

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF210028-O/U

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

## **Beschluss und Urteil vom 25. November 2021**

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 / Rückweisung**

Beschwerde 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 (PF200055)

Entscheid des Schweiz. Bundesgericht vom 31. Mai 2021 (5A\_857/2020)

### **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 und act. 44 N 126). 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 Prozessfüh-

rungsrechts 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. 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. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wurde mit Urteil vom 9. September 2020 die Wiedereröffnung des eingestellten Konkursverfahrens durch die Vorinstanz aufgehoben und das sinn gemässe 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 Entschädigungsfol-

gen 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 Neuurteilung 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 Neuurteilung der an dieses gerichteten Beschwerde auf.

1.5. Entsprechend gilt es nun im Rahmen des vorliegenden, neu angelegten Beschwerdegeschäfts PF210028-O 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. Nachdem die Gesellschaft und B. \_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 30. September 2021 und die Gesuchstellerin mit Ein-

gabe vom 2. November 2021 ihr Replikrecht wahrnahmen, erweist sich die Sache nun als spruchreif (vgl. act. 61 und act. 67).

2.

2.1. Die Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses ist im Gesetz nicht vorgesehen, wird indes von Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Werden nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven und Löschung der Gesellschaft im Handelsregister neue Vermögenswerte entdeckt, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken, so muss die Gesellschaft wiederum im Handelsregister eingetragen werden, der Konkurs neu eröffnet und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abgewickelt werden (Urteil 4A\_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2 mit Hinweisen; vgl. BGE 146 III 441 E. 2.1; Rüetschi, in: Handelsregisterverordnung [HRegV], Siffert/Turin [Hrsg.], 2013, N. 20 f. zu Art. 164; Lorandi, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018 S. 56, 59, 61).

Vorausgesetzt wird also, dass nach der Löschung nachträglich Aktiven aufgefunden werden. Handelt es sich beim Aktivum um einen Anspruch, dann gilt er erst als bekannt, wenn alle wesentlichen anspruchsbegründenden Tatsachen bekannt sind (vgl. BGE 74 III 74, BGE 116 III 96 E. 5). Ob ein Aktivum neu entdeckt worden ist, ist glaubhaft zu machen (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 60). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.2). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Aktivum neu entdeckt worden ist, sollten dabei nicht allzu strenge Massstäbe angelegt werden (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 60).

2.2. Gemäss Vorinstanz sei dem Inventar im Konkurs der Gesellschaft zu entnehmen, dass Ansprüche gegen die Muttergesellschaft von Fr. 105'670.34 sowie unbezifferte Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen mit der Verwaltung und Geschäftsführung beauftragten Personen aufgenommen worden seien. Allerdings seien diese Ansprüche als "pro memoria"-Posten aufgeführt und mit Fr. 0.–

beziffert worden. Somit sei glaubhaft gemacht, dass die Gesellschaft über neue Aktiven verfüge, die nachträglich entdeckt und noch nicht verwertet worden seien (vgl. act. 29 E. II.3 und II.4).

2.3. Gemäss der Gesellschaft und B.\_\_\_\_\_ wende die Vorinstanz die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen von nachträglich entdecktem Vermögen falsch an, indem sie aus der nicht erfolgten Verwertung auf die Neuheit des Aktivums schliesse. Dass die Bezifferung des Anspruchs erst "gegenwärtig" möglich gewesen sein soll, weil wesentliche anspruchsbegründende Tatsachen der Gesuchstellerin nicht bekannt gewesen seien und auch nicht hätten bekannt sein können, wäre Voraussetzung der Wiedereröffnung des Konkurses und hätte von der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht werden müssen. Doch dazu enthalte weder das Gesuch der Gesuchstellerin vom 11. März 2020 noch das vorinstanzliche Urteil irgendwelche Angaben. Sämtliche (bestrittenen) Vorbringen des Gesuchs seien der Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Einstellung des Konkurses bestens bekannt gewesen. Die Gesuchstellerin habe bereits vor der Eröffnung des Konkurses sehr genaue Kenntnis von den angeblichen (bestrittenen) Verfehlungen der Muttergesellschaft und von B.\_\_\_\_\_ gehabt. Die im Rahmen des Gesuchs erfolgte Bezifferung der Verantwortlichkeitsansprüche anhand der der Gesellschaft angeblich entgangenen Einnahmen aus dem IT-Projekt sei der Gesuchstellerin bereits vor Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven möglich gewesen, da sie als Partei der vertraglichen Vereinbarung selbstredend auch Kenntnis der mit der Gesellschaft vereinbarten Preise gehabt habe. Trotz Kenntnis über die angeblichen Ansprüche sei die Gesuchstellerin weder nach Art. 230 Abs. 2 SchKG noch nach Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV vorgegangen (vgl. act. 30 N 53 f., 61 f., 83, 85 und 88).

2.4.

2.4.1. Tatsächlich verliert die Gesuchstellerin in ihrem vorinstanzlichen Gesuch kein Wort dazu, warum erst jetzt eine Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche möglich sei bzw. welche anspruchsbegründenden Tatsachen vor der Löschung der Gesellschaft am 14. Juni 2019 noch nicht bekannt gewesen seien. Das gilt insbesondere auch für die geltend gemachten Pflichtverletzungen der Or-

gane sowie den geltend gemachten Schaden der Gesellschaft: Gemäss Gesuch bestehen die Pflichtverletzungen von B. \_\_\_\_\_ als formelles Organ und der Muttergesellschaft als faktisches Organ in Handlungen und Unterlassungen im Zusammenhang mit dem IT-Projekt der Gesuchstellerin und der Gesellschaft; konkret hätten sie der Gesellschaft pflichtwidrig die notwendigen Ressourcen für das genannte IT-Projekt verweigert und dieses Projekt am 1. Dezember 2017 pflichtwidrig gekündigt bzw. die Kündigung pflichtwidrig nicht verhindert (vgl. act. 1). Der Schaden von mindestens EUR 2'758'797.– besteht gemäss Gesuch aus den verpassten Einnahmen der Gesellschaft durch das Projekt in den Jahren 2017 und 2018. Für die konkreten Zahlen verweist die Gesuchstellerin auf Anhang 6 des Vertrags vom 20. September 2016 zwischen der Gesuchstellerin und der Gesellschaft (vgl. act. 1 N 72 und 110). Inwiefern die Gesuchstellerin erst nach Löschung der Gesellschaft von den geltend gemachten Pflichtverletzungen und/oder von dem geltend gemachten Schaden Kenntnis erhielt, erläuterte sie im vorinstanzlichen Gesuch nicht.

2.4.2. In der Beschwerdeantwort erklärt die Gesuchstellerin, B. \_\_\_\_\_ habe sich in einem Interessenskonflikt befunden: Er sei gleichzeitig Organ der Gesellschaft gewesen, welche das Interesse gehabt habe, die notwendigen Ressourcen für das Projekt zu erhalten, und Organ der Mutter- und Konzernobergesellschaft, deren Interesse darauf gerichtet gewesen sei, das Projekt nicht erfüllen zu müssen und damit ihre Ressourcen schonen zu können. Entsprechend habe sich auch die Muttergesellschaft in einem Interessenkonflikt zwischen den eigenen Interessen und jenen der Gesellschaft befunden. Die Unterlassungen aufgrund der Interessenskonflikte hätten ein pflichtwidriges Verhalten und damit eine Haftung ausgelöst. Neu macht die Gesuchstellerin in ihrer Antwort nun geltend, von diesen Interessenkonflikten habe sie erst durch die Lektüre der Duplik vom 20. Februar 2020 im Verfahren vor dem Handelsgericht Bern erfahren. Dort sei unter Verweis auf einen Artikel in der Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht aus dem Jahr 1998 ausgeführt worden, im Konzern sei allein das Interesse des Gesamtkonzerns massgebend und die Interessen der abhängigen Unternehmen würden vollständig untergeordnet, auch wenn dies zu Ungunsten oder sogar gegen den Willen der abhängigen Unternehmen sei (vgl. act. 44 N 65 ff.).

2.4.3. Da es hier um die Anfechtung der Konkurswiedereröffnung geht, sind diese neuen Vorbringen in analoger Anwendung von Art. 174 Abs. 1 SchKG zu beachten. Noven sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedoch nur zu berücksichtigen, soweit sie innerhalb der Beschwerde- bzw. Beschwerdeantwortfrist vorgebracht wurden (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Gilt wie hier die einfache oder beschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 255 lit. a ZPO), kommt Art. 229 Abs. 3 ZPO im Rechtsmittelverfahren entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. act. 67 N 2) nicht analog zur Anwendung (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2 und 142 III 413 E. 2.2.2; anders im Fall der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO, vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die neuen Tatsachenbehauptungen in den Stellungnahmen vom 30. September 2021 und 2. November 2021 sowie die zusammen mit diesen Stellungnahmen neu eingereichten Beweismittel bleiben damit unbeachtlich, soweit sie nicht aufgrund von Noven in der Beschwerdeantwort vorgebracht wurden.

