



FRANCO LORANDI

Zirkularbeschlüsse im SchKG

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Keine Zirkularbeschlüsse in der Spezialexécution
- III. Zirkularbeschlüsse im Konkurs
 - A. Zirkularbeschlüsse der Gläubigergesamtheit
 - 1. Im summarischen Konkursverfahren
 - 2. Im ordentlichen Konkursverfahren
 - 3. Im inländischen Hilfskonkursverfahren (Art. 166 ff. IPRG)
 - 4. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse
 - B. Zirkularbeschlüsse des Gläubigerausschusses
 - 1. Vorkommen eines Gläubigerausschusses
 - 2. Zirkularbeschlüsse
 - 3. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse
- IV. Zirkularbeschlüsse im Nachlassverfahren
 - A. Zirkularbeschlüsse der Gläubigergesamtheit
 - 1. Beschlüsse der Gläubigergesamtheit
 - 2. Zirkularbeschlüsse
 - 3. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse
 - B. Zirkularbeschlüsse des Gläubigerausschusses
 - 1. Vorkommen eines Gläubigerausschusses
 - 2. Zirkularbeschlüsse
 - 3. Beschwerde
- V. Fazit

I. Einleitung

Im SchKG ist nur sehr punktuell geregelt, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die willensbildenden Kollektivorgane Beschlüsse auf dem Zirkularweg fassen können (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1, Art. 255a SchKG). Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, in welchen Insolvenzverfahren welche Organe Zirkularbeschlüsse fassen können, welche Voraussetzungen dabei zu beachten sind und inwiefern solche Zirkularbeschlüsse vor

den Aufsichtsbehörden mit SchKG-Beschwerde angefochten werden können.

II. Keine Zirkularbeschlüsse in der Spezialexécution

Das Gesetz sieht für die Spezialexécution¹ in verschiedener Hinsicht vor, dass eine Mehrheit von Gläubigern oder Personen (die «Beteiligten») zustimmen müssen oder Meinungsäusserungen abgeben können. So kann etwa eine freihändige Verwertung stattfinden, wenn alle Beteiligten ausdrücklich damit einverstanden sind (bzw. bei Grundstücken, wenn zusätzlich mindestens der Schätzungspreis angeboten wird; Art. 130 Ziff. 1, Art. 143b Abs. 1 SchKG). Eine Überweisung einer Geldforderung setzt voraus, dass sämtliche pfändenden Gläubiger dies verlangen bzw. damit einverstanden sind (Art. 131 Abs. 1 und 2 SchKG). Schliesslich kann auf Begehren des Schuldners und mit ausdrücklicher Zustimmung sämtlicher Pfändungs- und Grundpfandgläubiger die Verwertung auch stattfinden, wenn noch kein Gläubiger berechtigt ist, diese zu verlangen (Art. 133 Abs. 2 SchKG).

Ein *Beschluss* ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, bei welchem die verschiedenen Willenserklärungen der teilnehmenden Personen nach Massgabe der Beschlussfähigkeits- und Beschlussfassungsregeln zu einem einheitlichen Entscheid in einer gemeinsamen Sache gefasst werden.²

Bei den eingangs genannten Willensäusserungen handelt es sich um eine Mehrzahl unabhängiger Erklärungen. Auch wenn die Erklärungen den gleichen

FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich.

¹ Unter Spezialexécution wird die Betreibung auf Pfändung und Pfandverwertung verstanden.

² FRANCO LORANDI, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1994 (zit. Freihandverkauf), 308 m.w.H.

Sachverhalt betreffen, fehlt es an einer gemeinsamen Sache im Rechtssinn. Die jeweiligen Personen, welche sich äussern, bilden auch keine irgendwie geartete Gemeinschaft oder eine gesetzlich organisierte Gruppe; sie haben nur parallel gerichtete oder vergleichbare Interessen. Bei den Erklärungen handelt es sich nicht um eine kollektive Beschlussfassung eines Gremiums und damit nicht um Beschlüsse,³ sondern um ein Bündel von individuellen Willensäusserungen.⁴ Da keine Beschlüsse gefasst werden, können auch keine Zirkularbeschlüsse erfolgen.⁵ Daran ändert nichts, dass es in der Lehre teilweise für zulässig erachtet wird, dass das Betreibungsamt den Beteiligten Frist zur Stellungnahme ansetzt und Stillschweigen als Zustimmung gewertet werden dürfe.⁶

III. Zirkularbeschlüsse im Konkurs

Als Kollektivgremien, welche Beschlüsse fällen können, kommen im Konkurs die Gläubigergesamtheit und ein allenfalls gewählter Gläubigerausschuss in Frage.

A. Zirkularbeschlüsse der Gläubigergesamtheit

Der Anwendungsbereich von Zirkularbeschlüssen der Gläubigergesamtheit ist unterschiedlich, je nachdem, ob ein Konkurs im summarischen oder im ordentlichen Verfahren abgewickelt wird.

1. Im summarischen Konkursverfahren

Im summarischen Konkursverfahren finden in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt. Erscheint jedoch aufgrund besonderer Umstände eine Anhörung der Gläubiger als wünschenswert, so kann das Konkursamt diese zu einer Versammlung einladen oder einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeiführen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG).⁷ Die gesetzliche Regelung ist sehr knapp gehalten.⁸ Art. 255a SchKG findet

auf das summarische Konkursverfahren keine Anwendung.⁹ Da das summarische Konkursverfahren einfach, rasch, weitgehend formlos und kostensparend sein soll, finden Gläubigerversammlungen nur ausnahmsweise statt.¹⁰

Besondere Umstände liegen immer dann vor, wenn von Gesetzes wegen ein Gläubigerbeschluss erforderlich ist. Dies gilt (i) bei einem Verzicht auf die Geltendmachung strittiger Ansprüche (sodass den Gläubigern die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG anboten werden muss),¹¹ (ii) wenn die Gläubigergesamtheit entscheiden muss, weil die Konkursverwaltung eine vom Drittsprecher angebehrte Aussonderung (Art. 242 SchKG) anerkennen will (Art. 49 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 KOV),¹² oder (iii) wenn über die Fortsetzung eines bei Konkurseröffnung hängigen Prozesses entschieden werden muss (Art. 207 SchKG). Auch bei *sonstigen wichtigen Fragen oder Geschäften* kann ein Zirkularbeschluss eingeholt werden.¹³

Dagegen ist im summarischen Konkursverfahren für die freihändige Verwertung eines Aktivums (entgegen Art. 256 Abs. 1 SchKG) in aller Regel *kein* Gläubigerbeschluss erforderlich.¹⁴ Anders verhält es sich nur, wenn eine Privatperson mit der Verwertung betraut werden soll, da dies in der Regel (wesentlich) höhere Kosten

³ LORANDI, *Freihandverkauf* (FN 2), 238 f. in Bezug auf die Zustimmungserklärungen der Beteiligten zu einem Freihandverkauf.

⁴ Vgl. auch BSK SchKG I-HÄUSERMANN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band I, Art. 1–158, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I), Art. 143b N 11; KUKO SchKG-BERNHEIM/KÄNZIG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG), Art. 143b N 5.

⁵ Soweit ersichtlich finden sich in der Literatur denn auch keine Meinungsäusserungen, welche sich für die Spezialexécution zur Möglichkeit von Zirkularbeschlüssen äussern würden.

⁶ KUKO SchKG-AMBERG (FN 4), Art. 131 N 6 m.V. auf Art. 130 N 3 ff. (und damit wohl auch auf N 9); BSK SchKG I-RUTZ/ROTH (FN 4), Art. 131 N 7.

⁷ BGE 103 III 79 E. 2.

⁸ BGE 118 III 57 E. 2.

⁹ BBl 1991 III 143; BSK SchKG II-LUSTENBERGER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band II, Art. 159–352, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II), Art. 231 N 29; CR-VOUILLOZ, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Basel 2005 (zit. CR), Art. 231 SchKG N 28; Bericht der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt 2003, Ziff. 14.1. Dagegen kommen m.E. für die *Modalitäten* eines Zirkularbeschlusses die Grundsätze zu Art. 255a SchKG zur Anwendung (vgl. Text vor FN 24).

¹⁰ BGE 121 III 142 E. 1b; BGE 118 III 57 E. 3; BGer, 5A_678/2012, 15.11.2012, E. 4; BGer, 7B.10/2006, 10.3.2000, E. 1.2.1; BGer, 7B.27/2003, 12.5.2003, E. 4.1; BGer, 7B.93/2002, 9.8.2002, E. 1.1.

¹¹ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. A., Bern 2013, § 49 N 9; BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 9), Art. 231 N 31; BSK SchKG II-BERTI (FN 9), Art. 260 N 20 ff., N 25; CR-VOUILLOZ (FN 9), Art. 231 SchKG N 29, N 39; SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUG-INBÜHL, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG), Art. 231 N 22; SK SchKG-SCHOBER (FN 11), Art. 255a N 4; BGE 136 III 534 E. 4.1; BGE 134 III 75 E. 2.3; BGE 118 III 57 E. 3; BGE 71 III 133 E. 2; BGE 53 III 121 E. 2; BGer, 7B.93/2002, 9.8.2002, E. 1.1.

¹² BGE 71 III 133 E. 2; FLORIAN BOMMER, in: Dominik Milani/Marc Wohlgenuth (Hrsg.), *Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV)*, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 47 KOV N 7, Art. 48 KOV N 6, Art. 49 KOV N 7.

¹³ CR-VOUILLOZ (FN 9), Art. 231 SchKG N 29.

¹⁴ LORANDI, *Freihandverkauf* (FN 2), 315; BGer, 7B.27/2003, 12.5.2003, E. 4.1.

verursacht als diese nach der GebV SchKG tarifiert werden.¹⁵ Auch für die Einleitung eines Aktivprozesses (zumindest, wenn die Prozesschancen intakt sind) ist kein Gläubigerbeschluss notwendig.¹⁶

Besonderer Umstände liegen zwar auch vor, wenn der Gemeinschuldner *im Konkurs einen Nachlassvertrag* vorschlägt; die zweite Gläubigerversammlung hat sich damit zu befassen (Art. 238 Abs. 2, Art. 332 SchKG; Art. 96 lit. a KOV).¹⁷ Da für diese Gläubigerversammlung kein Präsenzquorum gilt,¹⁸ ist die Beschlussfähigkeit immer gegeben, wenn wenigstens ein Gläubiger anwesend oder vertreten ist. Ein Fall von Dringlichkeit liegt ebenfalls nicht vor. Aufgrund dessen besteht *keine Notwendigkeit* (vom eher theoretischen Fall abgesehen, dass gar kein Gläubiger an eine Versammlung erscheint oder sich vertreten lässt), einen Zirkularbeschluss zu fällen, weshalb m.W. dessen *Zulässigkeit zu verneinen* ist;¹⁹ es muss vielmehr eine Versammlung durchgeführt werden.

Ansonsten kann auch im summarischen Konkursverfahren grundsätzlich über alle Geschäfte, welche im ordentlichen Konkursverfahren ein Beschluss der Gläubigerversammlung gefasst werden kann, ein Zirkularbeschluss erwirkt werden. Da jedoch im summarischen Konkursverfahren weder eine ausseramtliche Konkursverwaltung²⁰ noch ein Gläubigerausschuss

eingesetzt werden können²¹, ist die Wahl solcher Organe auch per Zirkularbeschluss nicht möglich.²²

Wenn ein Gläubigerbeschluss gesetzlich verlangt wird oder ein Gläubigerbeschluss wünschenswert erscheint, liegt es im *Ermessen der Konkursverwaltung*, ob es einen Beschluss durch Einberufung einer Gläubigerversammlung oder auf dem Zirkularweg herbeiführen will²³.

Die *Modalitäten* eines Zirkularbeschlusses im summarischen Konkursverfahren entsprechen m.E. grundsätzlich jenen von Art. 255a SchKG,²⁴ welche Bestimmung ihrerseits (mit der SchKG-Revision von 1997) die lange Bundesgerichtspraxis kodifiziert²⁵. Dies gilt etwa dafür, dass die Gläubiger auch durch öffentliche Bekanntmachung angesprochen werden können.²⁶ Die Frist, welchen den Gläubigern zur Annahme oder Ablehnung des Antrages gesetzt wird, hat keinen wesentlichen Einfluss auf die Gesamtdauer eines Konkursverfahrens. Aufgrund dessen muss diese nicht (auch nicht in der Regel²⁷) auf zehn Tage begrenzt sein; sie kann (je nach Art des zu treffenden Beschlusses) auch länger sein.

2. Im ordentlichen Konkursverfahren

Obwohl gemäss der gesetzlichen Konzeption das ordentliche Konkursverfahren der Regel- und das summarische Verfahren der Ausnahmefall ist (Art. 231 f. SchKG), wird diese durch die Realität ins Gegenteil verkehrt. Rund 58 % aller Konkursverfahren wird sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt.²⁸ Weniger als 1 %

¹⁵ LORANDI, *Freihandverkauf* (FN 2), 315 f.

¹⁶ BGer, 7B.93/2002, 9.8.2002, E. 1.2.

¹⁷ BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 9), Art. 321 N 32; BSK SchKG II-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 9), Art. 332 N 10; FRANCO LORANDI/MICHAEL ERISMANN, *Der Nachlassvertrag im Konkurs* (Art. 332 SchKG), AJP 2009, 332; CR-VOUILLOZ (FN 9), Art. 231 SchKG N 29; SK SchKG-SCHÖBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 11), Art. 231 N 22.

¹⁸ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 322 N 13; CR-MERKT (FN 9), Art. 254 SchKG N 2; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 322 SchKG N 22; KUKO SchKG-WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 4), Art. 322 N 16; LORANDI/ERISMANN (FN 17), 334; SK SchKG-VOCK/GANZONI (FN 11), Art. 332 N 20. Zur Versammlung gemäss Art. 302 SchKG (d.h. während der Nachlassstundung) vgl. auch IV.A.1.

¹⁹ Soweit ersichtlich finden sich denn in der Literatur auch keine Meinungsäusserungen, welche der Notwendigkeit oder Zulässigkeit von Zirkularbeschlüssen das Wort reden würden. Zur analogen Situation im «Normalfall», dass während der Nachlassstundung eine Gläubigerversammlung stattfindet, um über den Nachlassvertrag zu beraten (Art. 302 SchKG), vgl. IV.A.1.

²⁰ BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 9), Art. 231 N 20, N 41; KUKO SchKG-SCHÖBER (FN 4), Art. 231 N 10; KARIN DOLDER, *Ordentlich oder summarisch? – Der Entscheid liegt auch beim Gläubiger*, IWR 2002, 19 f.; FRANCO LORANDI, *Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven* (Art. 230a SchKG), AJP 1999, 42; BGE 121 III 143 E. 1; BGer, 7B.130/2003, 6.8.2003, E. 2.1; a.M. PETER AMBERG, *Der Ausseramtliche Konkursverwalter im summarischen Konkursverfahren*, BLSchK 1996, 1 ff.; FRANÇOIS VOUILLOZ, *La suspension de la faillite faute d'actif*, AJP 2001, 87.

²¹ AMONN/WALTHER (FN 11), § 49 N 9; BGE 121 III 143 E. 1; a.M. KARL GEHLER, *Der Gläubigerausschuss im Konkurs- und im Nachlassverfahren*, Diss. Freiburg 1999, 13; THOMAS SPRECHER, *Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*, Diss. Zürich 2003, N 147; DOLDER (FN 20), 19 f.

²² Entweder muss das *Konkursamt* schon von Anfang an das ordentliche Konkursverfahren beantragen, wenn es das Verfahren an eine ausseramtliche Konkursverwaltung abgeben will. Oder ein *Gläubiger*, welcher eine ausseramtliche Konkursverwaltung und/oder einen Gläubigerausschuss eingesetzt haben will, muss vor der Verteilung des Erlöses das ordentliche Konkursverfahren verlangen und für die ungedeckten Kosten hinreichend Sicherheit leisten (Art. 231 Abs. 2 SchKG). Anschliessend kann eine *Wahl im ordentlichen Konkursverfahren* erfolgen.

²³ BGE 103 III 79 E. 2; BGer, 5A_245/2015, 9.7.2015, E. 4. Vorbehalten bleibt der Fall, wenn der Schuldner im Konkurs einen Nachlassvertrag vorschlägt (vgl. Text vor FN 19).

²⁴ Vgl. dazu III.A.2.b.

²⁵ BBl 1991 III 153.

²⁶ AMONN/WALTHER (FN 11), § 47 N 10; BGE 118 III 57 E. 3; BGE 58 III 97 E. 3.

²⁷ So aber PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Basel 2003, Art. 255a SchKG N 12.

²⁸ Daten des Bundesamtes für Statistik für die Jahre 2015 bis 2017, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-be-schaefigte/unternehmensdemografie/konkurse.html> (Abruf 17.2.2019).

aller Konkursverfahren werden in der Praxis im ordentlichen Verfahren geführt.²⁹

a. Voraussetzungen von Zirkularbeschlüssen

In dringenden Fällen oder wenn eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig gewesen 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 zustimmt (Art. 255a Abs. 1 SchKG).

Trotz deren systematischer Stellung im Gesetz³⁰ gilt diese Regelung von Art. 255a SchKG im ordentlichen Konkursverfahren auch in Bezug auf die erste Gläubigerversammlung.³¹

i. Bei fehlender Beschlussfähigkeit

Gläubigerversammlungen im Konkurs sind nur *beschlussfähig*, wenn der vierte Teil der bekannten Gläubiger anwesend oder vertreten ist (Art. 235 Abs. 3, Art. 252 Abs. 3 SchKG).³² Die Beschlussunfähigkeit ist im Protokoll festzuhalten (Art. 42 Abs. 2 KOV)³³. In der Praxis kommt es (namentlich in Verfahren mit vielen Gläubigern) relativ häufig vor, dass Gläubigerversammlungen nicht beschlussfähig sind.³⁴ Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass die empirischen Dividendenaussichten³⁵ der ungesicherten Drittklassgläubiger extrem tief sind.³⁶

Wenn eine Gläubigerversammlung durchgeführt werden muss, aber *kein Quorum erforderlich ist* (wie dies beim *Nachlassvertrag im Konkurs* der Fall ist; Art. 332 SchKG³⁷), kann m.E. kein Zirkularbeschluss erfolgen, sondern es muss zwingend eine Gläubigerversammlung abgehalten werden.

Ein Zirkularbeschluss kann mangels Beschlussfähigkeit nur und erst gefasst werden, wenn *vorgängig* eine Gläubigerversammlung durchgeführt worden ist, diese aber beschlussunfähig war,³⁸ was nur schon der Wortlaut von Art. 255a Abs. 1 Satz 1 SchKG nahelegt. Ein Zirkularbeschluss vermag damit die Einberufung einer Gläubigerversammlung nicht (mehr³⁹) zu ersetzen. So ist auch bei Beschlussfähigkeit der ersten immer eine zweite Gläubigerversammlung einzuberufen⁴⁰.

Zulässig ist es dagegen, Zirkularbeschlüsse nicht erst nach erfolgloser Durchführung einer beschlussunfähigen Gläubigerversammlung zu initiieren,⁴¹ sondern sie können auch präventiv schon mit der Einladung zur Gläubigerversammlung durch entsprechende Antragstellung verbunden werden für den Fall der Beschlussunfähigkeit der Versammlung.⁴²

Immer wenn ein Gläubigerbeschluss von Gesetzes wegen erforderlich ist und mangels Beschlussfähigkeit eine Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig war, muss *zwingend* ein Entscheid auf dem Zirkularweg herbeigeführt werden. Diesbezüglich kann grundsätzlich auf die zum summarischen Konkursverfahren genannten Konstellationen verwiesen werden.⁴³ Anders als im summarischen muss im ordentlichen Konkursverfahren jedoch immer ein Gläubigerbeschluss eingeholt werden,⁴⁴ wenn eine freihändige Verwertung erfolgen soll (Art. 256 Abs. 1 SchKG).⁴⁵

Nach *Ermessen der Konkursverwaltung* kann sie auch zu anderen Themen einen Gläubigerbeschluss einholen, wie etwa zum Abschluss eines Vergleichs.⁴⁶

ii. Bei dringenden Fällen

Ein *dringender Fall* liegt vor, wenn nicht bis zur Abhaltung einer regulären (ersten oder zweiten) Gläubigerversammlung zugewartet werden kann, da eine Verzögerung der Konkursmasse zum Nachteil gereichen würde, d.h., wenn eine Angelegenheit keinen Aufschub

²⁹ Der Bund erhebt bzw. publiziert diesbezüglich keine Daten.

³⁰ Der Randtitel vor Art. 252–254 lautet «A. Zweite Gläubigerversammlung», jener zu Art. 255 lautet «B. Weitere Gläubigerversammlungen» und jener zu Art. 255a «C. Zirkularbeschluss».

³¹ BBl 1991 III 153; AMONN/WALTHER (FN 11), § 45 N 5; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 3; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 1; a.M. noch (vor der Revision von 1997) PETER F. SIEGEN, Das summarische Konkursverfahren, Diss. Freiburg 1994, 19; Zweifel anbringend HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. A., Zürich 1967–68, § 47 Fn. 27.

³² Sind vier oder weniger Gläubiger anwesend oder vertreten, so kann gültig verhandelt werden, sofern dieselben wenigstens die Hälfte der bekannten Gläubiger ausmachen.

³³ CARL JAEGER, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 2011, Art. 236 SchKG N 2; ARTH TSCHAN, Stimmrecht und Beschlussfähigkeit bei Gläubigerversammlungen im Konkurs, BLSchK 1965, 34; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 254 N 6; CR-MERKT (FN 9), Art. 254 SchKG N 1.

³⁴ BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 9), Art. 231 N 30.

³⁵ Es existieren keine statistischen Daten zur Höhe der Konkurs- und Nachlassdividenden (ERNST & YOUNG/ECO'DIAGNOSTIC, SECO [Hrsg.], Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Bern 2010, 52; Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz, 6 [Internet: <https://www.seco.admin.ch>, dort unter Suche «Modul 2» eingeben; Abruf 19.2.2019]).

³⁶ Nach einer Einschätzung der Creditreform gehen in rund 95 % aller Konkursverfahren die Drittklassgläubiger leer aus (Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19 [FN 35], 51; Modul 2, 6).

³⁷ Vgl. Text vor FN 18.

³⁸ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 6.

³⁹ Vor *Erlass* von Art. 255a SchKG erachtete dies das Bundesgericht (BGE 101 III 76 E. 2) und eine Lehrmeinung (ERNST MOOR, Die Gläubigerversammlung im Konkurs, Diss. Basel 1992, 95) noch als zulässig. Diese Ansicht ist überholt.

⁴⁰ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 6; a.M. AMONN/WALTHER (FN 11), § 45 N 5.

⁴¹ Wohl a.M. BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 3.

⁴² KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 236 N 7; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 253 N 5, Art. SchKG N 3, Art. 255a N 3; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 5.

⁴³ Vgl. III.A.1.

⁴⁴ Die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG kommen hinzu.

⁴⁵ LORANDI, Freihandverkauf (FN 2), 306; BGE 71 III 133 E. 2.

⁴⁶ Vgl. III.A.2.b.

duldet (vgl. auch Art. 238 Abs. 1 SchKG).⁴⁷ Was ein dringender Fall ist, ist im Wesentlichen eine Tatfrage.⁴⁸ Die gesetzlichen Voraussetzungen sind nicht einschränkend zu interpretieren.⁴⁹ So können namentlich Zirkularbeschlüsse gefasst werden über⁵⁰ Verwertungshandlungen (wie etwa den Abschluss eines vorteilhaften Freihandverkaufs)⁵¹, die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschuldners⁵² oder die Zusammensetzung eines (früher gewählten) Gläubigerausschusses, nachdem ein Mitglied demissioniert hat oder sonst eine Vakanz eingetreten ist.⁵³ Sofern aus hinreichenden Gründen ein Vergleich abgeschlossen und vollzogen werden soll, bevor die zweite Gläubigerversammlung stattfindet, handelt es sich m.E. ebenfalls um einen dringlichen Fall.

iii. Kostenersparnis genügt nicht

Aus Kostengründen ist es (seit der SchKG-Revision von 1997⁵⁴) nicht mehr zulässig, auf die Einberufung einer Gläubigerversammlung zu verzichten und stattdessen, qua Zirkular Beschluss zu fassen.⁵⁵

b. Modalitäten

Die Mitteilung an die Gläubiger (das Zirkular) muss einen Antrag enthalten (Art. 255a Abs. 1 SchKG), welcher klar und unmissverständlich abgefasst sein muss.⁵⁶ Weiter müssen den Gläubigern im Zirkular die wesentlichen für den Entscheid notwendigen Informationen bekannt gegeben werden.⁵⁷ Der Umfang und Detaillierungsgrad der Informationen hängt damit von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Die Gläubiger müssen einen

auf hinreichenden Informationen gründenden Entschluss treffen können. Insofern ist der Empfängerhorizont massgeblich.

Die Konkursverwaltung kann die Frist entsprechend den konkreten Verhältnissen festsetzen.⁵⁸ In den meisten Fällen wird eine Frist von zehn Tagen als genügend erachtet.⁵⁹ Einzig bei hohen Sachwerten oder wenn (nach erfolgtem Vergleichsschluss) die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG nur gegen Erlegung des Vergleichsbetrages erfolgt (und dieser Betrag namhaft ist),⁶⁰ ist nach den Umständen eine längere Frist von 20 bis 30 Tagen angebracht.⁶¹ Art. 33 Abs. 2 SchKG kommt zur Anwendung, so dass einem Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz im Ausland eine längere Frist gewährt werden kann.⁶² Bei der Frist handelt es sich um eine *Verwirkungsfrist* und nicht um eine blosse Ordnungsvorschrift.⁶³

Der Antrag zu einem Zirkularbeschluss ist entweder mittels *ingeschriebenem Brief* (Art. 34 SchKG)⁶⁴ an die bekannten Gläubiger oder, wenn nicht alle Gläubiger bekannt sind, was zu Beginn eines Konkursverfahrens der Regelfall ist,⁶⁵ durch *öffentliche Bekanntmachung* (Art. 35 SchKG) zu unterbreiten.⁶⁶

Die *Annahme* des Antrages der Konkursverwaltung durch die Gläubiger kann ausdrücklich oder konkludent, namentlich auch stillschweigend erfolgen (Art. 255a Abs. 1 SchKG).⁶⁷ Die *Ablehnung* muss dagegen ausdrücklich vorgenommen werden.⁶⁸ Der Gläubiger kann seine Willensäusserung mündlich⁶⁹ oder schriftlich abgeben⁷⁰; telefonische Meldungen, Tele-

⁴⁷ OGer ZH, PS140255 vom 12. März 2015, E. 8b.

⁴⁸ GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 6; BGE 105 III 72 E 3b.

⁴⁹ CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 4.

⁵⁰ Gemäss SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 11), Art. 236 N 3 ist es zulässig, zwischen der ersten und zweiten Gläubigerversammlung Beschlüsse auf dem Zirkularweg zu fassen für Entscheide, welche nicht ausschliesslich der zweiten Gläubigerversammlung vorbehalten sind.

⁵¹ JAEGER (FN 33), Art. 254 SchKG N 3; LORANDI, Freihandverkauf (FN 2), 306; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 255a N 1; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 4.

⁵² CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 4.

⁵³ SPRECHER (FN 21), N 387; SJZ 2001, 282 Nr. 9.

⁵⁴ Vorher war es zulässig, im ordentlichen Konkursverfahren aus Kostengründen auf die Durchführung einer zweiten Gläubigerversammlung zu verzichten und anstatt dessen einen Zirkularbeschluss herbeizuführen (BRIGIT HANZI, Die Konkursverwaltung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1942, 53; ALBERT EGLI, Die Einwirkung des Gläubigerreglements auf die Organisation und Durchführung des Konkursverfahrens nach erfolgter Konkurseröffnung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1942, 45 f.; LUC KÜDERLI, Die Willensbildung der Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1963, 6; MOOR [FN 39], 94 f.; BSK SchKG II-BÜRGI [FN 9], Art. 255a N 7).

⁵⁵ Unklar: CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 6. BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 7, hält die Zulässigkeit für «fraglich».

⁵⁶ MOOR (FN 39), 95; GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a N 10; SK SchKG-SCHOBER (FN 11), Art. 255a N 3; BISchK 1979, 183.

⁵⁷ MOOR (FN 39), 94 f.; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 11; GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a N 10; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 7; BGer, 7B.166/2000, 4.12.2000, E. 3a.

⁵⁸ BBI 1991 III 153.

⁵⁹ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 10; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 255a N 5; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 8; SK SchKG-SCHOBER (FN 11), Art. 255a N 4; BGer, 5A_107/2012, 26.4.2012, E. 4.2.1.

⁶⁰ Vgl. Sachverhalt B. in BGer, 7B.116/2002, 10.9.2002.

⁶¹ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 10. Es verhält sich insofern analog der Situation, dass den Gläubigern bei der freihändigen Verwertung von Grundstücken oder Vermögenswerten von bedeutendem Wert Frist angesetzt wird, um ein höheres Angebot zu machen (Art. 256 Abs. 3 SchKG; LORANDI, Freihandverkauf [FN 2], 319; BGE 88 III 68 E. 3c). Die diesbezüglich entwickelten «Schwellenwerte», wann ein bedeutender Wert vorliegt, sollte auch im vorliegenden Kontext Platz greifen.

⁶² GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a N 12; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 10.

⁶³ LORANDI, Freihandverkauf (FN 2), 307 Fn. 132; SJZ 1980, 334.

⁶⁴ BBI 1991 III 153; GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a N 17; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 7.

⁶⁵ BBI 1991 III 153.

⁶⁶ MOOR (FN 39), 95; GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 19; BGE 136 III 534 E. 4.1.

⁶⁷ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 9; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 255a N 5.

⁶⁸ GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 25; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 9; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 9; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 255a SchKG N 2.

⁶⁹ Mündliche Äusserungen sind von der Konkursverwaltung zu protokollieren (GILLIÉRON [FN 27], Art. 255a SchKG N 12).

⁷⁰ GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 12.

fax und E-Mail sind ungenügend, da die Identität des Gläubigers bzw. die Authentizität des Dokuments nicht nachgeprüft werden kann.⁷¹ Die Willensäußerung der Gläubiger erfolgt «offen», d.h., sie bleibt nicht geheim.⁷²

c. Gegenstand

Grundsätzlich können *sämtliche Beschlüsse*, welche bei Beschlussfähigkeit von der jeweiligen (ersten oder zweiten) Gläubigerversammlung gefällt werden können,⁷³ auch auf dem Zirkularweg gefasst werden. Im ordentlichen⁷⁴ Konkursverfahren können m.E. deshalb auch eine *ausseramtliche Konkursverwaltung*⁷⁵ und/oder ein *Gläubigerausschuss* durch Zirkularbeschluss gewählt werden.⁷⁶ Bei der Beschlussfassung auf dem Zirkularweg kann zwar keine Diskussion zwischen den Gläubigern bzw. mit dem Konkursamt stattfinden,⁷⁷ so dass die Einflussnahme auf die Willensbildung der übrigen Gläubiger eingeschränkt ist. Dessen ungeachtet gilt ein Zirkularbeschluss (aus praktischen Gründen) als einer Beschlussfassung in einer Gläubigerversammlung gleichwertige Willensbildung bzw. Willensäußerung.⁷⁸

3. Im inländischen Hilfskonkursverfahren (Art. 166 ff. IPRG)

Sofern ein ausländisches Insolvenzdekret in der Schweiz anerkannt worden ist (Art. 166 Abs. 1 IPRG) und dem ausländischen Insolvenzverwalter das in der Schweiz belegene Vermögen nicht zur Verfügung gestellt wird,⁷⁹ findet ein Hilfskonkursverfahren statt.

⁷¹ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 68), Art. 255a SchKG N 2.

⁷² GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 21; CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 9.

⁷³ Vgl. III.A.1.

⁷⁴ Zum summarischen Konkursverfahren vgl. III.A.1.

⁷⁵ Vgl. BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 6 mit Hinweis auf die teilweise abweichende kantonale Praxis; AMONN/WALTHER (FN 11), § 45 N 5; GILLIÉRON (FN 27), Art. 236 SchKG N 10, Art. 255a N 9; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 236 SchKG N 6; a.M. CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 10; ArB 1998/99 Nr. 35, S. 133.

⁷⁶ AMONN/WALTHER (FN 11), § 45 N 5; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 255a N 3; GILLIÉRON (FN 27), Art. 236 SchKG N 10, Art. 255a N 9; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 236 SchKG N 6; SPRECHER (FN 21), N 158, N 385; a.M. CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 10.

⁷⁷ MOOR (FN 39), 94; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 11.

⁷⁸ MOOR (FN 39), 94; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 255a N 11 mit Verweis auf JAEGER (FN 33), Art. 245 SchKG N 3 (gemeint ist wohl Art. 254 SchKG N 3, zu welcher Frage JAEGER aber keine Ausführungen macht); CR-MERKT (FN 9), Art. 255a SchKG N 10; vgl. auch BGE 101 III 52 E. 1, BGE 54 III 118, 122 und BGE 5A_245/2015, 9.7.2015, E. 3, wonach Zirkularbeschlüsse Beschlüssen einer Gläubigerversammlung gleichgestellt sind.

⁷⁹ Nach revidiertem Recht (Inkraftsetzung per 1. Januar 2019 [AS 2018 3263]) ist es zulässig, auf die Durchführung eines inländischen Hilfskonkursverfahrens zu verzichten und dem ausländischen Insolvenzverwalter das in der Schweiz belegene Vermögen zur Verfügung zu stellen (Art. 174a IPRG). In

Dieses wird grundsätzlich im summarischen Verfahren⁸⁰ durchgeführt (Art. 170 Abs. 3 IPRG). Damit wird unmittelbar auf Art. 231 SchKG verwiesen,⁸¹ sodass die vorne dargestellte Rechtslage zum summarischen Konkursverfahren⁸² auch in diesem Zusammenhang zur Geltung kommt.

Der ausländische Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger können aber auch vor Verteilung des Erlöses beim Konkursamt das ordentliche Konkursverfahren verlangen (Art. 170 Abs. 3 IPRG).⁸³ Damit wird unmittelbar auf Art. 197 ff. SchKG verwiesen, sodass die vorne dargestellte Rechtslage zum ordentlichen Konkursverfahren⁸⁴ auch in diesem Zusammenhang zur Geltung kommt.

4. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse

Gleich wie Beschlüsse von Gläubigerversammlungen gelten Gläubigerbeschlüsse auf dem Zirkularweg als *Verfügungen* und können deshalb mit Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) angefochten werden⁸⁵ (vgl. Art. 239 SchKG in Bezug auf Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung).

Ebenfalls wie Beschlüsse an einer Gläubigerversammlung können Zirkularbeschlüsse, soweit sie anstelle vom Beschlüssen der *zweiten Gläubigerversammlung* gefasst werden, im Grundsatz auch vor den kantonalen Aufsichtsbehörden nur wegen *Gesetzesverletzung* (wozu auch Ermessensüber- oder -unterschreitung zählen⁸⁶), nicht aber wegen Unangemessenheit angefochten werden.⁸⁷ Grund dafür ist, dass der zweiten Gläubigerversammlung umfassende Befugnis zukommt, «uneingeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses» anzuordnen (Art. 253 Abs. 2 SchKG), so dass die Aufsichtsbehörden nicht in solche Ermessensausübungen durch die Gläubigergesamtheit eingreifen sollen.⁸⁸

diesem Fall findet kein Hilfskonkursverfahren in der Schweiz statt (FRANCO LORANDI, Die Revision des Internationalen Insolvenzrechts [Art. 166 ff. IPRG], in: Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Alexander Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez [Hrsg.], Bern 2018 [zit. Revision], 195 ff.).

⁸⁰ Vor der Revision von 2019 fand ein vereinfachtes Verfahren sui generis statt (BBl 2017 4139; LORANDI, Revision [FN 79], 194).

⁸¹ BBl 2017 4139.

⁸² Vgl. III.A.1.

⁸³ Zudem muss für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichend Sicherheit geleistet werden (Art. 170 Abs. 3 IPRG).

⁸⁴ Vgl. III.A.2.

⁸⁵ BGE 103 III 83 E. 2; BGE 54 III 118, 122.

⁸⁶ BGE 134 III 323 E. 2; BGE 119 III 118 E. 4; BGE 97 III 121 E. 5.

⁸⁷ BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 254 N 10, Art. 255a N 13; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 239 N 13; SPRECHER (FN 21), N 408 ff.; BGE 101 III 52 E. 1; BGE 86 III 102, 103.

⁸⁸ JAEGER (FN 33), Art. 253 SchKG N 3; BGE 87 III 111 E. 3; BGE 86 III 102, 103 f.

Demgegenüber können Zirkularbeschlüsse, welche anstelle von Beschlüssen der *ersten Gläubigerversammlung* gefasst werden, vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG) auch wegen Unangemessenheit angefochten werden.⁸⁹

Zudem gilt, dass *Wahlentscheide* einer (erste oder zweiten) Gläubigerversammlung, wie etwa die Wahl oder Zusammensetzung des Gläubigerausschusses⁹⁰ oder die Wahl einer ausseramtlichen Konkursverwaltung,⁹¹ vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (nicht aber vor dem Bundesgericht) auch wegen Unangemessenheit angefochten werden können.⁹² Dies gilt entsprechend auch dann, wenn der Wahlentscheid als Zirkularbeschluss ergeht.

Für die Beschwerde gegen Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung gilt eine verkürzte *Beschwerdefrist* von fünf Tagen (Art. 239 Abs. 1 SchKG). In Bezug auf Zirkularbeschlüsse gilt dagegen die ordentliche Beschwerdefrist von *zehn Tagen* (Art. 17 Abs. 1 SchKG), auch wenn der Zirkularbeschluss anstelle eines Entscheides der ersten Gläubigerversammlung ergeht.⁹³

Wahlentscheide sind von den Aufsichtsbehörden aufgrund deren Aufsichtsrecht (Art. 13 SchKG) auch nach Ablauf der Beschwerdefrist *von Amtes wegen* aufzuheben, wenn sich die Einsetzung eines ausserordentlichen Organs als unangemessen oder sich die gewählte Person als ungeeignet erweist.⁹⁴ Dafür ist nicht notwendig, dass sich der Gläubigerbeschluss geradezu als nichtig (i.S.v. Art. 22 SchKG) erweist.⁹⁵

B. Zirkularbeschlüsse des Gläubigerausschusses

1. Vorkommen eines Gläubigerausschusses

Sofern der Konkurs *im ordentlichen Verfahren* durchgeführt wird,⁹⁶ kann die erste oder zweite Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuss wählen (Art. 237 Abs. 3, Art. 253 SchKG). Für den Gläubigerausschuss gilt das Kollegialprinzip, d.h., einzelne Mitglieder können – unter Vorbehalt der Delegation von Befugnissen an einzelne Mitglieder – nicht alleine agieren.⁹⁷

2. Zirkularbeschlüsse

Über die Beschlussfassung eines Gläubigerausschusses enthält das Gesetz keine Bestimmungen.⁹⁸ Sofern die den Wahlentscheid fällende Gläubigerversammlung dazu keine Regelungen trifft (wozu sie zwar kompetent ist⁹⁹, was in der Praxis allerdings kaum je geschieht¹⁰⁰), kann der Gläubigerausschuss über die *Form der Beschlussfassung* selbst entscheiden.¹⁰¹ Damit kann er auch festlegen, ob bzw. in welchen Fällen und mit welchen Formalitäten Beschlüsse auf dem Zirkularweg gefasst werden können.¹⁰² Häufig wird dazu durch den Gläubigerausschuss ein Reglement verabschiedet.

Der Umstand, dass eine Beschlussfassung auf dem Zirkularweg keine vorangehende Beratung der Mitglieder des Gläubigerausschusses bzw. Diskussionen mit der Konkursverwaltung erlaubt, bedeutet nicht, dass ohne Einbezug aller Mitglieder des Gläubigerausschusses über den Kopf einzelner hinweg entschieden werden kann und diese keine Gelegenheit haben, in angemessener Weise auf die Beschlussfassung einzuwirken.¹⁰³

An sich kann *über sämtliche Themen*, welche in den Kompetenzbereich des Gläubigerausschusses fallen,

⁸⁹ HÄNZI (FN 54), 63; GILLIÉRON (FN 27), Art. 255a SchKG N 16; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 68), Art. 239 SchKG N 2; BSK SchK II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 14; BSK SchKG II-BÜRGI (FN 9), Art. 253 N 7; SPRECHER (FN 21), N 411 ff.; BGE 69 III 18 E. 3; a.M. KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 239 N 11.

⁹⁰ BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 16; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 237 SchKG N 25; BGE 97 III 121 E. 5; BGE 86 III 123 E. 2.

⁹¹ BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 16; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 237 SchKG N 19; BGE 101 III 43 E. 1; BGE 48 III 77, 79; BGE 41 III 417 E. 2.

⁹² HÄNZI (FN 54), 63; MOOR (FN 39), 63; SPRECHER (FN 21), N 411; KUKO SchKG-AMACKER/KÜNG (FN 4), Art. 253 N 7; BGE 101 III 76 E. 3; BGE 101 43 E. 1; BGE 97 III 121 E. 5; BGE 86 III 121 E. 2; BGE 81 III 27 E. 1; BGE 59 III 132 E. 2; BGE 48 III 196, 197 f.

⁹³ MARKUS DIETH, Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG, Diss. Zürich 1999, 38; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 29; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 239 N 2; SK SchKG-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 11), Art. 239 N 6; BGE 69 III 18 E. 2.

⁹⁴ MOOR (FN 39), 63; SPRECHER (FN 21), N 411; BGE 101 III 43 E. 1; BGE 48 III 77, 79; BGE 41 III 414 E. 2; BGE 31 I 739 E. 2 alle in Bezug die *Wahl einer ausseramtlichen Konkursverwaltung*. Gleiches muss m.E. für die Wahl des Gläubigerausschusses gelten.

⁹⁵ BGE 101 III 43 E. 1.

⁹⁶ Im summarischen Konkursverfahren kann kein Gläubigerausschuss gewählt werden (vgl. III.A.1.). Wenn ein Gläubiger einen Gläubigerausschuss eingesetzt haben will, muss er vor der Verteilung des Erlöses das ordentliche Konkursverfahren verlangen und für die ungedeckten Kosten hinreichend Sicherheit leisten (Art. 231 Abs. 2 SchKG). Nachfolgend kann eine *Wahl des Gläubigerausschusses im ordentlichen Konkursverfahren* erfolgen.

⁹⁷ HÄNZI (FN 54), 63; MOOR (FN 39), 60; AMONN/WALTER (FN 11), § 45 N 18; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 237 N 27; SPRECHER (FN 21), N 677; BGE 119 III 118 E. 1b; BGE 51 III 166, 163; OGer ZH, VB160009 vom 3. Februar 2017, E. I.5. HÄNZI (FN 54), 62; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 237 N 36; SPRECHER (FN 21), N 641; vgl. auch GEHLER (FN 21), 70.

⁹⁹ HÄNZI (FN 54), 62; MOOR (FN 39), 60; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 237 SchKG N 32; SPRECHER (FN 21), N 642, N 695; vgl. auch BGE 51 III 160, 164.

¹⁰⁰ SPRECHER (FN 21), N 644.

¹⁰¹ SPRECHER (FN 21), N 644; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 237 N 36; OGer BL vom 28. November 2000 (Rechnenschaftsbericht 2000).

¹⁰² GEHLER (FN 21), 74/75; vgl. auch SPRECHER (FN 21), N 697.

¹⁰³ Im Fall, welcher BGE 51 III 160, 163, zugrunde lag, wurde gar kein Zirkularbeschluss unter Einbezug aller Gläubigerausschussmitglieder gefasst, sondern es wurden nur einzelne Mitglieder unter Ausschluss der anderen begrusst.

auf dem Zirkularweg entschieden werden. Es gilt jedoch der Vorrang der ordentlichen Beschlussfassung vor dem Fassen von Zirkularbeschlüssen.¹⁰⁴ Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil diesbezüglich eine Beratung und Diskussion möglich sind, was dem Wesen des Gläubigerausschusses als Kollektivorgan entspricht. Da Beschlüsse auch durch Telefon- oder Videokonferenz getroffen werden können, wird in der Literatur zurecht empfohlen, nur für unbestrittene Geschäfte, für Formalitäten oder in dringenden Fällen Zirkularbeschlüsse zu fällen.¹⁰⁵ Über diese Frage der Opportunität entscheidet jedoch abschliessend der Gläubigerausschuss selbst; in aller Regel im Rahmen eines Reglements.

M.E. spricht Vieles dafür, in Bezug auf die *Formalitäten* weitgehend die Regelung von Art. 255a SchKG analog anzuwenden. Davon abweichend (und sofern der Gläubigerausschuss ad hoc oder durch Reglement nichts anderes festgelegt hat) gilt Stillschweigen zu einem Antrag der Konkursverwaltung jedoch *nicht* als Zustimmung; Ablehnung oder Zustimmung müssen ausdrücklich erfolgen.

3. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse

Der Gläubigerausschuss ist zwar ein Innenorgan bzw. ein Organ der internen Willensbildung. Die Beschlüsse des Gläubigerausschusses werden jedoch von der Konkursverwaltung in der Regel¹⁰⁶ nach ausser vollzogen¹⁰⁷ und erlangen (erst) damit Aussenwirkung. Insofern fehlt es den Beschlüssen des Gläubigerausschusses häufig an der Aussenwirkung, was erforderlich ist, damit sie als Verfügung i.S.v. Art. 17 SchKG qualifizieren.¹⁰⁸ Zuweilen wird für die erforderliche Aussenwirkung aber auch schon als genügend erachtet, dass sich die Konkursverwaltung entsprechend den Beschlüssen des Gläubigerausschusses zu verhalten hat.¹⁰⁹ Sofern und soweit Beschlüsse des Gläubigerausschusses in diesem Sinne Wirkungen nach aussen (bzw. auf die Konkursverwaltung) zeitigen, stellen sie *Verfügungen* i.S.v. Art. 17 SchKG dar und unterliegen damit der SchKG-Beschwerde.¹¹⁰

¹⁰⁴ GEHLER (FN 21), 74; SPRECHER (FN 21), N 698.

¹⁰⁵ GEHLER (FN 21), 74; SPRECHER (FN 21), N 698.

¹⁰⁶ Zu Fällen, in welchen ein Beschluss des Gläubigerausschusses nicht durch das verfahrensleitende Organ umgesetzt wird bzw. werden muss, vgl. SPRECHER (FN 21), N 782.

¹⁰⁷ BGE 95 III 25 E. 2b.

¹⁰⁸ Gemäss SPRECHER (FN 21), N 780 ff., sollen *sämtliche* Beschlüsse eines Gläubigerausschusses mit SchKG-Beschwerde anfechtbar sein.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 95 III 25 E. 2b.

¹¹⁰ JAEGER (FN 33), Art. 237 SchKG N 10; HÄNZI (FN 54), 64; HANS SORG, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1954, 22; OTTO DEGGELLER, Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen an das Schweizerische Bundesgericht, Zürich 1923, 12; PETER NÖTZLI, Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG, Zürich 1980, 38; GEHLER (FN 21), 790 ff.; FRITZSCHE/WALDER (FN 31), § 47 N 25, N 38; FRANCO LORANDI, Betreibungsrecht-

Bei Beschwerden gegen (Zirkular-)Beschlüsse des Gläubigerausschusses gilt (auch wenn der Gläubigerausschuss von der ersten Gläubigerversammlung eingesetzt worden ist) die reguläre *Beschwerdefrist* von zehn Tagen (Art. 17 Art. SchKG) und nicht die verkürzte Frist von fünf Tagen (Art. 239 Abs. 1 SchKG)¹¹¹.

(Zirkular-)Beschlüsse des Gläubigerausschusses können auch vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (Art. 17 f. SchKG)¹¹² nur wegen *Gesetzesverletzung* (wazu auch Ermessensüber- oder -unterschreitung gehört)¹¹³, nicht aber wegen Unangemessenheit angefochten werden¹¹⁴.

IV. Zirkularbeschlüsse im Nachlassverfahren

A. Zirkularbeschlüsse der Gläubigergesamtheit

1. Beschlüsse der Gläubigergesamtheit

Wird die *Nachlassstundung* über zwölf Monate hinaus verlängert, hat der Sachwalter eine Gläubigerversammlung einzuberufen (Art. 295b Abs. 1 SchKG), anlässlich welcher die Gläubiger einen Gläubigerausschuss oder einzelne Mitglieder neu einsetzen¹¹⁵ oder abberufen sowie einen neuen Sachwalter bestimmen können (Art. 295b Abs. 3 SchKG).

Sobald der Entwurf eines Nachlassvertrages erstellt ist, beruft der Sachwalter eine Gläubigerversammlung ein (Art. 301 Abs. 1 SchKG). Bei einem *ordentlichen Nachlassvertrag* (Art. 314 ff. SchKG) lässt sich die

liche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel 2000, Art. 17 SchKG N 57 und N 71 m.w.H.; AMONN/WALTHER (FN 11), § 45 N 18; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 68), Art. 237 SchKG N 9 und N 12; BSK SchKG I-COMETTA/MÖCKLI (FN 4), Art. 17 N 16; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 10; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 239 N 4; CR-ERARD (FN 9), Art. 17 SchKG N 12; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 237 SchKG N 24, Art. 239 SchKG N 3; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 317 SchKG N 26; GILLIÉRON (FN 27), Art. 17 SchKG N 10; SPRECHER (FN 21), N 780 ff. und N 777 (mit Verweis auf kantonale Entscheide); BGE 83 III 120, BGE 27 I 123 E. 4; BLSchK 1953, 54 Nr. 18; a.M. ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 739; MOOR (FN 39), 20, 99; DIETH (FN 93), 38; GILLIÉRON (FN 27), Art. 237 SchKG N 26.

¹¹¹ BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 9), Art. 239 N 8; CR-JEANDIN/FISCHER (FN 9), Art. 239 SchKG N 3; KUKO SchKG-BÜRGI (FN 4), Art. 239 N 4.

¹¹² Vor *Bundesgericht* kann ohnehin nur Gesetzesverletzung gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG i.V.m. Art. 19 SchKG).

¹¹³ MOOR (FN 39), 20; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 68), Art. 237 SchKG N 9 und N 12.

¹¹⁴ JAEGER (FN 33), Art. 237 SchKG N 10; SORG (FN 110), 22; DEGGELLER (FN 110), 12; NÖTZLI (FN 110), 38; LORANDI (FN 110), Art. 17 SchKG N 128; SPRECHER (FN 21), N 787; BGE 27 I 123 E. 4.

¹¹⁵ «Wo es die Umstände erfordern» kann das *Nachlassgericht* schon *vorher* einen Gläubigerausschuss einsetzen (Art. 295a Abs. 1 SchKG).

Gläubigerversammlungen vom Sachwalter informieren und diskutiert den vom Schuldner vorgeschlagenen Nachlassvertrag (Art. 302 SchKG). Die Versammlung trifft aber keine Entscheide und es finden keine Wahlen statt. Die Zustimmung zum Nachlassvertrag muss jeder Gläubiger individuell und schriftlich abgeben (Art. 302 Abs. 3 SchKG). In der Versammlung wird über den Nachlassvertrag kein Beschluss gefasst.¹¹⁶ Insofern gibt es keine Beschlüsse oder Wahlen, in Bezug auf welche ein Zirkularbeschluss möglich wären.

Bei einem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* sind ein Liquidator und ein Gläubigerausschuss zwingend notwendige Organe (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Sie müssen von den Gläubigern anlässlich der Gläubigerversammlung (Art. 302 SchKG) gewählt werden (Art. 317 Abs. 2 Satz 2 SchKG).¹¹⁷

Während der Abwicklung eines Liquidationsvergleichs sind im Gesetz keine weiteren Gläubigerversammlungen vorgesehen. Die Gläubiger üben ihre kollektiven Rechte¹¹⁸ durch den Liquidator und den Gläubigerausschuss aus (Art. 317 Abs. 2 SchKG). Deshalb stehen jene Entscheide (Kollektivrechte), welche im Konkurs einen Gläubigerbeschluss erfordern, wie der Verzicht auf die Geltendmachung strittiger Ansprüche (Art. 260 SchKG) oder die Vornahme von Freihandverkäufen (Art. 256 Abs. 1 SchKG),¹¹⁹ dem Liquidator zusammen mit dem Gläubigerausschuss zu (Art. 322 Abs. 2, Art. 325 SchKG). Von Gesetzes wegen sind deshalb keine Gläubigerbeschlüsse notwendig. Der Nachlassvertrag könnte m.E. zwar solche vorsehen. In der Praxis ist dies jedoch kaum je anzutreffen. Sodann könnte m.E. der Liquidator zusammen mit dem Gläubigerausschuss *nach eigenem Ermessen* gewisse (wesentliche) Entscheide der Gläubigergesamtheit zur Beschlussfassung unterbreiten, was auch auf dem Zirkularweg erfolgen kann. Auch dies erfolgt in der Praxis jedoch kaum je.

Anders verhält es sich nur, wenn während der Abwicklung eines Liquidationsvergleichs eine *Vakanz* beim Gläubigerausschuss entsteht und im Nachlassvertrag diesbezüglich keine Regelung getroffen wird oder keine Ersatzkandidaten beim ursprünglichen Bestellungsakt gewählt wurden (was ebenfalls kaum je erfolgt). Bei ei-

ner Vakanz geht die überwiegende Lehre davon aus, dass eine neue Gläubigerversammlung einzuberufen ist.¹²⁰ Bei dieser gilt wiederum kein Präsenzquorum.¹²¹

2. Zirkularbeschlüsse

Soweit *während der Nachlassstundung* Gläubigerversammlungen abgehalten werden, an welchen Entscheide zu treffen sind,¹²² gilt kein Präsenzquorum.¹²³ Damit ist die Beschlussfähigkeit immer gegeben, sofern wenigstens ein Gläubiger anwesend oder vertreten ist. Dringende Beschlüsse der Gläubigerversammlung sind während der Nachlassstundung nicht zu fällen. Aufgrund dessen besteht *keine Notwendigkeit* (vom eher theoretischen Fall abgesehen, dass gar kein Gläubiger an einer Versammlung erscheint, anlässlich welcher in Bezug auf einen Liquidationsvergleich der Liquidator und der Gläubigerausschuss bestellt werden sollen), Zirkularbeschlüsse fällen zu müssen. Die *Zulässigkeit* von Zirkularbeschlüssen ist deshalb m.E. *zu verneinen*.¹²⁴

3. Beschwerde gegen Zirkularbeschlüsse

Werden gleichsam Zirkularbeschlüsse durch die Gläubigergesamtheit gefällt, so gelten diese als Verfügung (i.S.v. Art. 17 Abs. 1 SchKG) und unterliegen der SchKG-Beschwerde.¹²⁵ M.E. kann namentlich gerügt werden, dass eine Beschlussfassung auf dem Zirkularweg gesetzeswidrig¹²⁶ ist (Art. 17 Abs. 1 SchKG).

B. Zirkularbeschlüsse des Gläubigerausschusses

1. Vorkommen eines Gläubigerausschusses

Wo es die Umstände erfordern, setzt das Nachlassgericht *während der Nachlassstundung* (sei es im Genehmigungsentscheid oder später¹²⁷) einen Gläubi-

¹¹⁶ DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Diss. Freiburg 1996, N 935.

¹¹⁷ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 317 N 13, Art. 318 N 12; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 4), Art. 302 N 2, N 12; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 4), Art. 318 N 11; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 317 SchKG N 19, N 23.

¹¹⁸ *Individualrechte*, wie eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, kann jeder Gläubiger selbst ausüben. Anders als im Konkurs (Art. 256 Abs. 3 SchKG) steht den Gläubigern beim Liquidationsvergleich kein Recht zu, bei der freihändigen Verwertung von Grundstücken oder Vermögenswerten von besonderem Wert ein höheres Angebot zu unterbreiten (LORANDI, Freihandverkauf [FN 2], 385 ff.; BSK SchKG II BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH [FN 9], Art. 322 N 21).

¹¹⁹ Vgl. III.A.2.a.i.

¹²⁰ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 318 N 15; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 4), Art. 318 N 12; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 318 SchKG N 9; SPRECHER (FN 21), N 387.

¹²¹ Vgl. vorne Text vor FN 18.

¹²² Vgl. vorne Text vor FN 117 und FN 120.

¹²³ ERNST MARTZ, Die Gläubigerversammlung im Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK 1950, 108; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 317 N 15; LORANDI/ERISMANN (FN 17), 334; SPRECHER (FN 21), N 942 m.w.H., N 951; GILLIERON (FN 27), Art. 317 SchKG N 17, Art. 318 SchKG N 16; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 317 SchKG N 23, Art. 318 SchKG N 8; BGE 82 III 85 E. 1. Grund dafür ist, dass bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Wahlen (des Liquidators und des Gläubigerausschusses) *zwingend* erfolgen müssen, was voraussetzt, dass kein Anwesenheitsquorum besteht (MARTZ [FN 123], 108).

¹²⁴ Soweit ersichtlich finden sich denn in der Literatur denn auch keine Meinungsäusserungen, welche der Notwendigkeit oder Zulässigkeit von Zirkularbeschlüssen das Wort reden würden.

¹²⁵ Zum Konkurs vgl. III.A.4.

¹²⁶ Vgl. III.A.4.

¹²⁷ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 4), Art. 295a N 12.

gerausschuss ein (Art. 295a Abs. 1 SchKG). Wird die Nachlassstundung über zwölf Monate hinaus verlängert, hat der Sachwalter eine Gläubigerversammlung einzuberufen (Art. 295b Abs. 1 SchKG), anlässlich welcher die Gläubiger einen Gläubigerausschuss oder einzelne Mitglieder neu einsetzen (oder abberufen) können (Art. 295b Abs. 3 SchKG).

Bei einem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*¹²⁸ ist ein Gläubigerausschuss ein zwingend notwendiges Organ (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)¹²⁹. Er bzw. seine Mitglieder werden von den Gläubigen anlässlich der Gläubigersammlung (Art. 302 SchKG) gewählt (Art. 317 Abs. 2 Satz 2 SchKG).¹³⁰

2. Zirkularbeschlüsse

Gleich wie das Konkursrecht¹³¹ enthält das Nachlassvertragsrecht keine Bestimmung, welche sich mit der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses befasst.¹³² Sofern bei Einsetzung durch den Richter (Art. 295a Abs. 1 SchKG) nicht dieser bzw. bei Wahl durch eine Gläubigerversammlung (Art. 295b Abs. 1 SchKG) nicht diese oder der Nachlassvertrag¹³³ ausnahmsweise Vorschriften aufstellen, kann der Gläubigerausschuss im Sinne der Selbstorganisation über die Form seiner Beschlussfassung selbst entscheiden. Er organisiert sich selbst.¹³⁴ Damit kann er auch die Voraussetzungen bzw. das Verfahren für Zirkularbeschlüsse (sinnvollerweise in einem Reglement) regeln.¹³⁵

3. Beschwerde

In Bezug auf die Formalitäten und die Frage der Anfechtbarkeit von Zirkularbeschlüssen des Gläubigerausschusses mit SchKG-Beschwerde gilt m.E. dasselbe¹³⁶ wie beim Gläubigerausschuss im Konkurs¹³⁷.

V. Fazit

Zirkularbeschlüsse haben in der Generalexekution eine weite Verbreitung. Im Konkurs sind Zirkularbeschlüsse der Gläubiger eine häufige Realität, welche praktisch in jedem Verfahren (unabhängig, ob es sich um ein ordentliches oder summarisches Verfahren handelt) vorkommt. Im ordentlichen Konkursverfahren können sowohl eine ausseramtliche Konkursverwaltung als auch ein Gläubigerausschuss auf dem Zirkularweg gewählt werden. Im Konkurs, sofern (im ordentlichen Verfahren) ein Gläubigerausschuss eingesetzt wird, und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung haben Zirkularbeschlüsse des Ausschusses eine relativ häufige Verbreitung. Da in Bezug auf den Gläubigerausschuss der Grundsatz der Selbstorganisation gilt, ist es angezeigt, dass dieser (auch) über Fragen der Beschlussfassung, namentlich über die Voraussetzungen und Kautelen von Zirkularbeschlüssen die Grundsätze in einem Reglement regelt.

¹²⁸ Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag gibt es *keinen* Gläubigerausschuss.

¹²⁹ BGE 74 I 352 E. 2b.

¹³⁰ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 317 N 13, Art. 318 N 12; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 4), Art. 317 N 10, Art. 318 N 11; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 317 SchKG N 23.

¹³¹ Vgl. Text vor FN 98.

¹³² SPRECHER (FN 21), N 1057.

¹³³ CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 318 SchKG N 9; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 9), Art. 317 N 16.

¹³⁴ GEHLER (FN 21), 148; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 318 SchKG N 9; SPRECHER (FN 21), N 1058.

¹³⁵ Vgl. KUKO SchKG-HUNKELER (FN 4), Art. 295a N 18; CR-JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 9), Art. 318 SchKG N 9.

¹³⁶ Vgl. auch SPRECHER (FN 21), N 1047 ff.

¹³⁷ Vgl. III.B.2 und III.B.3.