

# **BGE 152 III 106**

Bundesgericht (BGE), 2026-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_152 III 106](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_152_III_106)

FR: ATF 152 III 106

IT: DTF 152 III 106

## **Regeste**

Regeste Art. 166 ff. SchKG; Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR; Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG; Konkursöffnung nach SchKG; Auflösung der Gesellschaft wegen Organmangels und Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs. Das Aufhebungsurteil gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR ist ein Gestaltungsurteil und entfaltet seine Wirkung mit Rechtskraft ex nunc. Die Beschwerde in Zivilsachen hat bei Vorliegen eines Gestaltungsurteils von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG) und hemmt die formelle Rechtskraft. Wird vor Ablauf der unbenutzten Frist zur Beschwerde gegen das Aufhebungsurteil der Konkurs eröffnet, so stützt sich das Konkursverfahren auf das SchKG und wird die Gesellschaft nach Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR aufgelöst (E. 2).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Das Obergericht (als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs) hat zunächst festgehalten, dass der Aufhebungsentscheid des Handelsgerichts vom 20. Mai 2021 mit Anordnung der Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses "sofort wirksam" wurde BGE 152 III 106 S. 109 (und nicht erst nach Ablauf der 30-tägigen Frist zur Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen). Weil "keine Beschwerde in Zivilsachen erhoben" worden sei, habe die aufschiebende Wirkung nach den Regeln von Art. 103 BGG gar nicht eintreten können. Folglich sei der nachfolgende Entscheid über die Konkursöffnung des Bezirksgerichts Zofingen vom 15. Juni 2021 nichtig. Auslöser der Liquidation nach den Regeln des Konkursverfahrens sei daher der Aufhebungsentscheid, und nicht das Konkursdekret.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin widerspricht dieser Sichtweise und verlangt die Feststellung, dass die Konkursöffnung rechtskräftig sei. Sie macht (unter dem Titel der "offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts") als Rechtsverletzung geltend, es werde übergangen, dass die Konkursöffnung vor dem Aufhebungsentscheid rechtskräftig bzw. wirksam geworden sei: Entgegen der Meinung des Obergerichts sei der Aufhebungsentscheid des Handelsgerichts vom 20. Mai 2021 ein Gestaltungsurteil im Sinn von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG, welches erst nach unbenutztem Ablauf der 30-tägigen Frist zur Beschwerde in Zivilsachen wirksam werden konnte, d.h. erst nach der Konkursöffnung vom 15. Juni 2021. Folglich sei der "angestrebte" Widerruf des Konkurses nach den Regeln von Art. 195 SchKG rechtlich möglich.

### **E. 2.2**

Die auf Art. 731b Abs. 1 bis (aAbs. 1) Ziff. 3 OR gestützte Auflösungsanordnung führt grundsätzlich zu einem normalen Konkursverfahren. Das Konkursverfahren wird jedoch nicht aufgrund eines Konkurses durchgeführt, sondern aufgrund eines gerichtlichen Auflösungsbeschlusses. Art. 731b OR begründet keinen neuen Konkursgrund. Es gibt somit keine vom Konkursrichter ausgesprochene Konkursöffnung. Der Auflösungsbeschluss ist nur funktional mit einer Konkursöffnung gleichzusetzen ( BGE 148 III 194 E. 5.1.1). Mit der Konkursöffnung nach SchKG wird die Aktiengesellschaft aufgelöst und nach den Vorschriften des Konkursrechts liquidiert ( Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR ; BGE 117 III 39 E. 3b).

### **E. 2.3**

Der Konkurswiderruf nach Art. 195 SchKG ist im Fall der Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR (Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses) nicht möglich ( BGE 148 III 194 E. 5.1.1; BGE 141 III 43 E. 2), sondern nur im Fall der Konkursöffnung nach SchKG. Der Gläubiger ist indes nicht berechtigt, beim Konkursgericht den Antrag auf Konkurswiderruf zu stellen, ebenso wenig das Konkursamt. Vielmehr steht das Antragsrecht BGE 152 III 106 S. 110 (unter Vorbehalt des hier nicht relevanten Falls von Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG ) dem Schuldner zu (BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 12 zu Art. 195 SchKG ). Dennoch kann der Beschwerdeführerin (als Gläubigerin) nicht verwehrt werden, die vom Obergericht (als Aufsichtsbehörde) von Amtes wegen festgestellte Nichtigkeit der Konkursöffnung überprüfen zu lassen. Als Gläubigerin verfügt sie insoweit über ein rechtlich geschütztes Interesse (vgl. BGE 129 III 595 E. 3.2), allein weil der Zeitpunkt der Auslösung des Konkursverfahrens Wirkungen auf die Rechte der Gläubiger (wie Beginn von Fristen, Höhe der aufgelaufenen Zinsen, Dahinfallen von Betreibungen) haben kann.

### **E. 2.4**

Streitpunkt ist das Verhältnis zwischen der Konkursöffnung nach SchKG und der Auflösung und konkurstmässigen Liquidation der Gesellschaft nach Art. 731b OR in seinem zeitlichem Ablauf.

#### **E. 2.4.1**

Zutreffend hält das Obergericht fest, dass der Grundsatz, dass ein Konkurs nur einmal eröffnet werden kann ( Art. 55 SchKG ), in analoger Weise auch im Verhältnis zur Auflösung und konkurstmässigen Liquidation nach Art. 731b OR gilt (SCHMID, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3. Aufl. 2021, N. 1 zu Art. 55 SchKG ). Im konkreten Fall wurde nicht eines der Verfahren als gegenstandslos erklärt, wie es der Praxis entspricht (vgl. Urteile 5A\_137/2013 vom 12. September 2013 E. 1.2.1, E. 1.2.2; 5A\_386/2010 vom 12. April 2011 E. 1.2, in: RtiD 2011 II S. 751 ff.), sondern das Handelsgericht bzw. das Konkursgericht haben jeweils ihr Urteil gefällt. In analoger Anwendung von Art. 55 SchKG ist dasjenige Urteil massgebend, welches (als formelle bzw. funktionelle Konkursöffnung) zuerst rechtskräftig geworden ist (SCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 55 SchKG ). Davon ist das Obergericht zutreffend ausgegangen.

#### **E. 2.4.2**

Nach den vorinstanzlichen Feststellungen ordnete das Handelsgericht am 20. Mai 2021 die Auflösung und konkurstmässige Liquidation der B. AG gemäss Art. 731b OR an. Der Entscheid des Handelsgerichts als zuständiger einziger kantonaler Instanz wurde nicht mit

Beschwerde in Zivilsachen angefochten. Zu prüfen ist die Auffassung des Obergerichts, wonach das Urteil des Handelsgerichts zufolge Nichterhebung der Beschwerde in Zivilsachen sofort wirksam geworden sei.

#### **E. 2.4.2.1**

Die Anordnung des Gerichts auf Auflösung und konkursmässige Liquidation der Gesellschaft stellt ein Gestaltungsurteil dar BGE 152 III 106 S. 111 (u.a. HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 215, 217 f.; SOGO, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile [...], 2007, S. 52; CHENAUX/HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société [...], JdT 2013 II S. 118; vgl. BGE 109 II 140 E. 4, Auflösungsklage allgemein). Das Auflösungsurteil gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR entfaltet seine Wirkung mit Rechtskraft ex nunc ( BGE 141 III 43 E. 2.6 a.E.; u.a. LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung [...], AJP 2008 S. 1386 Fn. 163, S. 1387; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR , 2013, S. 437), wie dies allgemein für ein Urteil über die Auflösung von Rechtsgemeinschaften und Körperschaften gilt ( BGE 74 II 172 E. 1; u.a. HOHL, a.a.O., Rz. 215, 217 f.; SOGO, a.a.O., S. 52). Zu erörtern ist, wann die Rechtskraft eingetreten ist.

#### **E. 2.4.2.2**

Der Auflösungsentscheid gemäss Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR untersteht der ZPO und ist mit Berufung anfechtbar ( Art. 308 ff. ZPO ; LORANDI, a.a.O., S. 1388; SCHÖNBÄCHLER, a.a.O., S. 444, 448). Der Entscheid der Berufungsinstanz oder (wie hier) des Handelsgerichts als einziger kantonaler Instanz ( Art. 6 Abs. 4 lit. c ZPO ) unterliegt der Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG .

#### **E. 2.4.2.3**

Das Bundesgericht hat sich in BGE 146 III 284 (E. 2.3.1 mit Hinweis auf BGE 139 III 489 E. 3) mit der Frage befasst, ob die Beschwerde in Zivilsachen den Eintritt der formellen Rechtskraft ("Unabänderlichkeit des Entscheides im betreffenden Verfahren") aufschiebt. Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht ist, solange sie von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat ( Art. 103 Abs. 1 BGG ), ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches die formelle Rechtskraft nicht aufschiebt ( BGE 146 III 284 E. 2.3.4; STAEHELIN, in: Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2024, § 24 Rz. 7d; BOVEY, in: Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 13 zu Art. 103 BGG S. 1643). Bei Vorliegen eines Gestaltungsurteils - wie bei Urteilen über die Auflösung einer juristischen Person (oder über die Scheidung einzig im Scheidungspunkt) - hat die Beschwerde nach Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG indes von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (BOVEY, a.a.O., N. 18 zu Art. 103 BGG ; Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4342 Ziff. 4.1.4.5, ad Art. 97; Verfügungen 4A\_387/2023 vom 17. Oktober 2023 E. 3.1; 4A\_412/2011 vom 1. Juli 2011; Urteil 4G\_2/2023 vom 21. Dezember 2023 E. 4, jeweils betreffend den Auflösungsentscheid gemäss BGE 152 III 106 S. 112 Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR ). Grund dafür sind bereits praktische Überlegungen (BOVEY, a.a.O., N. 18 a.E. zu Art. 103 BGG mit Hinweisen).

#### **E. 2.4.2.4**

Ein derartiges Gestaltungsurteil der Berufungsinstanz oder des Handelsgerichts, welches mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten ist, wird erst definitiv, d.h. unabänderlich bzw. formell rechtskräftig, wenn das Bundesgericht entschieden hat (so Urteil 4A\_215/ 2015 vom 2. Oktober 2015 E. 3.2, betreffend Auflösungsurteil; Urteil 5A\_346/2011 vom 1.

September 2011 E. 3.1, betreffend Scheidungspunkt im Scheidungsurteil, zit. in: BGE 146 III 284 E. 2.3.4). Das bedeutet weiter, dass das Auflösungsurteil - wie hier - des Handelsgerichts im Fall, in dem keine Beschwerde in Zivilsachen erhoben wird, als Gestaltungsurteil erst nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Beschwerde in Zivilsachen in formelle Rechtskraft erwächst, wie dies das Bundesgericht allgemein für Auflösungsentscheide bereits festgehalten hat ( BGE 141 III 43 E. 2.5.2 a.E.). Vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Auflösungsentscheides hat das Konkursamt folglich nicht zu handeln (Urteil 4A\_215/2015 vom 2. Oktober 2015 E. 3.2). Entgegen der Auffassung des Obergerichts ist vorliegend die Wirkung der Beschwerde in Zivilsachen auf die formelle Rechtskraft nicht davon abhängig, ob die Beschwerde in Zivilsachen tatsächlich erhoben wird, sondern davon, ob das obergerichtliche Urteil - in Abgrenzung zu den Leistungs- und Feststellungsurteilen ( BGE 146 III 284 E. 2.3) - ein Gestaltungsurteil ist oder nicht. Dies steht auch im grundsätzlichen Einklang mit der Berufung nach ZPO, welche bei berufungsfähigen Gestaltungsurteilen zufolge gesetzlicher aufschiebender Wirkung die formelle Rechtskraft stets hemmt ( Art. 315 Abs. 1 und 3 ZPO ). Nach dem Gesagten konnte der Auflösungsentscheid des Handelsgerichts vom 20. Mai 2021 jedenfalls nicht vor Ablauf der Frist von 30 Tagen zur Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen, d.h. nicht vor dem 21. Juni 2021, definitiv und vollstreckbar (wirksam) sein. Davon ist im Übrigen auch das Handelsgericht ausgegangen, wenn es gegenüber dem Konkursamt die Rechtskraft (nach dem in den kantonalen Akten liegenden Dokument) per 22. Juni 2021 bestätigte.

#### **E. 2.4.3**

Sodann geht aus den Sachverhaltsfeststellungen des Obergerichts hervor, dass die B. AG gegen den Entscheid vom 15. Juni 2021 des Bezirksgerichts Zofingen über die Konkurseröffnung am BGE 152 III 106 S. 113 30. Juni 2021 (Postaufgabe) beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde ( Art. 174 SchKG ) einreichte, indes das Gesuch um aufschiebende Wirkung (gemäss Art. 174 Abs. 3 SchKG ) mit Verfügung vom 9. Juli 2021 abgewiesen wurde, und das Obergericht am 27. September 2021 auf die Beschwerde nicht eintrat; dieser Entscheid wurde nicht angefochten. Damit gilt der Konkurs über die B. AG am 15. Juni 2021 - im Zeitpunkt, in welchem er erkannt wurde ( Art. 175 SchKG ; Art. 325 Abs. 1 ZPO ) - als wirksam eröffnet. Nichts anderes hat übrigens das Handelsregisteramt mit seinem Eintrag der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung (am 15. Juni 2021) erkannt. Das vorliegende Konkursverfahren wurde durch die rechtskräftige Konkurseröffnung ausgelöst, und nicht durch die nachfolgend wirksam gewordene Auflösung der Gesellschaft nach Art. 731b Abs. 1 bis Ziff. 3 OR .

#### **E. 2.4.4**

Das Konkursamt macht (in seiner Stellungnahme) unter Hinweis auf Art. 731b Abs. 4 OR geltend, dass "nach Rechtskraft des Auflösungsentscheides eine Konkurseröffnung erfolgen kann, ohne dass der Auflösungsentscheid obsolet würde". Gemäss Art. 731b Abs. 4 OR haben die nach den Vorschriften über den Konkurs zur Liquidation eingesetzten Liquidatoren, sobald sie eine Überschuldung feststellen, das Gericht zu benachrichtigen, damit es den Konkurs eröffnet. Daraus kann das Konkursamt nichts für den vorliegenden Fall ableiten. Zum einen war der Auflösungsentscheid im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht rechtskräftig (wobei das Konkursamt selber auf die Rechtskraft abstellt). Zum anderen betrifft der in Art. 731b Abs. 4 OR geregelte Fall die Feststellung einer Überschuldung, die von den Liquidatoren dem Konkursgericht zu melden ist, damit nachträglich die objektive Strafbarkeitsbedingung bei allfälligen Konkursdelikten

geschaffen wird (vgl. BGE 148 IV 170 E. 3.4.8; WÜTHRICH, Konkursöffnung in Anwendung von Art. 731b Abs. 4 OR [...], ZZZ 2022 S. 43 mit Hinweisen). Vorliegend geht es indes um eine Konkursöffnung gestützt auf eine Konkursbetreibung nach Art. 166 ff. SchKG vor rechtskräftiger Auflösung der Gesellschaft (nach Art. 731b OR ), so dass der Hinweis von vornherein fehl geht.

#### **E. 2.4.5**

Folglich bleibt es dabei, dass der Auflösungsentscheid des Handelsgerichts vom 20. Mai 2021 zwar vor der Konkursöffnung gefällt, der letztere Entscheid indes früher wirksam wurde. Das Konkursverfahren über die B. AG wurde mit Wirkung der (formellen) Konkursöffnung ausgelöst ( Art. 166 ff., Art. 171 SchKG ) BGE 152 III 106 S. 114 und bewirkte die Auflösung der Gesellschaft ( Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 OR ). Dieser Entscheid ist, solange er nicht aufgehoben ist, Auslöser für das vom Konkursamt durchgeführte konkursrechtliche Verfahren (zit. Urteil 5A\_386/2010 E. 1.2); in analoger Anwendung der Regel von Art. 55 SchKG (E. 2.4.2) ist die Auslösung des Konkursverfahrens durch den Auflösungsentscheid als unwirksam anzusehen (zit. Urteil 5A\_386/2010 E. 1.2 "inefficace"; vgl. BGE 53 III 9 E. 1, "Unwirksamkeit"): Äusserlich liegen zwei nebeneinander liegende Konkursöffnungen (eine formelle und eine funktionale) vor, welche indes - wie dargelegt - nicht zu zwei Konkursverfahren führen können.

#### **E. 2.4.6**

Anordnungen über den Auflösungsentscheid des Handelsgerichts sind im vorliegenden Verfahren nicht zu treffen. Die Nichtigkeit von Gerichtsentscheiden ist primär auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Nur ausnahmsweise darf die Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen wegen grober Fehler die Nichtigkeit einer gerichtlichen Verfügung nach den allgemeinen Nichtigkeitsgrundsätzen ( BGE 137 III 217 E. 2.4.3) selbständig feststellen (Urteil 5A\_734/2012 vom 31. Mai 2013 E. 3.3).

Anhaltspunkte für grobe Fehler des handelsgerichtlichen Entscheides finden in den Feststellungen des angefochtenen Entscheides keine tatsächliche Stütze. Dass einzelne auf den Auflösungsentscheid gestützte vollstreckungsrechtliche Verfügungen vom Obergericht (als Aufsichtsbehörde) als unwirksam bzw. nichtig (im Sinne von Art. 22 SchKG ) zu erklären seien, wird von der Beschwerdeführerin selber nicht beantragt.

#### **E. 2.5**

Die Beschwerde ist demnach begründet, soweit sie sich gegen die Feststellung des Obergerichts richtet, dass die Konkursöffnung unwirksam bzw. nichtig sei. Die Dispositiv-Ziff. 1 des obergerichtlichen Entscheides ist aufzuheben, ohne dass eine (beantragte) gesonderte "Feststellung der Rechtskraft" notwendig wäre.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.