2.4.4. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso die Gesuchstellerin von den dargelegten Interessenskonflikten und vom behaupteten pflichtwidrigen Verhalten von B.\_\_\_\_\_ und der Muttergesellschaft erst durch die Lektüre der allgemeinen rechtlichen Ausführungen zum Konzern in der erwähnten Rechtsschrift eines Verfahrens vor dem Handelsgericht Bern erfahren haben soll. Hinzu kommt, dass diese Duplik nicht zusammen mit der Beschwerdeantwort ins Recht gelegt wurde, so dass unklar bleibt, ob die Ausführungen aus der Duplik richtig zitiert wurden bzw. in welchem Gesamtzusammenhang diese Ausführungen stehen. Damit hat die Gesuchstellerin zwar ein Aktivum in Form von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft glaubhaft gemacht, sie hat hingegen selbst nach den vorliegend tiefen Anforderungen nicht glaubhaft gemacht, dass sie erst nach der Löschung der Gesellschaft von diesen Verantwortlichkeitsansprüchen Kenntnis erhalten hatte.

Im Übrigen gilt es Folgendes anzufügen: Gemäss unzulässigen Noven in der Stellungnahme vom 2. November 2021 habe die Gesuchstellerin erst aufgrund der Dokumente, welche sie nach Durchführung eines Prozesses in der USA erhalten habe, Kenntnis von den anspruchsbegründenden Elementen der Verantwortlichkeitsansprüche erlangt (vgl. act. 67 N 33). Würde dies zutreffen, hätte die Ge-

suchstellerin ihr Gesuch am 11. März 2020 eingereicht, ohne von den wesentlichen anspruchsbegründenden Tatsachen der Verantwortlichkeitsansprüche Kenntnis zu haben, da das Verfahren in den USA erst am 31. August 2020 eingeleitet wurde (vgl. act. 67 N 25). Das überzeugt nicht. Selbst bei Beachtung dieser neuen Vorbringen hätte die Gesuchstellerin damit ihre fehlende Kenntnis nicht glaubhaft gemacht.

## 2.5.

2.5.1. In ihrer Beschwerdeantwort verweist die Gesuchstellerin auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 116 III 96 und erklärt, gemäss dieser Entscheidung gelte ein Vermögenswert nur als bekannt, wenn er sowohl dem Konkursamt als auch der Mehrheit der Gläubiger bekannt gewesen sei. Die Unkenntnis des Konkursamts sei durch das Konkursinventar vom 5. März 2019 erstellt. Aus dem Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes Hottingen-Zürich vom 12. Februar 2019 gehe sodann hervor, dass es mit den beiden ehemaligen Arbeitnehmern E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ mindestens zwei weitere Gläubiger gebe, wobei nicht ersichtlich sei, weshalb diese vor der Konkurseinstellung von den Verantwortlichkeitsansprüchen gewusst haben sollten. Damit mangle es auch an der Kenntnis der Mehrheit der Gläubiger (vgl. act. 44 N 76 ff.).

2.5.2. Das Bundesgericht hielt in dieser Entscheidung zum Nachkonkurs fest, das Wissen eines einzelnen Gläubigers vermöge für sich allein die Durchführung des Nachkonkurses nie abzuwenden (vgl. BGE 116 III 96 E. 6.c.), sondern erst das Wissen der Mehrheit der zur Teilnahme an der zweiten Gläubigerversammlung berechtigten Gläubiger (vgl. BGE 116 III 96 E. 6b.). Im Weiteren gilt ein Vermögenswert auch dann als bekannt und ein Nachkonkurs damit als ausgeschlossen, wenn die Konkursverwaltung den Vermögenswert gekannt hat oder aber hätte kennen sollen (vgl. Winkler, Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvollstreckung, in: Festschrift für Isaak Meier, S. 830). Diese Ausführungen sind nicht nur beim Nachkonkurs, sondern grundsätzlich auch bei der Wiedereröffnung des Konkurses zu beachten (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 60, sowie Winkler, a.a.O., S. 838). Dabei sind jedoch folgende Unterschiede zu berücksichtigen: Ein Nachkonkurs folgt auf einen im ordentlichen oder summarischen Ver-

fahren durchgeführten Konkurs. In diesem vorgängigen Konkursverfahren wurden Bestand und Umfang von Aktiven und Passiven der Konkursmasse durch die Konkursverwaltung detailliert abgeklärt. Der Wiedereröffnung geht hingegen eine Konkurseinstellung mangels Aktiven voraus, welche von der Konkursverwaltung nach bloss summarischer Abklärung der Verhältnisse dem Konkursgericht beantragt wurde.

2.5.3. Dass es weitere Gläubiger gab, ergibt sich aus dem Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes vom 12. Februar 2019. Aus diesem geht nämlich hervor, dass die ehemaligen Arbeitnehmer E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ gegen die Gesellschaft Forderungen aus Arbeitsrecht geltend gemacht und hierzu vor Konkurseröffnung ein Schlichtungsverfahren eingeleitet hatten (vgl. act. 33/8 S. 10). Es stellt sich nun die Frage, ob die Gesuchstellerin mit dem Verweis auf das Einvernahmeprotokoll vom 12. Februar 2019 und das Konkursinventar vom 5. März 2019 glaubhaft gemacht hat, dass weder die Mehrheit der Gläubiger noch die Konkursverwaltung die Ansprüche kannte bzw. hätte kennen müssen.

2.5.4. Bevor der Konkurs über die Gesellschaft mangels Aktiven eingestellt wurde, hatten die Gläubiger die Möglichkeit einen Kostenvorschuss zu bezahlen, damit der Konkurs doch durchgeführt wird. Gemäss Gesellschaft und B. \_\_\_\_\_ hätten es die Gläubiger gemäss Auskunft der Konkursverwaltung in diesem Zusammenhang unterlassen, sich über mögliche Ansprüche der Konkursmasse zu orientieren. Damit hätten sie in Kauf genommen, dass allfällige Ansprüche der Konkursmasse nicht abgeklärt und nicht durchgesetzt würden. Selbst wenn die Gläubiger Einsicht in die Konkursakten genommen hätten, wären die nun gemäss Gesuchstellerin "nachträglich entdeckten" Verantwortlichkeitsansprüche für die Gläubiger ebenfalls nicht als neue Ansprüche zu qualifizieren, denn im provisorischen Konkursinventar fände sich erwiesenermassen ein klarer Hinweis auf den möglichen Bestand von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe der Gesellschaft (vgl. act. 61 N 28 f. und N 31).

2.5.5. Die Gesuchstellerin erklärt in ihrer Stellungnahme vom 2. November 2021 unter Verweis auf Lorandi, die Neuheit eines Aktivums könne im Falle einer Wiedereröffnung des Konkurses nur selten ausgeschlossen sein. Die Einstellung des

Konkurses finde in einem frühen Stadium statt. In diesem habe das Konkursamt zum einen keine sichere Kenntnis der Aktiven. Zum anderen würden auch die Gläubiger gar nicht ins Verfahren einbezogen, weshalb ihnen weder Wissen noch Wissenmüssen entgegengehalten werden könne. Auch hier sei das Konkursverfahren bereits sehr früh eingestellt worden. Es sei daher weder ein summarisches noch ein ordentliches Konkursverfahren begonnen worden. Auch sei es zu keiner Gläubigerversammlung gekommen. Die Gläubiger seien, im Gegenteil, erst gar nicht ins Verfahren einbezogen worden. Ihnen könne deshalb weder Wissen noch Wissenmüssen entgegengehalten werden (vgl. act. 67 N 60 f.). Auch die Erfassung von Verantwortlichkeitsansprüchen pro memoria mit einem Schätzwert von Fr. 0.– könne der Neuheit des Aktivums nicht entgegenstehen. Insbesondere bei Kenntnis von Schadenersatzansprüchen gegen eine Gesellschaft, nehme die Konkursverwaltung immer Verantwortlichkeitsansprüche ins Konkursinventar auf. Der Ausdruck "pro memoria" sowie der Wert Fr. 0.– zeige ja gerade, dass das Konkursamt keine Kenntnis von Verantwortlichkeitsansprüchen gehabt habe (vgl. act. 67 N 65). Gestützt auf welche Unterlagen, Angaben oder Indizien die Gläubiger E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ Kenntnis von den Verantwortlichkeitsansprüchen gehabt hätten, sei nicht ersichtlich. Durch einen Verzicht auf die Akteneinsicht, hätten sie sodann weder auf die Geltendmachung möglicher Ansprüche der Konkursmasse verzichtet noch Kenntnis von den Verantwortlichkeitsansprüchen erlangt (vgl. act. 67 N 68 f.).

2.5.6. Kommt die Konkursverwaltung aufgrund erster, summarischer Abklärungen zum Schluss, dass die Konkursmasse nicht über genügend liquide Mittel zur Durchführung des Konkursverfahrens verfügt, beantragt sie dem Konkursgericht die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (vgl. Art. 230 Abs. 1 SchKG). Wird dieser Antrag durch das Konkursgericht genehmigt, wird die Einstellung im SHAB publiziert, verbunden mit der Aufforderung an die Gläubiger, innert 10 Tagen den vom Konkursgericht festgesetzten Kostenvorschuss zu leisten. Verzichten sämtliche Gläubiger auf die Leistung des Vorschusses, wird das Verfahren als geschlossen erklärt und die Gesellschaft wird im Handelsregister gelöscht (vgl. Art. 230 Abs. 2 SchKG). Verzichten die Gläubiger nun trotz konkreter Hinweise auf gewisse Ansprüche im Konkursinventar auf die Bezahlung des Kos-

tenvorschusses, verzichten sie darauf, dass der Konkurs durchgeführt und die nötigen Abklärungen zu diesen Ansprüchen vorgenommen werden. Es ist gerechtfertigt, dass sie in Bezug auf diese Ansprüche in der Folge wie wissende Gläubiger behandelt werden und sich nicht darauf berufen können, sie hätten die Einzelheiten der Ansprüche im Zeitpunkt der Löschung der Gesellschaft noch nicht gekannt. Daran ändert nichts, dass die Löschung der Gesellschaft die Ansprüche nicht untergehen lässt (BGE 146 III 441 E. 2.3. f.), denn damit die Ansprüche im Rahmen eines allenfalls wieder zu eröffnenden Konkurses geltend gemacht werden können, ist erforderlich, dass es sich um neu entdeckte Ansprüche handelt.

Es stellt sich also unabhängig davon, ob die Gläubiger ihr Einsichtsrecht in die Konkursakten wahrgenommen haben oder nicht, die Frage, ob sich für die Gläubiger aus dem Konkursinventar vom 5. März 2019 hinreichende Hinweise auf den Bestand der nun nachträglich von der Gesuchstellerin eingeführten Verantwortlichkeitsansprüche ergaben. Die Frage ist zu bejahen, da im Konkursinventar vom 5. März 2019 einerseits Ansprüche der Gesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft in Höhe von CHF 105'670.34 und andererseits Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber allen bei der Gründung tätigen sowie der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle/Revision betrauten oder sonstwie beauftragten Personen unter allen Titeln und in unbestimmter Höhe aufgeführt wurden (vgl. act. 10). Da die Gläubiger dennoch darauf verzichteten, den Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkurses zu bezahlen, können sie sich nun nach dem Gesagten nicht darauf berufen, dass sie die Einzelheiten der Verantwortlichkeitsansprüche im Zeitpunkt der Löschung noch nicht kannten.

2.6. Im Ergebnis hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass weder die Mehrheit der Gläubiger noch die Konkursverwaltung die Ansprüche kannte bzw. hätten kennen müssen. Damit waren die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung des Konkurses nicht erfüllt und die Vorinstanz hätte den Konkurs nicht wiedereröffnen dürfen. Soweit sich die Beschwerde auf die Wiedereröffnung des Konkurses bezieht, ist sie demnach gutzuheissen (Aufhebung von Dispositivziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2020 betreffend). Durch die Abweisung des Begehrens um Wiedereröffnung des

Konkurses wird das weiter gestellte Begehren, das Konkursamt Hottingen-Zürich anzuweisen, das Konkursverfahren einzustellen (act. 30 S. 2 Rechtsbegehren 3), gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben. Soweit sich die Beschwerde hingegen auf die Wiedereintragung bezieht (act. 30 S. 2, Rechtsbegehren 1 [soweit auf Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2020 bezogen], Rechtsbegehren 2 sowie Rechtsbegehren 4), ist auf sie nicht einzutreten.

3.

3.1. Da die Gesellschaft und B.\_\_\_\_\_ mit ihrem Antrag zur Wiedereintragung unterliegen, hingegen mit dem Antrag zur Wiedereröffnung obsiegen, sind die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

3.2. 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. 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.

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

### **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. Der Antrag auf Anweisung an das Konkursamt Hottingen-Zürich, das Konkursverfahren einzustellen (Rechtsbegehren 3), wird abgeschrieben.
3. 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 den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem von den Beschwerdeführern geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– bezogen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern Fr. 375.– zu ersetzen.
4. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 10'000.– der Beschwerdegegnerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführer unter Beilage des Doppels von act. 67, an das Konkursamt Hottingen-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.

7. 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 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: