

1. Konkursverfahren I: Allgemeines und Organe des ordentlichen Konkursverfahrens

1.1. Allgemeines

1.1.1. Unterscheidung: (Materielles) Konkursrecht und Konkursverfahren

Das Gesetz unterteilt das Konkursverfahrensrecht in das „Konkursrecht“ (Sechster Titel) und das „Konkursverfahren“ (Siebter Titel). Unter dem „Konkursrecht“ versteht es das sog. materielle Konkursrecht, wie es in der Lehre heisst. Hierzu gehören die Wirkungen des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners (SchKG 197 ff.) und auf die Rechte der Gläubiger (SchKG 208 ff.). Unter dem Titel „Konkursverfahren“ werden sodann der Verfahrensablauf und die Organe des Konkursverfahrens geregelt (zu letzteren nachfolgend 1.2 ff).

1.1.2. Summarisches Konkursverfahren und ordentliches Konkursverfahren

Das SchKG kennt zwei Konkursverfahren: Das ordentliche und das summarische Konkursverfahren (SchKG 231). Obwohl das summarische Konkursverfahren in der Praxis die Regel ist und das ordentliche Verfahren nur selten vorkommt, muss hier zuerst eingehend das ordentliche Verfahren behandelt werden. Das summarische Verfahren ist nichts anderes als ein „ordentliches Verfahren light“ (zum ordentlichen Verfahren siehe Kapitel „Konkursverfahren II“, zum summarischen Verfahren Kapitel „Konkursverfahren III“).

Dass summarische Konkursverfahren darf selbstverständlich nicht mit dem summarischen Verfahren der ZPO verwechselt werden, welches für jede Form der Konkursöffnung gemäss Art. 251 lit. a ZPO zur Anwendung kommt.

Das summarische Verfahren ist das weitaus häufigste Verfahren (siehe die Tabelle auf der nachfolgenden Seite)

1.1.3. Überblick über die Organe des ordentlichen Konkursverfahrens

Das ordentliche Verfahren kennt folgende Konkursorgane im engeren und eigentlichen Sinne:

- Die Gläubigerversammlungen, in der Ausgestaltung der ersten und zweiten Gläubigerversammlung;
- Die Konkursverwaltung, welche ab der ersten Gläubigerversammlung tätig ist. Die Konkursverwaltung ist entweder das Konkursamt als sog. amtliche Konkursverwaltung oder eine sonstige Person, welche als ausseramtliche Konkursverwaltung bezeichnet wird.
- Das Konkursamt, welches auf jeden Fall bis zur ersten Gläubigerversammlung, unter Umständen aber auch während dem ganzen Verfahren tätig ist (hierzu nachfolgend 1.5.).
- Der Gläubigerausschuss als optionales Organ.

Wichtige Funktionen im Konkurs nehmen auch der Konkurschuldner/die Konkurschuldnerin war. Im Weiteren kommt dem Konkursgericht eine wesentliche Bedeutung zu.

Auf die Besonderheiten des summarischen Verfahrens werde ich später eingehen.

Tabelle A1: Ordentliches und summarisches Verfahren²¹⁷

Jahr	insg. Erledigungen	ordentliches Verfahren	summarisches Verfahren	Einstellung mangels Aktiven ²¹⁸	übriges
2012	1901	2	664	1128	107
2011	1801	1	662	1039	96
2010	1843	3	710	1030	94
2009	1837	3	694	1046	94
2008	1553	3	616	931	103
2007	1679	2	633	935	109
2006	1734	2	592	1016	124
2005	1827	6	695	1003	123
2004	1770	7	632	985	146
2003	1554	2	630	799	117
2002	1444	8	587	757	92
2001	1389	8	610	677	94
2000	1318	6	635	597	80
1999	1396	8	664	656	68
1998	1451	9	680	679	83
1997	1577	15	710	759	93
1996	1699	20	950	718	11
1995	1601	26	953	611	11
1994	1532	10	855	655	12
1993	1657	21	1034	595	7
1992	1446	17	889	534	6

Zahlen aus Dissertation Claudia Wyss

1.1.4. Überblick über den Ablauf des ordentlichen Konkursverfahrens

Konkursbetreuung (SchKG 159 ff.)

Betreibungsamt	Einleitungsverfahren
	Betreibungsbegehren (SchKG 67)
	Fortsetzungsbegehren (SchKG 88)
	Konkursandrohung (SchKG 159 ff.)
Konkursgericht	Verfahren betreffend Konkurseröffnung (mit oder ohne vorgängige Betreuung)
	Konkursbegehren (SchKG 166 ff.)
	Konkurseröffnung (SchKG 171 f.)
	Evt. Rechtsmittel (SchKG 174)

Ordentliches Konkursverfahren (SchKG 221 ff.)

Konkursamt	Sichtung der Aktiven (SchKG 222)
	Inventaraufnahme (SchKG 221)
	Sicherung (SchKG 223)
	Konkurspublikation (SchKG 232 ff.)
	1. Gläubigerversammlung (SchKG 235 ff.)
Konkursverwaltung, Gläubigerversammlung, ev. Gläubigerausschuss	Verwaltung (SchKG 235 ff.)
	Dringliche Entscheidungen (SchKG 238)
	Erwahrung der Konkursforderungen: Kollokationsverfahren (SchKG 244 ff.)
	2. Gläubigerversammlung (SchKG 252 ff.)
	Erwahrung der Aktiven (SchKG 242 f.)
	Verwertung (SchKG 252 ff.)
	Verteilung (SchKG 261 ff.)
	Konkursverlustschein (SchKG 265)

Konkursgericht	Schluss des Konkursverfahrens (SchKG 268 f.) Schlussbericht der Konkursverwaltung (SchKG 268 I) Schlussdekret (SchKG 268 II)
----------------	---

1.1.5. Überblick über summarisches Verfahren

Ablauf des summarischen Konkursverfahrens im Überblick:

Organe	Verfahrensschritte
Konkursamt	Sichtung der Aktiven (SchKG 222) Inventaraufnahme (SchKG 221), Sicherungsmassnahmen (SchKG 223) Notverkauf (Art. 243) Verwaltung (SchKG 235 ff.)
Anordnung des summarischen Verfahrens durch das Konkursgericht	Antrag auf Anordnung des summarischen Verfahrens
Konkursamt (Gläubigerversammlung oder Zirkularbeschluss lediglich, falls besondere Umstände dies verlangen)	Konkurspublikation (SchKG 232 ff.) Frei Verwertung nach Ablauf der Eingabefrist (SchKG 321 Abs. 3 Ziff. 2) Erhaltung der Konkursforderungen: Kollokationsverfahren (SchKG 244 ff, Art. 70 KOV) Erhaltung der Aktiven (SchKG 242 f.; vgl. Art. 49 KOV) Verteilung (SchKG 261 ff., Art. 96 lit. c KOV) Konkursverlustschein (SchKG 265, Art. 96 lit. c KOV)
Konkursgericht	Schluss des Konkursverfahrens (SchKG 268 f.) Schlussbericht der Konkursverwaltung (SchKG 268 I); Schlussdekret (SchKG 268 II)

1.2. Die Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung, das oberste Organ der Totalliquidation, ist nicht in allen Stadien des Verfahrens dieselbe. Das Gesetz unterscheidet zwischen der ersten und der zweiten bzw. weiteren Gläubigerversammlungen, wobei die weiteren Gläubigerversammlungen nichts anderes als eine Fortsetzung der zweiten Gläubigerversammlung darstellen.

Die Gläubigerversammlungen bringen das im SchKG für die Generalexekution verwirklichte Prinzip der „Gläubigerselbstverwaltung“ zum Ausdruck. In der Einzelzwangsvollstreckung gilt das Prinzip der „Amtsverwaltung“.

1.2.1. Bildung und Leitung der Gläubigerversammlung

1.2.1.1. Die erste Gläubigerversammlung

Leitung:

Die Leitung der ersten Gläubigerversammlung obliegt dem Konkursbeamten. Zusammen mit zwei Gläubigern bildet er das sog. Büro (SchKG 235 I). Zur Aufgabe des Büros siehe unten unter "Zulassung".

Einberufung:

Die Einberufung erfolgt durch die Konkurspublikation, dem sog. Schuldenruf (SchKG 232 Ziff. 5). Den bekannten Gläubigern wird persönlich eine Konkurspublikation zugestellt (SchKG 233).

Zulassung:

An der ersten Gläubigerversammlung können grundsätzlich alle Gläubiger des Gemeinschuldners teilnehmen. Es ist nicht notwendig, dass die Gläubiger dem Konkursamt bekannt waren und demzufolge eine spezielle Vorladung erhielten. Über die Zulassung der unbekannt Gläubiger entscheidet das Büro. Dabei stützt es sich auf die Erklärungen des Schuldners und des Gläubigers (SchKG 235 II).

1.2.1.2. Zweite Gläubigerversammlung

Leitung:

Die Konkursverwaltung leitet die zweite Gläubigerversammlung (SchKG 252 III).

Einberufung:

Die Einberufung erfolgt durch die Konkursverwaltung nach Aufstellung des Kollokationsplans. Jeder zur Kollokation zugelassene Gläubiger erhält eine persönliche Einladung (SchKG 252 I).

Zulassung:

Zugelassen sind alle im Kollokationsplan aufgeführten Gläubiger, d.h. alle Gläubiger, deren Forderungen nicht bereits rechtskräftig abgewiesen worden sind (SchKG 252 I).

1.2.2. Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung

Die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung beurteilen sich für alle Gläubigerversammlungen auf gleiche Weise (SchKG 252 III unter Hinweis auf SchKG 235 III und IV).

Beschlussfähigkeit:

"Die Versammlung ist beschlussfähig, wenn wenigstens der vierte Teil der bekannten Gläubiger anwesend oder vertreten ist. Sind vier oder weniger Gläubiger anwesend oder vertreten, so kann gültig verhandelt werden, sofern dieselben wenigstens die Hälfte der bekannten Gläubiger ausmachen" (SchKG 235 III). Kommt die Beschlussfähigkeit nicht zustande, so wird keine neue Gläubigerversammlung einberufen (SchKG 236). Ist zwar die erste Gläubigerversammlung, jedoch nicht die zweite Gläubigerversammlung zustande gekommen, so führt die gewählte Konkursverwaltung den Konkurs selbständig zu Ende. Ist nicht einmal die erste Gläubigerversammlung zustande gekommen, so obliegt die Durchführung des Konkurses dem Konkursamt.

Beschlussfassung:

Die Versammlung beschliesst mit der absoluten Stimmenmehrheit der Gläubiger. Bei gleichgeteilten Stimmen kommt dem Vorsitzenden der Stichentscheid zu. Allfällige Beanstandungen über die Berechnung der Stimmen werden durch das Büro entschieden (SchKG 235 IV).

Wesentlich ist bei der gesetzlichen Regelung, dass allen Gläubigern, unabhängig von Zahl und Umfang ihrer Forderungen, das absolut gleiche Gewicht beigemessen wird. Man kann dies als stossend empfinden, das Gesetz geht jedoch von der Überlegung aus, dass ein kleiner Betrag für einen wenig bemittelten Gläubiger ebenso viel bedeuten kann wie ein grosser Betrag für einen wohlhabenden Gläubiger.

1.2.3. Zirkularbeschluss

Unter bestimmten Voraussetzungen kann statt einem Versammlungsbeschluss auch ein Zirkularbeschluss gefasst werden. SchKG 255a I besagt hierzu: *„In dringenden Fällen, oder wenn eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig ist, kann die Konkursverwaltung den Gläubigern Anträge auf dem Zirkularweg stellen. Ein Antrag ist angenommen, wenn die Mehrheit der Gläubiger ihm innert der angesetzten Frist ausdrücklich oder stillschweigend zustimmen.“*

Diese Bestimmung gilt – trotz ihrer Einordnung in die Regelung der zweiten Gläubigerversammlung – für beide Gläubigerversammlungen. Sind im Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht alle Gläubiger bekannt, was regelmässig vor Ablauf der Eingabefrist im Schuldenruf der Fall ist, können die Anträge zudem öffentlich bekannt gemacht werden (SchKG 255a II).

Das Problem des Zirkularbeschlusses ist evident. Da Stillschweigen als Zustimmung gewertet wird, wird in der Praxis stets im Sinne der Anträge des Konkursamtes gestimmt. D.h. in Wirklichkeit ist diese Form der Gläubigerselbstbestimmung eine Farce. In ihrer demnächst erscheinenden Dissertation macht Claudia Wyss erwägenswerte Vorschläge zur Effektuierung dieser Form der Beschlussfassung. Nach ihr könnten die Gläubiger im Zirkularantrag zunächst angefragt werden, ob sie überhaupt ein Interesse an der Verfahrensteilnahme hätten. Allein bei Gläubigern, welche dies Bejahen, dürfte dann Stillschweigen als Zustimmung gewertet werden.¹

¹ Claudia Wyss, Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren, Diss. Zürich 2013, S ...

Ein Zirkularbeschluss kommt relativ teuer zu stehen. Ein 5-Seitiges Schreiben, welches eingeschrieben an 500 Gläubiger zugestellt werden soll, kostet Fr. 13'500.-.²

1.2.4. Kompetenz der Gläubigerversammlung

Der Gläubigerversammlung kommen folgende Aufgaben zu:

- Wahlorgan,
- Aufsicht über die Konkursverwaltung,
- umfassende Zuständigkeit für Erhaltung, Verwaltung und Verwertung der Aktiven

Wahlorgan:

In der *ersten Gläubigerversammlung* werden die Konkursverwaltung und eventuell ein Gläubigerausschuss gewählt (SchKG 237 II und III).

In der *zweiten Gläubigerversammlung* können die genannten Organe abberufen oder bestätigt werden (SchKG 253 II). Vgl. dazu BGE 101 III 77 und 105 III 69.

Aufsichtsorgan:

Die Gläubigerversammlung übt die Aufsicht über die Tätigkeit der Konkursverwaltung aus. Das Konkursamt hat deshalb an der ersten Gläubigerversammlung den Gläubigern einen Bericht über den Umfang der Aktiven und die Aufnahme des Inventars abzulegen (SchKG 237 I). In der zweiten Gläubigerversammlung ist es an der Konkursverwaltung die Gläubiger über alles Geschehene zu orientieren (SchKG 253 I).

Umfassende Zuständigkeit für Erhaltung, Verwaltung und Verwertung der Aktiven:

Erste Gläubigerversammlung:

Gemäss SchKG 238 kann die erste Gläubigerversammlung über die Verwaltung und Verwertung der Aktiven insoweit Beschlüsse fassen, als eine *Dringlichkeit* besteht. Insbesondere kann die erste Gläubigerversammlung über die Fortsetzung des Gewerbes des Gemeinschuldners (vgl. BGE 95 III 29), über die Fortsetzung hängiger Prozesse sowie über die Vornahme von Verkäufen aus freier Hand entscheiden.

Daneben ist sie befugt, die Einstellung der Verwertung zu beschliessen, wenn der Schuldner einen Nachlassvertrag vorschlägt (SchKG 238 II).

Zweite Gläubigerversammlung:

Die zweite Gläubigerversammlung kann "unbeschränkt" – wie sich das Gesetz in SchKG 253 II ausdrückt – alles Weitere für die Durchführung des Konkurses anordnen. Sie kann beschliessen, dass die Vermögensgegenstände aus freier Hand verkauft werden (SchKG 256 III; dazu BGE 101 III 55 ff.). Ihr allein steht das Recht zu, auf Ansprüche zu verzichten (SchKG 260; dazu BGE 101 II 328). Die zweite Gläubigerversammlung entscheidet schliesslich auch über die Weiterführung von Zivilprozessen (SchKG 207).

Bezüglich des Nachlassvertrages im Konkurs steht der zweiten Gläubigerversammlung das Recht zu, über dessen Bewilligung zu entscheiden (SchKG 252 II).

² Claudia Wyss, Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren, Diss. Zürich 2013, S ...

Die Gläubigerversammlungen haben sich (selbstverständlich) bei ihren Entscheidungen an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten. So kann z.B. die zweite Gläubigerversammlung die in SchKG 257 II bei Verwertung von Liegenschaften vorgeschriebene Bekanntmachungsfrist von mindestens einem Monat nicht abkürzen.

1.3. *Konkursverwaltung*

1.3.1. **Bestellung**

Zusammensetzung der Konkursverwaltung:

Als Konkursverwaltung können das Konkursamt, aber auch Privatpersonen (sog. ausseramtliche Konkursverwaltung) gewählt werden (SchKG 237 II). In der Praxis wird jedoch selten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Die Bestellung einer Privatperson rechtfertigt sich nur dort, wo die Totalliquidation sehr umfangreich ist und/oder besondere Branchenkenntnisse erfordert. Im Übrigen erscheint das Konkursamt mit seinen Erfahrungen und Kenntnissen für die Durchführung des Konkurses am besten geeignet. Diese Aussage gilt allerdings nur für Kantone, die vollamtliche und gut ausgebildete Konkursbeamte haben (so der Kanton Zürich). In anderen Kantonen (z.B. Aargau, Bern, St.Gallen) werden relativ häufig ausseramtliche Konkursverwaltungen eingesetzt. Als ausseramtliche Konkursverwaltung kann auch eine juristische Person gewählt werden (BGE 101 III 44 ff.).

Ernennung der Konkursverwaltung:

Wie schon mehrfach erwähnt, ist das Wahlorgan der Konkursverwaltung die erste Gläubigerversammlung. Privatpersonen können ihre Wahl ablehnen. Demgegenüber steht dem Konkursamt dieses Recht nicht zu.

In der zweiten Gläubigerversammlung können die Gläubiger die Konkursverwaltung abberufen und eine neue wählen (SchKG 253 II, dazu BGE 105 III 69). Zusätzlich hat die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, auf Beschwerde hin, aber auch von sich aus eine offensichtlich unfähige ausseramtliche Konkursverwaltung durch eine andere (amtliche oder ausseramtliche) Konkursverwaltung zu ersetzen (vgl. BGE 101 III 45).

1.3.2. **Kompetenz**

Die Konkursverwaltung ist das Exekutivorgan der Totalliquidation. Sie hat alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen. Sie vertritt auch die Masse vor Gericht (SchKG 240). Schliesslich kommt ihr in der Aufstellung des Kollokationsplans die Aufgabe der Erhaltung der Passiven zu.

Die Kompetenz der Konkursverwaltung ist nicht für alle Handlungen dieselbe. Zum Teil entscheidet sie frei, oftmals aber handelt sie nur nach den Direktiven der Gläubigerversammlung und eventuell des Gläubigerausschusses. Im Verhältnis zur Kompetenz der Gläubigerversammlung können ein gebundener, ein relativ gebundener und ein freier Wirkungskreis unterschieden werden.

Zum **gebundenen Wirkungskreis** gehören all jene Handlungen, welche die Konkursverwaltung nicht von sich aus ausführen kann, sondern zu denen sie der Zustimmung der Gläubigerversammlung und unter Umständen auch des Gläubigerausschusses bedarf. Es sind dies:

- Verzicht auf Ansprüche der Masse (SchKG 260),
- Vornahme von Verkäufen aus freier Hand (SchKG 256 I),
- Fortsetzung des Gewerbes des Gemeinschuldners (SchKG 238 I).

Der **relativ gebundene Wirkungskreis** beschlägt denjenigen Bereich, in dem die Konkursverwaltung so lange unbeschränkt (d.h. allein durch die gesetzlichen Bestimmungen eingeschränkt) wirken kann, als die Gläubigerversammlung nichts Abweichendes beschlossen hat. Dies trifft für den Bereich der gesamten Verwaltung und Verwertung der Aktiven zu.

Schliesslich hat die Konkursverwaltung auch einen **eigenen freien Wirkungskreis**. Dazu gehören alle Kompetenzen bezüglich der Passivmasse, insbesondere die Aufstellung des Kollokationsplanes (SchKG 244 ff.). Die Gläubiger können den Kollokationsplan grundsätzlich nur individuell anfechten. Die Gläubigerversammlung kann z.B. nicht über die Zulassung einer Forderung beschliessen. Sie kann höchstens auf dem Wege des Gläubigerausschusses darauf Einfluss nehmen (vgl. SchKG 247 III).

1.3.3. Rechtsstellung der Konkursverwaltung

Die mit der Durchführung eines Konkurses betraute Person bekleidet ein öffentliches Amt. Das gilt auch für die ausseramtliche „private“ Konkursverwaltung. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass auch bei dieser die für öffentliche Organe vorgesehenen Bestimmungen betr. Haftung, Entschädigung, Aufsicht und Beschwerde zur Anwendung kommen (SchKG 241).

Bei der Geltendmachung von Rechten in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren hat die Konkursverwaltung die Stellung einer Prozessstandschafterin, d.h. sie hat die Prozessführungsbefugnis an Stelle des nicht mehr zur Prozessführung befugten Schuldners inne.

1.4. Der Gläubigerausschuss

Bestellung:

Das fakultative Organ des Gläubigerausschusses wird zusammen mit der Konkursverwaltung in der ersten Gläubigerversammlung bestellt und kann in der zweiten Gläubigerversammlung bestätigt oder abberufen werden. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses rekrutieren sich aus den Gläubigern; das Gesetz hat keine bestimmte Zahl vorgesehen (SchKG 237 III). Zur Bestellung und Zusammensetzung siehe BGE 97 III 126.

Kompetenz:

Die Kompetenz des Gläubigerausschusses ist im Gegensatz zur Kompetenz der Gläubigerversammlung und der Konkursverwaltung im Gesetz nicht zum vorneherein festgelegt. Es ist vielmehr Sache der ersten Gläubigerversammlung, den Aufgabenkreis des Gläubigerausschusses zu bestimmen. Hat sie dies unterlassen, wird in der Praxis

angenommen, dass dem Gläubigerausschuss alle in SchKG 237 III genannten Kompetenzen zukommen.

Gemäss seiner Funktion als Bindeglied zwischen Gläubigerversammlung und Konkursverwaltung beschlagen seine möglichen Kompetenzen sowohl Aufgaben der Gläubigerversammlung als auch solche der Konkursverwaltung. *Anstelle der Gläubigerversammlung* kann der Gläubigerausschuss folgende Aufgaben wahrnehmen:

- Beaufsichtigung der Konkursverwaltung (SchKG 237 III Ziff. 1),
- Entscheid über die Fortsetzung des Gewerbes des Gemeinschuldners (SchKG 237 III Ziff. 2),
- Ermächtigung der Konkursverwaltung zur Prozessführung (SchKG 237 III Ziff. 3),
- Anordnung von Abschlagsverteilungen an die Gläubiger (SchKG 237 III Ziff. 5).

In den sonst allein der *Konkursverwaltung vorbehaltenen Aufgabenbereich* kann der Gläubigerausschuss insofern eingreifen, als ihm die Kompetenz zukommen kann, den Kollokationsplan abzuändern (SchKG 237 III Ziff. 4 und 247).

Bei den verschiedenen Kompetenzen des Gläubigerausschusses ist Folgendes zu beachten: Gegenüber der Gläubigerversammlung ist der Gläubigerausschuss stets Hilfsorgan. Die Gläubigerversammlung kann also auch wieder anders entscheiden. Die Konkursverwaltung ist hingegen an die Beschlüsse des Gläubigerausschusses gebunden.

1.5. *Konkursamt*

Das Konkursamt, im Kanton Zürich ist dies identisch mit dem Notariat, hat einen engeren Aufgabenkreis, den es in jedem Konkursverfahren zu erfüllen hat, und einen weiteren Aufgabenkreis, der ihm zukommt, wenn keine ausserordentliche Konkursverwaltung eingesetzt wird.

In jedem Fall amtet das Konkursamt bis eine ausserordentliche Konkursverwaltung bestellt ist, d.h. bis und mit der ersten Gläubigerversammlung. Dabei hat das Konkursamt insbesondere das Konkursinventar aufzunehmen (SchKG 221), Sicherungsmassnahmen vorzunehmen (SchKG 221 und 223) und die Konkurspublikation zu veranlassen (SchKG 232). Im Weiteren kann und muss es über „superdringliche“ Fragen, die nicht bis zur ersten Gläubigerversammlung aufgeschoben werden können, entscheiden. Es sind dies insbesondere Freihandverkäufe aller Art und die vorläufige Weiterführung des Geschäftes des Gemeinschuldners (hierzu 5.4.4.2 und § 7).

Der *ausnahmsweise erweiterte Aufgabenkreis* umfasst die Durchführung des gesamten Konkursverfahrens. Das Konkursamt kann zunächst zur (amtlichen) Konkursverwaltung bestellt werden (SchKG 237 II). Wie schon gesagt, kommt dies sehr häufig vor. Stets vom Konkursamt wird das summarische Konkursverfahren durchgeführt (SchKG 231). Schliesslich amtet das Konkursamt ohne weiteres als Vollstreckungsorgan weiter, wenn die erste Gläubigerversammlung nicht zustande kommt (SchKG 236). Dasselbe gilt, wenn auch die zweite Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig ist (SchKG 254).

1.6. Konkursgericht

Die Entscheidung verschiedener Fragen im Konkursverfahren hat der Gesetzgeber, wegen ihrer grossen Bedeutung für den Schuldner, einer gerichtlichen Instanz übertragen. Es sind dies:

- Konkurseröffnung (SchKG 166 ff.)
- Widerruf des Konkurses (SchKG 195)
- Schluss des Konkursverfahrens (SchKG 268)
- Entscheid über Anordnung des summarischen Konkursverfahrens bzw. über Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (SchKG 230 und 231)

Nach ZPO 251 kommt für alle diese Entscheidungen das summarische Verfahren zur Anwendung. Sachlich ist im Kanton Zürich das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht (GOG 24 lit. c).

1.7. Die Aufgaben des Schuldners bei der Durchführung des Konkurses

1.7.1. Gesetzliche Pflichten

Dem Schuldner kommt grundsätzlich bei der Durchführung der Totalliquidation keine aktive Rolle zu. Hingegen trifft ihn eine Aufklärungs- und Unterstützungspflicht der Konkursorgane während des ganzen Verfahrens.

Zunächst hat er bei der Feststellung der Aktiven behilflich zu sein. Er ist analog wie bei der Betreuung auf Pfändung verpflichtet, unter Strafandrohung, dem Konkursamt alle Vermögenswerte anzugeben und der Konkursverwaltung zur Verfügung zu stellen (SchKG 222 I, StGB 163 Ziff. 1 und 323 Ziff. 4).

Nach SchKG 228 I hat er sich sodann über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars zu erklären.

Für den weiteren Verlauf des Verfahrens bis zum Ende des Konkurses ergibt sich die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht aus der Anwesenheitspflicht (SchKG 229). Letztere besagt, dass der Schuldner sich während des ganzen Konkursverfahrens zur Verfügung der Konkursverwaltung zu halten habe. Auch hier muss er bei Pflichtverletzung mit Bestrafung rechnen (StGB 323 Ziff. 5). Nötigenfalls kann er mit Polizeigewalt herbeigeführt werden (SchKG 229 I). Nur ausnahmsweise – so wenigstens der Wortlaut des Gesetzes – kann die Konkursverwaltung die Präsenzpflicht aufheben (SchKG 229 I). Als Gegenleistung für die Präsenzpflicht hat die Konkursverwaltung dem Schuldner einen angemessenen Unterhaltsbeitrag, *die sog. Alimentation*, zu gewähren (SchKG 229 III).

1.7.2. Übertragung weiterer Aufgaben an den Gemeinschuldner

Die Konkursorgane können dem Gemeinschuldner weitere Aufgaben der Verwaltung übertragen. Insbesondere kann ihm im Rahmen der Verwaltung der Konkursmasse die Aufgabe übertragen werden, sein Geschäft weiterzuführen. Dies jedoch nur mit seiner Zustimmung.

1.7.3. Beschwerderecht

Der Schuldner muss nicht einfach zusehen, wie die Gläubiger in ihrem Interesse sein Vermögen verwerten. Vielmehr hat er gegen Handlungen der Konkursorgane ein Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (siehe hierzu Kapitel „Streitentscheidung III“).

1.8. Beschwerde gegen Entscheide der Konkursorgane

Zum Abschluss der Ausführungen über die Konkursorgane soll ein kurzer Überblick über die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Entscheide der Konkursorgane gegeben werden.

1.8.1. Konkursamt

Die umfassende Zulässigkeit der Beschwerde gegen Entscheide des Konkursamts (beim allgemeinen und erweiterten Aufgabenkreis) ergibt sich aus SchKG 17, dort wird das Konkursamt ausdrücklich erwähnt.

1.8.2. Gläubigerversammlung

Für die *erste Gläubigerversammlung* ist die Beschwerde in SchKG 239 ausdrücklich vorgesehen. Es gilt jedoch eine Besonderheit: Die Beschwerdefrist beträgt nur fünf Tage. Der Gesetzgeber liess sich dabei von der Überlegung leiten, dass die erste Gläubigerversammlung allein dringliche Fragen zu entscheiden hat. Beschwerdelegitimiert ist jeder Gläubiger, der nicht zugestimmt hat, und ebenso der Schuldner, soweit er durch den Entscheid betroffen ist.

Ob auch Entscheide der *zweiten Gläubigerversammlung* angefochten werden können, hat der Gesetzgeber auch in der grossen Revision von 1994 nicht beantwortet. Lehre und Rechtsprechung haben dies schon seit langer Zeit bejaht (BGE 32 I 200). Als massgebliche Einschränkung des Beschwerderechts wird die Beschwerde jedoch nur wegen Gesetzesverletzung, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, nicht aber wegen Unangemessenheit zugelassen (BGE 110 III 31, 109 III 88).³ Diese Einschränkung wird damit begründet, dass SchKG 253 II der zweiten Gläubigerversammlung die umfassende Kompetenz zur Durchführung des Konkursverfahrens zuteile. Es gehe daher nicht an, dass sich die Beschwerdeinstanz auch bei unangemessenen Verfügungen einmische. Für die Beschwerde gegen die Entscheidungen der zweiten Gläubigerversammlung gilt die ordentliche Frist von zehn Tagen (SchKG 17 II).

1.8.3. Konkursverwaltung

Gemäss SchKG 241, der auf die SchKG 17 ff. verweist, können Entscheide der (amtlichen und ausseramtlichen) Konkursverwaltung umfassend angefochten werden⁴.

1.8.4. Gläubigerausschuss

Nach offenbar h.M. unterliegen auch die Entscheidungen des Gläubigerausschusses der Beschwerde.⁵ In BGE 95 III 30 (Erw.2) vertritt das Bundesgericht allerdings die Ansicht, eine

³ Eine Ausnahme soll offenbar für den Einsatz einer ausseramtlichen Konkursverwaltung gelten. BGE 101 III 45.

⁴ Zur m.E. fraglichen Einschränkung der Anfechtung bei Entscheiden betreffend rechtsgeschäftliche Handlungen siehe FRITZSCHE/WALDER, Bd. I, § 8 N 13.

⁵ KUKO – Bürgi, Art. 239 Rz. 4 SchKG.

Beschwerde könne sich nicht gegen Entscheidungen des Gläubigerausschusses, sondern lediglich gegen den Vollzug des Entscheides durch die Konkursverwaltung richten.

1.9. „Corporate Governance“ im Konkursrecht: Wer hat das „Sagen“ im Konkursverfahren?

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers wird das ordentliche Konkursverfahren durch die Gläubigerversammlungen bestimmt. Es gilt der Grundsatz der Gläubigerselbstverwaltung. Faktisch und zum Teil auch rechtlich bedarf diese Vorstellung jedoch der Korrektur:

- Über die wichtige Frage der Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung entscheiden faktisch die Eigner des insolventen Unternehmens. Dabei sind sie allerdings darauf angewiesen, dass das Konkursamt (nicht die Konkursverwaltung!) hierzu Hand bietet (siehe hierzu Kapitel „Weiterführung des Unternehmens nach bzw. trotz Konkurseröffnung“).
- In den wenigen Fällen, in denen ein Gläubigerausschuss bestellt wird, ist dieser – und nicht die Gläubigerversammlung – das entscheidende Organ.
- Die Gläubigerversammlungen sind fast nie beschlussfähig. Dies bedeutet, dass zunächst einmal das Konkursamt sämtliche Handlungen bis zur zweiten Gläubigerversammlung vornimmt (vgl. SchKG 236). Die unerlässlichen Entscheide der zweiten Gläubigerversammlung werden sodann regelmässig auf dem Zirkulationswege entschieden (SchKG 255a). Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine formale Angelegenheit. Da bereits ein Stillschweigen als Zustimmung gilt, wird fast immer im Sinne der Anträge der Konkursverwaltung entschieden.
- Die Gläubiger verfügen immerhin über starke Individualrechte: Gläubiger können zunächst mit der SchK-Beschwerde korrigierend und lenkend auf die Entscheidungsfindung einwirken. Wichtige Rechte sind sodann: Das Recht zur Abtretung von Rechtsansprüchen (SchKG 260), die Kollokationsklage (SchKG 250) und das Recht zum höheren Angebot beim Freihandverkauf von Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und von Grundstücken (SchKG 256 III).

Zusammenfassend kann gesagt werden: **Die Gläubigerselbstverwaltung ist eine gesetzgeberische Illusion. Das Konkursverfahren ist ein weitgehend „obrigkeitliches“ Verfahren, das vom Konkursamt geleitet und bestimmt wird. Die Gläubiger haben hierauf kaum einen Einfluss. Die Rechte der Gläubiger beschränken sich auf allerdings sehr wirksame Individualrechte (Beschwerderechte, Abtretung nach SchKG 260 etc.).**

Soll trotz Konkurs ein Unternehmen oder Unternehmensteile gerettet werden, hängt dies fast ausschliesslich von den alten Eignern des insolventen Unternehmens und allenfalls neuen Investoren und Banken ab. Auch hierauf haben die Gläubiger praktisch keinen Einfluss.