdeverfahren untersteht denn auch grundsätzlich dem öffentlichen Recht.

Davon bestehen gewisse Ausnahmen: So kann das verfahrensleitende SchKG-Organ auch nach Erhebung einer Beschwerde<sup>[52]</sup> durch einen Dritten seine Verfügung noch bis zur Erstattung der Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen (Art. 17 Abs. 4 SchKG). Dabei ist es aber ebenfalls an die gesetzlichen Bestimmungen des SchKG gebunden, namentlich wenn es eine neue Verfügung trifft. Sodann können der Beschwerdeführer und das verfahrensleitende SchKG-Organ eine Einigung finden, wonach der Beschwerdeführer seine Beschwerde zurückzieht. Damit wird das Beschwerdeverfahren abgeschlossen. Ausgenommen sind einzig Fälle von Nichtigkeit (Art. 22 SchKG), in welchen Fällen die Aufsichtsbehörde trotz Rückzug der Beschwerde einen Entscheid trifft, wenn es auf nichtige Handlungen stösst (Art. 22 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

### 4. Ausschluss in Bezug auf Verfügungen des Gerichts auf einseitigen Antrag

In Fällen, da gemäss SchKG ein Gericht auf einseitigen Antrag eine Verfügung erlassen muss, kann diese nicht durch eine Abrede zwischen den Vollstreckungsparteien (wie etwa Gläubiger und Schuldner) ersetzt werden. Dies gilt etwa<sup>[53]</sup> in Bezug auf die Konkurseröffnung in nichtstreitigen

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Fällen (Art. 191, Art. 192, Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 298 Abs. 4, Art. 309 SchKG), die Eröffnung der konkursamtlichen Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft (Art. 193 SchKG), die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (Art. 230 SchKG), die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG), den Widerruf des Konkurses (Art. 195 SchKG), die Anordnung eines Güterverzeichnisses (Art. 162, Art. 170, Art. 183 SchKG), die Schlusserkenntnis im Konkurs (Art. 268), die Wiedereröffnung des Konkurses<sup>[54]</sup> oder die Entscheide des Nachlassgerichts im Nachlassverfahren (Art. 293a, Art. 294, Art. 295a, Art. 295b, Art. 296a, Art. 306/306a, Art. 313, Art. 315, Art. 316 SchKG).

Da es sich diesbezüglich nicht um Zivilrechtsstreitigkeiten zwischen zwei Parteien handelt (aus welchem Grund denn auch ein einseitiger Antrag genügt und ein Einparteienverfahren durchgeführt wird), stellt der Ausschluss dieser Geschäfte aus praktischer Sicht *keine relevante Einschränkung* für eine Fachmediation in SchKG-Streitigkeiten dar.

## 5. Zwischenfazit

Wie dargelegt, kommt einer aussergerichtlichen Streiterledigung (und damit auch einer solchen durch Fachmediation) ein *umfassender Anwendungsbereich* zu. Insbesondere sind *sämtliche wichtigen Streitigkeiten in der Generalexekution* einer vergleichsweisen Einigung zugänglich.

## D. Verfahrensfragen bei der Umsetzung einer Einigung/Berücksichtigung beim Vergleichsschluss

### 1. Allgemeines

Eine Einigung umfasst in aller Regel<sup>[55]</sup> ein gegenseitiges Nachgeben und Zugeständnis. Ausgehend von den ursprünglichen (Maximal-) positionen der Parteien liegt ein Vergleich vor. In der Generalexekution (d.h. im Konkursverfahren und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) sind bei einer Einigung gewisse insolvenzrechtliche Regeln bzw. Schranken zu beachten<sup>[56]</sup>. Ausserhalb der Generalexekution sind die Vollstreckungsparteien (Schuldner und Gläubiger) frei, welche Abmachungen sie treffen wollen.

#### a. Kompetenz zum Abschluss eines Vergleichs in der Generalexekution

Sofern im (ordentlichen) *Konkursverfahren* kein Gläubigerausschuss gewählt worden ist, steht die Kompetenz, über den Abschluss eines Vergleichs zu entscheiden, der *Gläubigergesamtheit* (bzw. der Gläubigerversammlung) und nicht der Konkursverwaltung zu<sup>[57]</sup>. Wurde ein Gläubigerausschuss mit den Kompetenzen gemäss Art. 237 Abs. 3 SchKG gewählt, so muss dieser (gemäss Ziff. 3 der genannten Bestimmung) einem Vergleich (anstelle der Gläubigergesamtheit) zustimmen.

Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* kann der Liquidator den Vergleich abschliessen.

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Eine *Genehmigung des Gläubigerausschusses* ist nur erforderlich, wenn ihm diese Kompetenz im Nachlassvertrag eingeräumt worden ist<sup>[58]</sup>, was häufig der Fall ist<sup>[59]</sup>.

Soweit das verfahrensleitende Organ im Aussenverhältnis einen Vergleich abschliesst, ohne dass bereits die erforderliche Genehmigung der Gläubigergesamtheit bzw. des Gläubigerausschusses vorliegt, so ist diesem Umstand bei der Redaktion des Vergleichs Rechnung zu tragen. Es ist insbesondere vorzusehen, dass der Vergleich bei Ausbleiben der notwendigen Genehmigung dahinfällt.

b. Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Abschluss eines Vergleichs?

In der Generalexekution kommt Art. 260 SchKG zur Anwendung. Diese Bestimmung besagt, dass jeder Gläubiger berechtigt ist, die Abtretung derjenigen Ansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat (Art. 260 Abs. 1 i.V.m Art. 325 SchKG).

Der Abschluss eines Vergleichs wird gemeinhin als Art der Geltendmachung eines Anspruches aufgefasst, so kein Verzicht i.S.v. Art. 260 SchKG vorliegt. Es besteht deshalb keine Pflicht, den Gläubigern bei Abschluss eines Vergleichs durch die Masse die Abtretung zu offerieren<sup>[60]</sup>. Es steht der Konkursverwaltung bzw. dem Liquidator jedoch frei, die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG freiwillig dergestalt *analog* anzuwenden, als die Abtretung nur gegen Erstattung des Vergleichsbetreffnisses<sup>[61]</sup> angeboten wird<sup>[62]</sup>. In diesem Fall sollten im Vergleich ein entsprechender Vorbehalt angebracht werden und es sollten die Folgen geregelt werden, wenn eine solche Abtretung erfolgt<sup>[63]</sup>.

*2. Bei der Kollokations(zulassungs-)klage in der Generalexekution (Art. 250 Abs. 1 SchKG)*

Will die Konkursverwaltung es in dem vom abgewiesenen Konkursgläubiger gegen die Masse geführten Kollokationszulassungsstreit (Art. 250 Abs. 1 SchKG) nicht zu einem gerichtlichen Entscheid kommen lassen, indem sie die Klage ganz oder teilweise anerkennen will, so kann diese Anerkennung nur unter Vorbehalt der Rechte der Konkursgläubiger erfolgen, die Zulassung der Forderung (oder den ihr neu zugewiesenen Rang) ihrerseits noch durch Wegweisungsklage (i.S.v. Art. 250 Abs. 2 SchKG) zu bestreiten (Art. 66 Abs. 1 KOV).

Da diese Bestimmung die ganze oder teilweise Klageanerkennung umfasst, gilt sie auch für einen *Vergleich*<sup>[64]</sup>. Die Konkursverwaltung muss die sich aus der nachträglichen Anerkennung ergebende Abänderung des Kollokationsplans neu auflegen und publizieren (Art. 66 Abs. 2 KOV), damit die anderen Gläubiger gegen den geänderten Kollokationsplan Wegweisungsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) führen können. Sinnvollerweise wird der Hinweis auf die Rechte der übrigen Gläubiger aus Gründen der Transparenz in den Vergleichstext aufgenommen.

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Anders verhält es sich, wenn im ordentlichen Konkursverfahren ein *Gläubigerausschuss* gewählt worden ist und dieser (i.S.v. Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG) den Vergleich genehmigt hat. In diesem Fall können die anderen Gläubiger keine Kollokations (-wegweisungs-) klage mehr führen, weshalb die Änderungen der Kollokation zufolge des Vergleichs nicht neu aufgelegt und publiziert werden müssen (vgl. Art. 66 Abs. 3 KOV). Ein Hinweis im Vergleichstext erübrigt sich in diesem Fall.

Die beschriebene Regelung gilt analog beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* (vgl. Art. 321 Abs. 2 SchKG), wobei sich die Kompetenz des Gläubigerausschusses einen Vergleichsschluss zu genehmigen nach der Regelung im Nachlassvertrag richtet[65].

M.E. gilt das Gesagte (analog) auch im (eher seltenen[66]) Fall, da die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator vor Auflage des Kollokationsplans einen Vergleich mit einem Gläubiger abschliesst.

### 3. Bei Aussonderungsansprüchen in der Generalexekution (Art. 242 SchKG)

Wenn in der Generalexekution Dritte Aussonderungsansprüche geltend machen, dann kann die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator diese in eigener Kompetenz abweisen, und dem Ansprecher Frist zu Klage ansetzen (Art. 242 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 Abs. 4 Satz 2 SchKG; Art. 45 f. KOV). Will das verfahrensleitende SchKG-Organ dagegen den Aussonderungsanspruch anerkennen, dann kann es dies nicht in eigener Verantwortung tun. Es muss vielmehr einen Beschluss der Gläubigergesamtheit herbeiführen und den Gläubigern muss (wenn die Gesamtheit der Gläubiger die Aussonderung zulassen will) zunächst die Abtretung des Verteidigungsanspruches i.S.v. Art. 260 SchKG anboten werden (Art. 47 f. KOV). Im summarischen Konkursverfahren muss nur „in wichtigen Fällen“[67] den Gläubigern die Abtretung anboten werden (Art. 49 KOV)[68].

Wenn ein Gläubiger die Abtretung verlangt, setzt das Organ dem Ansprecher Frist von 20 Tagen an, um Aussonderungsklage zu erheben (Art. 52 KOV). Die Klage richtet sich (dem missglückten Wortlaut von Art. 52 KOV zum Trotz) nicht gegen die Masse und der Abtretungsgläubiger agiert auch nicht als deren „Vertreter“. Da es sich bei der Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG um eine Prozessstandschaft handelt[69], ist die Klage gegen den Abtretungsgläubiger zu richten und die Masse ist aus dem Spiel[70] (sie hat denn auch darauf verzichtet, die Aussonderung zu verteidigen).

Wenn entweder die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator den Aussonderungsanspruch ablehnt oder die Gläubigergesamtheit dies tut und es (nach Fristansetzung an den Ansprecher; Art. 242 Abs. 2 SchKG) zum *Aussonderungsprozess gegen die Masse* kommt, sollte m.E. das verfahrensleitende Organ, sofern es im Prozess einen *Vergleich* schliessen will, erneut entweder die *Zustimmung des Gläubigerausschusses* (wenn ein solcher bestellt worden ist und diesem eine solche Kompetenz zukommt) oder der *Gläubigergesamtheit* einholen (Art. 47 f. KOV analog). Im summarischen Konkursverfahren muss die Gläubigergemeinschaft m.E. ebenfalls (nur) „in wichtigen Fällen“ begrüsst werden (Art. 49 KOV analog)[71].

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Sofern ein Vergleich abgeschlossen wird, ohne dass der Gläubigerausschuss begrüsst bzw. ohne dass den Gläubigern die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG offeriert wurde, so ist diesem Umstand bei der Redaktion des Vergleichs Rechnung zu tragen. Zum einen ist ein entsprechender Vorbehalt anzubringen. Zum anderen ist Wegfall des Vergleichs bei Ausbleiben der notwendigen Genehmigung bzw. beim Eingang von Abtretungsbegehren vorzusehen.

## VI. Schlussfolgerungen

Die aussergerichtliche Streiterledigung in SchKG-Streitigkeiten durch Mediation gibt es bis anhin in der Praxis (noch) nicht. Objektive Gründe dafür bestehen nicht. Ein naheliegender (menschlicher) Faktor dürfte die Lebenserkenntnis sein<sup>[72]</sup>: „Was der Bauer nicht kennt, frisst er nicht!“.

Praktisch alle wichtigen SchKG-Streitigkeiten sind einer aussergerichtlichen Streitbeilegung zugänglich. Bei gewissen gerichtlichen Streitigkeiten, welche in ein SchKG-Verfahren „eingebettet“ sind, müssen verfahrensrechtliche Normen bei der Abwicklung einer vergleichswisen Regelung im Auge behalten werden. Diese Regeln sollten aus Transparenzgründen im Vergleichstext abgebildet werden, damit die Abwicklung des Vergleichs auch für die Gegenpartei klar ist.

Der Gesetzgeber mass bei Erlass der ZPO der Mediation einen „hohen Stellenwert“ bei und bezeichnete diese als „wünschbare Innovation“, welche zu fördern sei. Die Parteien, die Gerichte (vgl. Art. 214 Abs. 1 ZPO) und die Parteivertreter sind hiermit aufgerufen, die aussergerichtliche Streitbeilegung mittels Mediation, in ihre Überlegungen häufiger miteinzubeziehen. Auch nach Klageeinleitung findet ein Streit nicht „naturegegeben“ durch richterliches Urteil sein natürliches Ende<sup>[73]</sup>, sondern er kann zufolge Einigung vorzeitig beendet werden. Durch Beizug eines geeigneten Fachmediators steigen die Chancen auf eine Einigung massgeblich.

Dadurch können die Gerichte entlastet werden<sup>[74]</sup>. Die Parteien können (wenn eine Einigung erzielt werden kann) ganz wesentlich Zeit und Kosten sparen. Dies gilt in der Generalexécution auch für die Insolvenzmasse (als Partei). Der Rechtsfriede wird rascher wiederhergestellt und die Parteien können sich wieder ihren geschäftlichen (und damit produktiveren) Tätigkeiten zuwenden.

Die „alte Dame“ SchKG hat sich seit über 125 Jahren<sup>[75]</sup> als sehr anpassungsfähig und flexibel erwiesen. Das Gesetz verschliesst sich Innovationen nicht. Vielmehr muss der Mensch umdenken, um gelegentlich neue Wege zu gehen. Beides gilt (auch) für die Fachmediation in SchKG-Belangen.

<sup>[1]</sup> Peter Liatowitsch/Mordasini Claudia M, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.A., Zürich 2016, Art. 213 ZPO N 17.

<sup>[2]</sup> Vgl. auch BBl 2006. 7335; SAV Richtlinie für die Mediation.

# Fachmediation-SchKG

HOLENSTEIN BRUSA

Franco Lorandi Prof. Dr. iur., LL.M.

CAS in Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

[3] Anstatt Vieler: Liatowitsch/Mordasini, Art. 213 ZPO N 19.

[4] BBl 2006 7252 ff.

[5] Vgl. auch die Richtlinie für die Mediation des schweizerischen Anwaltsverbandes.

[6] BBl 2006 7223, 7243.

[7] BBl 2006 7255.

[8] BBl 2006 7335; James T. Peter, Gerichtsnaher Wirtschaftsmediation: ein Erfahrungsbericht, Anwalts Revue 2012, 464 ff.

[9] In Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 1069)

[10] Vgl. dazu IV.

[11] BBl 2006 7335.

[12] BBl 2006 7223.

[13] BBl 2006 7233.

[14] BBl 2006 7243.

[15] BBl 2006 7223, 7243.

[16] Vgl. Karl Spühler/Annette Dolge, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 7. A., Zürich 2017, 174 ff.; Kurt Boesch et al. (Hrsg.), Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2018.

[17] Anstatt aller Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2017, § 4 Rz. 47 ff.

[18] Beispiele bei Amonn/Walther, § 4 Rz. 49.

[19] Beispiele bei Amonn/Walther, § 4 Rz. 52.

[20] Beispiele bei Amonn/Walther, § 4 Rz. 55.

[21] Beispiele bei Amonn/Walther, § 4 Rz. 58.

[22] Als Insolvenzmasse wird vorliegend die Konkursmasse oder die Nachlassmasse bei einem

# Fachmediation-SchKG

HOLENSTEIN BRUSA

Franco Lorandi Prof. Dr. iur., LL.M.

CAS in Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bezeichnet.

[23] Sog. double instance.

[24] Zu den Ausnahmen vgl. Art. 74 Abs. 2 namentlich lit. a, c, und d BGG.

[25] Dies ist in aller Regel der Fall, wenn der Streitwert CHF 30'000 nicht übersteigt (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario) und nicht das summarische Verfahren (Art. 251 ZPO) Anwendung findet.

[26] Zur Sicherheitsleistung für die Parteienschädigung an die Gegenseite vgl. Art. 99 ZPO.

[27] Zuweilen aber auch von den Anwälten.

[28] Ausgenommen sind Haftungsfälle gemäss Art. 5 ff SchKG, sofern das kantonale Recht dafür das Verwaltungsverfahren vorsieht.

[29] Viele Kantone weisen SchKG-spezifische Fälle (soweit diese im summarischen Verfahren geführt werden) den Einzelgerichten zu, so dass eine gewisse Poolwirkung erzielt wird.

[30] 1. Januar 2011 (AS 2010 1836).

[31] Die Kantone Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen verfügen über ein Handelsgericht.

[32] Vgl. dazu näher unten IV.

[33] In Bezug auf die *nationale* Schiedsgerichtsbarkeit.

[34] In Bezug auf *internationale* Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

[35] BSK ZPO-Philipp S. Gelzer, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 217 N 20; Liatowitsch/Mordasini, Art. 217 ZPO N 14.

[36] Vgl. II.B.

[37] Studien gehen von statischen Werten von 0% bis 4% aus.

[38] Peter, 464.

[39] Liatowitsch/Mordasini, Art. 217 ZPO N 8.

[40] Z.B. ein Konkursverfahren oder ein Nachlassverfahren über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

# Fachmediation-SchKG

HOLENSTEIN BRUSA

Franco Lorandi Prof. Dr. iur., LL.M.

CAS in Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

[41] Vgl. auch Pierre-Yves Marro/Vanessa Duss Jacobi, in: Kurt Boesch et all. (Hrsg.), Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2018, N 2.27 f.

[42] Vgl. BGE 140 III 355 E. 2.3.2.

[43] Darunter fallen auch Lastenbereinigungsklagen.

[44] BSK SchKG I-Schöniger, Art. 148 N 57, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-148 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010; KUKO SchKG-Thomas Sprecher, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. A., Basel 2014, Art. 148 SchKG N 32.

[45] BSK SchKG II-Hierholzer, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 250 N 72 ff. KUKO SchKG-Sprecher, Art. 250 N 53 ff.

[46] BSK SchKG II-D. Staehelin, Art. 289 N 7; Henri-Robert Schüpbach, Droit et action révocatoires, Basel 1997, Art. 289 SchKG N 3.

[47] Vgl. dazu V.D.

[48] Vgl. I.

[49] Anstatt aller: BSK SchKG I-D. Staehelin, Art. 84 N 69.

[50] BSK-SchKG I-D. Staehelin, Art. 82 N 19, Art. 84 N 69.

[51] KUKO ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, vor Art. 213-218 ZPO N 11.

[52] Dies gilt umso mehr, *bevor* eine Beschwerde geführt wird.

[53] Dies Aufzählung ist nicht abschliessend.

[54] Vgl. dazu Franco Lorandi, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56 ff.

[55] Denkbar sind aber auch eine vollständige Anerkennung der Gegenposition

[56] Vgl. dazu sogleich unten.

[57] Jean Flachsmann, Die Abtretung von Rechtsansprüchen der Konkursmasse nach Art. 260

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

SchKG, Diss. Zürich 1927, 58; Ralf C. Schläpfer, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Diss. Zürich 1990, 80; BSK SchKG II-Berti, Art. 260 N 24, BSK SchKG II-Hierholzer, Art. 250 N 73; Franco Lorandi, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BLSchK 2008 (zit. Abtretung), 43; BGE 86 III 124 E. 3.

[58] Thomas Sprecher, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Zürich 2003, N 1046.

[59] Lorandi, Abtretung, 43 f.

[60] BGE 86 III 124 E. 3, BGE 78 III 133 E. 3, BGE 75 III 61, 63, BGE 67 III 100 E. 1, Lorandi, Abtretung, 44 Fn. 28 m.w.H. auch auf abweichende Meinungen.

[61] Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG erfolgt ansonsten (abgesehen von einer geringen Administrativgebühr von CHF 20; Art. 46 Abs. 1 lit. d GebV SchKG) unentgeltlich.

[62] Vgl. Lorandi, Abtretung, 45 ff.; BGE 86 III 124 E. 3, BGE 78 III 133 E. 3, BGE 67 III 100 E. 1, BGE 52 III 63 E. 4; BGer 7B.116/2002 vom 10. September 2002, Sachverhalt B; BLSchK 2006, 220 f.

[63] Vgl. Lorandi, Abtretung, 46.

[64] BSK SchKG II-Hierholzer, Art. 250 N 72; CR-Jaques, Art. 250 SchKG N 57; KUKO SchKG-Sprecher, Art. 250 SchKG N 53.

[65] Vgl. V.D.1.a.

[66] Die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator werden in der Regel zunächst nach ihrer Auffassung kollozieren und unbegründete Forderungen abweisen, womit es am Gläubiger liegt, innert der kurzen Frist von 20 Tagen (Art. 250 Abs. 1 SchKG), Klage führen zu müssen, womit der Masse ein nicht unwesentlicher verfahrensmässiger Vorteil zukommt.

[67] Dabei geht es (auch) um den Wert des Aktivums, welches von der Aussonderung betroffen ist (Bommer, Art. 49 KOV N 4; BGer 5C.242/2004 vom 7. April 2005 E. 3). Ob es auch auf die Summe der Passiven (Gläubigerforderungen) ankommt, ist unklar.

[68] BGE 53 III 121 E. 2; Bommer, Art. 49 KOV N 5, N 6.

[69] BGE 139 III 504 E. 3.4; BGE 139 III 391 E. 5.1; BGE 139 III 384 E. 2.2.2; BGE 132 III 342 E. 2.2.; BGE 121 III 488 E. 2b.

[70] Vgl. BSK SchKG II-Russenberger, Art. 242 N 36; KUKO SchKG-Bürgi, Art. 242 SchKG N 10.

# Fachmediation-SchKG

HOLENSTEIN BRUSA

Franco Lorandi Prof. Dr. iur., LL.M.

CAS in Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement

**Link zum Artikel** <https://www.mediation-schkg.ch/schkg-streitigkeiten/>

[71] BGer 5C.242/2004, vom 7. April 2005 E. 3.3.1.

[72] Vgl. auch KUKO ZPO-Gloor/Umbricht Lukas, Art. 214 ZPO N 6, wonach die Parteien und die Parteivertreter keine oder ungenügende Kenntnisse über die Mediation haben.

[73] Und allenfalls ein sich anschliessendes Rechtsmittelverfahren seinen Anfang.

[74] BBl 2006 7223, 7243.

[75] Das SchKG trat per 1. Januar 1892 in Kraft und feierte 2017 sein 125-jähriges Bestehen (vgl. dazu Materialien zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1869-1889), Zürich 2017.