

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF200055-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 9. September 2020

in Sachen

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

2. **B._____,**

Beschwerdeführer

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

gegen

C._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

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

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

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

Rechtsbegehren:

1. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die mit Tagebucheintrag vom tt.mm.2019 in Anwendung von Art. 230 SchKG gelöschte A._____ GmbH in Liquidation (CHE-...) im Handelsregister wieder einzutragen.
2. Es sei die Liquidatorin oder der Liquidator sowie die Liquidationsadresse ermessensweise durch das Gericht zu bestimmen.
3. Die Kosten seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Wiedereintragung der A._____ GmbH in Liquidation ins Handelsregister zwecks Durchführung des Konkursverfahrens wird angeordnet.
2. Das mit Urteil vom 7. März 2019 eingestellte Konkursverfahren über die A._____ GmbH in Liquidation wird wiedereröffnet und es wird das summarische Konkursverfahren angeordnet.
3. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf CHF 3'000.-, der Gesuchstellerin auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der von der Gesuchstellerin für das Konkursverfahren geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000.- wird an das Konkursamt D._____ -Zürich überwiesen.
5. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel

Beschwerdeanträge:

1. Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Das Begehren der Gesuchstellerin um Wiedereintragung der A._____ GmbH in Liquidation sei abzuweisen.

3. Es sei das Notariat, Grundbuch- und Konkursamt D._____-Zürich anzuweisen, das wiedereröffnete Konkursverfahren einzustellen.
4. Es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die A._____-GmbH in Liquidation im Handelsregister wieder zu löschen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Erwägungen:

1.

1.1. Die C._____-AG schloss am 20. September 2016 mit der E._____-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 E._____-GmbH und verlangte Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags. Gleichzeitig reichte sie Klage ein gegen die E'._____-B.V. (Muttergesellschaft) und gegen die E._____-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 Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV am tt.mm.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. 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 Gläubigerschadens 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. Gegen die Wiedereintragung ist hier die Berufung das richtige Rechtsmittel, da der Streitwert über Fr. 10'000.– liegt (vgl. Art. 308 ZPO). Dies weil die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch um Wiedereintragung das Ziel verfolgt, eine Forderung der Gesellschaft aus Verantwortlichkeitsansprüchen in der Höhe von EUR 2'758'797.– bzw. CHF 2'945'374.– durchzusetzen (vgl. act. 1 N 79 [Umrechnung zum Kurs am 11. März 2020, dem Datum der Rechtshängigkeit des Gesuchs]). Gegen die Wiedereröffnung des Konkurses ist wegen der Ausnahmebestimmung von Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO hingegen die Beschwerde das richtige Rechtsmittel. Entsprechend wurden zwei Geschäfte angelegt: Das Berufungsgeschäft LF200034-O sowie das vorliegende Beschwerdegeschäft PF200055-O. Mit Verfügung vom 20. Mai 2020 und Beschluss vom 12. Juni 2020 wurde der Beschwerde zunächst einstweilen und danach definitiv die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 34 und act. 38), weshalb der Konkurs zurzeit nicht wiedereröffnet ist. Der Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren wurde auf erste Aufforderung hin geleistet (vgl. act. 38-40). Die Gesuchstellerin beantwortete die Beschwerde innert Frist (vgl. act. 42-44). Die Akten der Vorinstanz wurden im Berufungsverfahren beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Wiedereröffnung des Konkurses ist wie die Konkurseröffnung anfechtbar, wobei die wieder in Liquidation stehende Gesellschaft bzw. deren Organe zur Anfechtung legitimiert sind (vgl. BGer 5A_306/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.3.3 und Lorandi, Wiedereröffnung des Konkurses, in: AJP 2018, S. 62). Die Gesellschaft wurde von der Vorinstanz zu Unrecht nicht in das Verfahren über die Konkurswiedereröffnung einbezogen (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 62) und sie wurde nicht vor, sondern erst sechs Tage nach der Konkurseröffnung wieder in das Handelsregister eingetragen (vgl. act. 45/1). Aus diesem falschen Vorgehen der Vorinstanz darf der Gesellschaft jedoch kein Nachteil erwachsen. Damit sind entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. act. 44 N 2, 3, 4 und N 11 ff.) sowohl die Gesellschaft als auch B. _____ zur Beschwerde gegen die Wiedereröffnung des Konkurses legitimiert. Die Tatsache, dass sich der neu geltend gemachte Anspruch gegen B. _____ richtet, reicht sodann nicht, um Letzterem ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen zu können (vgl. act. 44 N 8 und 44 ff.).

2.2. Gemäss Gesuchstellerin liege keine gültige Anwaltsvollmacht vor, da die eingereichte Vollmacht nicht datiert sei (vgl. act. 44 N 29). Eine Bevollmächtigung ist dann gültig, wenn eine aktuelle Anwaltsvollmacht vorliegt. Dies ist hier der Fall, da die eingereichten Vollmachten explizit auf das vorinstanzliche Urteil vom 30. April 2020 Bezug nehmen (vgl. act. 32/A und 32/B).

3.

Voraussetzung für die Wiedereröffnung des Konkurses war hier die gültige Wiedereintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Mit heutigem Urteil im Berufungsverfahren LF200034-O wurde entschieden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Wiedereintragung zu Unrecht als gegeben erachtet hat, und das Gesuch um Wiedereintragung wurde abgewiesen (vgl. OGer ZH LF200034 E. 3). Damit hätte die Vorinstanz auch den Konkurs nicht wiedereröffnen können, denn dafür bedarf es eines konkursfähigen Subjektes. Soweit sich die Beschwerde auf die Wiedereröffnung des Konkurses bezieht, ist sie demnach gutzuheissen. Soweit sich die Beschwerde hingegen auf die Wiedereintragung bezieht, ist

auf sie nicht einzutreten; die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Wiedereintragung wurde bereits mit heutigem Urteil im Berufungsverfahren LF200034-O angeordnet.

4.

4.1. Betrachtet man sowohl das Beschwerde- als auch das Berufungsverfahren, dringen die Rechtsmittelkläger mit ihren Anträgen vollumfänglich durch, weshalb es sachgerecht ist, wenn in beiden Verfahren trotz des teilweisen Nichteintretens die Kosten vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt werden. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühren und Parteientschädigungen ist jedoch zu beachten, dass sich beide Verfahren im Wesentlichen um die gleichen Fragen drehen.

4.2. Gestützt auf einen Streitwert von CHF 2'945'374.– (vgl. E. 1.3.) sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG für beide Verfahren zusammen auf Fr. 5'000.– festzusetzen, wovon Fr. 750.– dem Beschwerdeverfahren 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. 1'125.– dem Beschwerdeverfahren zuzuordnen sind.

4.3. Gemäss vorinstanzlichem Urteil wurde der von der Gesuchstellerin für das Konkursverfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– an das Konkursamt D. _____-Zürich überwiesen. Das Konkursamt ist anzuweisen, der Gesuchstellerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibende Restbetrag auszuführen.

Es wird beschlossen:

1. Auf Rechtsbegehren 1 (soweit sich dieses auf Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2020 bezieht), auf Rechtsbegehren 2 und auf Rechtsbegehren 4 der Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2020 aufgehoben. Das sinngemässe Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von den Beschwerdeführern geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– bezogen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern Fr. 750.– zu ersetzen.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'125.– zu zahlen.
4. Das Konkursamt D.____-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 10'000.– der Beschwerdegegnerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführer unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeantwort samt Beilagenverzeichnis und Beilagen, an das Konkursamt D.____-Zürich, an das Betreibungsamt Zürich 7, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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 einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: