

BGer 5A_988/2025 vom 3. März 2026

Bundesgericht, 2026-03-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_988_2025

FR: TF 5A_988/2025 du 3 mars 2026

IT: TF 5A_988/2025 del 3 marzo 2026

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist der Entscheid des Kantonsgerichts als Rechtsmittelinstanz, welches über die Beschwerde über die Konkursöffnung entschieden hat. Der Entscheid unterliegt unabhängig eines Streitwertes der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die Frage, ob B. _____ und C. _____ - trotz Entzugs der Zeichnungsberechtigung - befugt sind, für die A. _____ AG Beschwerde zu erheben, ist sowohl für die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen als auch für den Entscheid in der Sache selbst von Belang. Als doppelrelevante Tatsache ist deshalb deren Vertretungsbefugnis für die Eintretensfrage vorläufig als gegeben zu betrachten (Urteil 5A_625/2019 vom 22. Juli 2020 E. 1.2 mit Hinweis).

E. 2

Mit der vorliegenden Beschwerde kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 I 377 E. 1.2). Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist ebenfalls zu begründen, wobei hier das Rügeprinzip gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 III 364 E. 2.4)

E. 3

Anlass zur Beschwerde gibt die Frage des Rechtsschutzes der Beschwerdeführerin, nachdem das Bezirksgericht über sie auf Antrag der mit Organkompetenz ausgestatteten Untersuchungsbeauftragten gestützt auf Art. 192 SchKG i.V.m. 725b Abs. 3 OR den Konkurs eröffnet hat. Umstritten ist die Frage, ob die Verwaltungsräte B. _____ und C. _____ - trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis - berechtigt waren, das Konkursdekret im Namen der Beschwerdeführerin anzufechten.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihre Organe trotz der Übertragung der Zeichnungsberechtigung auf die Untersuchungsbeauftragte in der vorliegenden Streitsache berechtigt seien, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, da es um die Anfechtung einer Entscheidung gehe, welche die Existenz der Gesellschaft direkt betreffe. Die entmachteten Organe dürften sich selbstverständlich im Namen der Gesellschaft gegen eine unberechtigte Überschuldungsanzeige bzw. Konkursöffnung weiterhin durch Rechtsmittel zur Wehr setzen. Eine Haftungsklage oder der verwaltungsrechtliche Weg zur nachträglichen Sanktionierung der Handlungen der Untersuchungsbeauftragten biete keinen genügenden Rechtsschutz. Zur Begründung hat sie bereits im kantonalen Verfahren das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 angeführt.

E. 3.2

Die D. _____ SA stellt sich auf den Standpunkt, die von der Beschwerdeführerin (bzw. deren Organen) angeführte Rechtsprechung betreffe einzig den Fall, dass die Gesellschaft von der FINMA in Liquidation versetzt werde. Diese Entscheidung stelle dann eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar, die gemäss Art. 54 FINMAG mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden könne. Im vorliegenden Fall sei die Konkursverfügung jedoch nicht von der FINMA getroffen worden, sondern vom Bezirksgericht Schwyz in einem Verfahren nach dem SchKG. Damit schliesst sich die Untersuchungsbeauftragte der Auffassung der Vorinstanz an, welche ebenfalls zum Ergebnis gekommen ist, dass es der von den entmachteten Organen im Namen der Gesellschaft erhobenen Beschwerde an der erforderlichen Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten mangle und auf die Beschwerde daher nicht einzutreten sei.

E. 3.3.1

Die FINMA kann nach Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung umschreibt sie in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben der oder des Untersuchungsbeauftragten und legt fest, in welchem Umfang die oder der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Beaufsichtigten handeln darf.

E. 3.3.2

Nach dem bis zum 31. Dezember 2022 geltenden Recht mussten überschuldete Unternehmen, die ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige (Bank-) Tätigkeit ausgeübt hatten, nach den besonderen Regeln des Bankenkurses liquidiert werden (BGE 136 II 43 E. 3.2; 131 II 306 E. 4.1.2). Seit dem 1. Januar 2023 ist die FINMA nicht mehr für den Konkurs unbewilligter Institute zuständig (Art. 173b Abs. 2 SchKG). Bei Überschuldung oder Illiquidität des unbewilligten Instituts liegt die Zuständigkeit seither bei den ordentlichen Konkursgerichten (vgl. JAQUES / COMETTA, in: Commentaire romand, 2. Aufl. 2025, N. 1d zu Art. 173b SchKG ; eingehend ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 3. Aufl. 2022, S. 547 ff.).

E. 3.3.3

Gestützt auf den Verdacht, dass die Beschwerdeführerin ohne die erforderliche Bewilligung gewerbsmässig Einlagen des Publikums annimmt, ernannte die FINMA am 13. August 2024 superprovisorisch die D. _____ SA als Untersuchungsbeauftragte mit der Befugnis, anstelle der Organe der Beschwerdeführerin zu handeln. Der Beschwerdeführerin und ihren Organen wurde gemäss Dispositiv-Ziffer 9.b der Verfügung verboten, ohne die Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechtshandlungen vorzunehmen.

E. 3.3.4

Nach der von der Beschwerdeführerin angeführten Rechtsprechung behalten die bisherigen Organe trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis das Recht, im Namen der Gesellschaft gegen eine Konkursverfügung der FINMA vorzugehen. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht anerkennen in ständiger Rechtsprechung die Legitimation der betroffenen Gesellschaft, vertreten durch ihre Organe, um die Rechtmässigkeit der Konkurseröffnung gerichtlich prüfen zu lassen. Wenn die FINMA Funktionen des

Konkursgerichts übernimmt, können die Organe im Namen der Gesellschaft eine von der FINMA ausgesprochene Konkursöffnung somit trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis anfechten (BGE 132 II 382 E. 1.1; 131 II 306 E. 1.2.1; Urteil 2A.332/2006 vom 6. März 2007 E. 2.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3380/2015 vom 21. August 2017 E. 1.2). Der Grund dafür liegt darin, dass es mit der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) nicht vereinbar wäre, wenn in einer solchen Konstellation nur noch ein Beauftragter der FINMA als befugt angesehen würde, für die juristische Person zu handeln und gegebenenfalls die Konkursverfügung der FINMA anzufechten (vgl. Urteil 2C_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1568/2017 vom 23. Juli 2018 E. 1.2.2). Denn dieser dürfte in dieser Konstellation kaum ein Interesse daran haben, eine Verfügung seiner Auftraggeberin anzufechten (MÜLLER/HAAS/STAUBER, FINMA-Enforcement-Verfahren gegen natürliche Personen, GesKR 2019 S. 403; vgl. auch Urteil des EGMR Capital Bank AD gegen Bulgarien vom 24. November 2005 [49429/99], Ziff. 86 ff.).

E. 3.3.5

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, muss ein wirksamer Rechtsschutz auch dann bestehen, wenn der Konkurs nicht durch die FINMA, sondern das Konkursgericht ausgesprochen wurde. Die Übertragung der Konkurszuständigkeit für illegal im Finanzbereich tätige Unternehmen von der FINMA auf die ordentlichen Konkursgerichte (vgl. vorne E. 3.3.2) beabsichtigte denn auch in keiner Weise die Abschaffung der Beschwerdemöglichkeit gegen die Konkursöffnung. Würde man mit der Vorinstanz in der vorliegenden Konstellation zur Anfechtung das Vorliegen einer Genehmigung der Untersuchungsbeauftragten verlangen, hätte dies zur Folge, dass die Untersuchungsbeauftragte verhindern kann, dass ein Rechtsakt angefochten wird, der auf deren Anzeige hin ergangen ist, und die Gesellschaft in Konkurs versetzt hat. Dies würde das aus Art. 29a BV fließende Recht der betreffenden Gesellschaft auf einen wirksamen Rechtsschutz verletzen. Denn in Fällen wie dem vorliegenden kann nicht erwartet werden, dass die Untersuchungsbeauftragte den Entscheid des Konkursgerichts und damit letztlich ihre eigene Überschuldungsanzeige durch eine für die Gesellschaft erhobene Beschwerde selbst in Frage stellt. Die entmachteten Organe behalten daher das Recht, gegen ein Urteil des Konkursgerichts im Namen der Gesellschaft gemäss Art. 174 SchKG Beschwerde zu führen. Damit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz einen Rechtsfehler begangen hat, indem sie auf die von der Beschwerdeführerin erhobene Beschwerde mit der Begründung nicht eingetreten ist, dass für eine Anfechtung des Konkursdekrets eine Genehmigung der Untersuchungsbeauftragten erforderlich gewesen wäre.

E. 3.4

Nicht zu überzeugen vermag auch die Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach es zur Anfechtung des Konkursdekrets eines Verwaltungsratsbeschlusses bedurft hätte und auf die Beschwerde auch deshalb nicht einzutreten gewesen wäre, weil dieser von der Beschwerdeführerin nicht (unaufgefordert) vorgelegt worden sei. Nach Rechtsprechung und Lehre ist eine in Liquidation stehende Gesellschaft grundsätzlich legitimiert, den infolge Überschuldungsanzeige gefällten Entscheid des Konkursgerichts gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG weiterzuziehen (Urteil 5A_625/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3.2.1; GIROUD/THEUS SIMONI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. 2021, N. 14a zu Art. 174 SchKG). Das angerufene Gericht kann sich in diesem Fall, wie auch in anderen Prozessen, damit begnügen, zu prüfen, ob die

Beschwerdeschrift von vertretungsberechtigten Personen unterzeichnet wurde (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.1). Ob die interne Willensbildung betreffend die Beschwerdeerhebung gesetzes- und statutengemäss erfolgt ist, ist vom Gericht nicht zu untersuchen. Nachdem vorliegend feststeht, dass die Verwaltungsräte B. _____ und C. _____ vor dem Entzug der Zeichnungsberechtigung durch Verfügung der FINMA vom 13. August 2024 für die Beschwerdeführerin zeichnungsberechtigt waren, erweist sich die Beschwerde gegen den angefochtenen Nichteintretensentscheid auch in dieser Hinsicht als begründet.

Die Rechtslage bei der Überschuldungsanzeige unterscheidet sich insofern, als die Anzeige der Überschuldung der Gesellschaft gemäss Art. 725b Abs. 3 OR grundsätzlich durch den Verwaltungsrat als Gesamtorgan zu erfolgen hat und die gehörige Benachrichtigung des Gerichts eine unabdingbare Voraussetzung der Konkurseröffnung nach Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725b Abs. 3 OR ist (BGE 150 III 315 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Sofern die Mitteilung nicht durch den Gesamtverwaltungsrat beim Gericht vorgetragen wird, stellt der Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrats über die Einreichung der Überschuldungsanzeige daher eine Voraussetzung für die Überschuldungsanzeige dar, derer sich das Konkursgericht zu vergewissern hat (vgl. dazu BGE 135 III 509 E. 3.2; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Bd. II, 5. Aufl. 2021, S. 404 Rz. 3.975; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rz. 286 ff.; HARI, Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2. Aufl. 2025, N. 12 zu Art. 192 SchKG ; GIROUD, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1986, S. 76 und 94).

E. 3.5

Da die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren namentlich auch eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 255 lit. a ZPO gerügt hat, lässt sich ein Nichteintreten auf die Beschwerde schliesslich auch nicht mit dem pauschalen Hinweis der Vorinstanz begründen, die Beschwerdeführerin habe in der Beschwerde unzulässige echte Noven vorgebracht.

E. 4

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Nichteintretensentscheid sowie die (Neu-) Eröffnung des Konkurses sind aufzuheben. Die Angelegenheit ist zu neuer Entscheidung in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Hingegen hat die D. _____ SA, welche sich im Verfahren vor Bundesgericht mit eigenen Anträgen beteiligt hat, die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

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