

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200034-O/U1

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 25. November 2021

in Sachen

1. **A._____ GmbH in Liquidation,**

2. **B._____,**

Berufungskläger

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X3._____

gegen

C._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw Y2._____,

betreffend **Wiedereintragung im Handelsregister und Wiedereröffnung des Konkurses**

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren / des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. April 2020 (EO200009)

Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
9. September 2020 (LF200034)

Entscheid Schweiz. Bundesgericht vom 22. April 2021 (4A_527/2020)

Erwägungen:

1.

1.1. Die C._____ AG schloss am 20. September 2016 mit der D._____ Switzerland GmbH (später umbenannt in A._____ GmbH) einen Vertrag über den Aufbau einer IT-Infrastruktur und die darauf folgende Erbringung von IT-Dienstleistungen (vgl. act. 3/10). Das Projekt verzögerte sich zunächst und scheiterte schliesslich. Am 31. Mai 2018 reichte die C._____ AG beim Handelsgericht des Kantons Bern Klage ein gegen die D._____ Switzerland GmbH und verlangte Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags. Gleichzeitig reichte sie Klage ein gegen die D._____ EU Holding B.V. (Muttergesellschaft) und gegen die D._____ Inc. (Konzernobergesellschaft); diese hätten Garantien für die Vertragserfüllung der Tochtergesellschaft abgegeben und würden deshalb ebenfalls haften (vgl. act. 33/4). Mit Urteil vom 31. Januar 2019 eröffnete das Konkursgericht Zürich den Konkurs über die A._____ GmbH (vgl. act. 3/4). Das Konkursverfahren wurde mit Urteil vom 7. März 2019 mangels Aktiven eingestellt (vgl. act. 3/6), woraufhin die Gesellschaft in Anwendung von aArt. 159 Abs. 5 lit. a HRegV am 14. Juni 2019 von Amtes wegen aus dem Handelsregister gelöscht wurde (vgl. act. 3/4).

1.2. Mit Eingabe vom 11. März 2020 ersuchte die C._____ AG (nachfolgend Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz um Wiedereintragung der A._____ GmbH in Liquidation (nachfolgend Gesellschaft) ins Handelsregister und sinngemäss um Wiedereröffnung des Konkursverfahrens (vgl. act. 1). Die Gesuchstellerin begründete ihr Gesuch mit Aktiven in Form von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsführer B._____ als formelles Organ sowie gegenüber der Muttergesellschaft als faktisches Organ. Diese hätten der Gesellschaft pflichtwidrig die notwendigen Ressourcen für das genannte IT-Projekt verweigert und dieses Projekt pflichtwidrig gekündigt bzw. die Kündigung pflichtwidrig nicht verhindert (vgl. act. 1). Gemäss Gesuchstellerin ermögliche ihr die Wiedereintragung, ihren Anspruch gegenüber der Gesellschaft im wiedereröffneten Konkurs kollozieren zu lassen und anschliessend für die neu geltend gemachte Forderung der Gesellschaft die Abtretung des Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG zu verlangen bzw. den Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Gläubiger-

schadens nach Art. 757 Abs. 2 OR geltend zu machen (vgl. act. 1 N 14). Mit Urteil vom 30. April 2020 ordnete die Vorinstanz die Wiedereintragung der Gesellschaft ins Handelsregister an, wiedereröffnete zeitgleich das eingestellte Konkursverfahren und ordnete das summarische Konkursverfahren an (vgl. act. 29). Dagegen erhoben die Gesellschaft und B. _____ als Organ der Gesellschaft rechtzeitig Berufung und Beschwerde und verlangten mit beiden Rechtsmitteln die Abweisung des Wiedereintragungsgesuchs, die Einstellung des wiedereröffneten Konkurses und die erneute Löschung der Gesellschaft im Handelsregister.

1.3. In der Folge wurden das Berufungsgeschäft LF200034-O und das Beschwerdegeschäft PF200055-O angelegt und in beiden Verfahren eine Antwort eingeholt. In teilweiser Gutheissung der Berufung wurde mit Urteil vom 9. September 2020 die vorinstanzliche Anordnung der Wiedereintragung der Gesellschaft ins Handelsregister aufgehoben und das Begehren der Gesuchstellerin um Wiedereintragung der Gesellschaft abgewiesen. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wurde auf Fr. 4'250.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt, welche sodann verpflichtet wurde, der Gesellschaft und B. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'375.– zu zahlen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wurde mit Urteil vom 9. September 2020 die Wiedereröffnung des eingestellten Konkursverfahrens durch die Vorinstanz aufgehoben und das sinngemässe Konkursbegehren abgewiesen. Begründet wurden die Gutheissungen damit, dass die Gesuchstellerin die Neuheit des Aktivums, welches die Wiedereintragung rechtfertige, nicht glaubhaft gemacht habe. Damit fehle es an der Subsidiarität und folglich auch an einem schutzwürdigen Interesse der Gesuchstellerin an der Wiedereintragung, weshalb die Vorinstanz das Gesuch um Wiedereintragung hätte abweisen müssen. Entsprechend hätte die Vorinstanz auch den Konkurs nicht wiedereröffnen dürfen, da es dafür eines konkursfähigen Subjektes bedürfe.

1.4. Gegen beide Entscheide erhob die Gesuchstellerin Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Mit Urteil 4A_527/2020 vom 22. April 2021 hiess das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gegen das Berufungsurteil vom 9. September 2020 gut, hob das Berufungsurteil auf, wies die Berufung ab und

wies die Sache zur Neuregelung der kantonalen Kosten- und Entschädigungsfolgen an das Obergericht zurück. Das Bundesgericht erwog, auf die Berufung hätte wegen der fehlenden Berufungslegitimation der Gesellschaft und von B. _____ nicht eingetreten werden dürfen. Im Übrigen habe das erstinstanzliche Gericht das Gesuch um Wiedereintragung der Gesellschaft zu Recht gutgeheissen. Im Verfahren um Wiedereintragung einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft genüge das Glaubhaftmachen eines Aktivums. Davon sei vorliegend ohne Weiteres auszugehen, nachdem feststehe, dass im Konkursinventar der Gesellschaft unter anderem Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen mit der Verwaltung und Geschäftsführung beauftragten Personen vermerkt worden seien. Weder dem Wortlaut noch der Rechtsprechung zu Art. 164 HRegV lasse sich entnehmen, dass der die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft rechtfertigende Anspruch neu sein müsste. Dabei handle es sich vielmehr um ein Argument, das gegen die Wiedereröffnung des Konkurses vorgebracht werden könne.

Mit Urteil 5A_857/2020 vom 31. Mai 2021 hiess das Bundesgericht auch die Beschwerde in Zivilsachen gegen das Beschwerdeurteil vom 9. September 2020 gut, hob das Beschwerdeurteil auf und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurück. Das Bundesgericht erwog, offen bleibe einzig die Frage, ob die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung des Konkurses über die Gesellschaft erfüllt gewesen seien. Das Obergericht habe sich mit den diesbezüglichen Voraussetzungen folgerichtig nicht befasst, da nach der Meinung des Obergerichts die (vorgängige) Wiedereintragung der Gesellschaft nicht in Frage komme. Damit könne sich das Bundesgericht zum Begehren der Wiedereröffnung des Konkurses über die Gesellschaft im jetzigen Zeitpunkt nicht äussern. Die entsprechenden Rügen der Gesuchstellerin könnten nicht geprüft werden. Es dränge sich daher eine Rückweisung der Sache an das Obergericht zur Neubeurteilung der an dieses gerichteten Beschwerde auf.

1.5. Im neu angelegten Beschwerdegeschäft PF210028-O gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz mit Urteil vom 30. April 2020 die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung des Konkurses über die Gesellschaft zu Recht als erfüllt erachtete. So-

dann sind für das Berufungsverfahren mit vorliegendem Entscheid die kantonalen Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu regeln.

2.

2.1. Ausgehend vom Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts unterliegen die Gesellschaft und B. _____, womit ihnen die Prozesskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Gestützt auf einen Streitwert von CHF 2'945'374.– (vgl. act. 1 N 79) sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG für das Berufungs- und das Beschwerdeverfahren zusammen auf Fr. 5'000.– festzusetzen, wovon Fr. 4'250.– dem Berufungsverfahren zuzuordnen sind. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV für beide Verfahren zusammen auf Fr. 7'500.– festzusetzen, wovon Fr. 6'375.– dem Berufungsverfahren zuzuordnen sind.

Es wird erkannt:

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'250.– festgelegt, den Berufungsklägern auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– bezogen.
2. Die Berufungskläger werden solidarisch verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'375.– zu zahlen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse auf elektronischem Weg.
4. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Wert der mit diesem Entscheid geregelten Kostenfolgen beträgt Fr. 10'625.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: