

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 36/2022

Urteil vom 25. Mai 2023

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Bovey, Bundesrichterin De Rossa,
Gerichtsschreiber Dürst.

Verfahrensbeteiligte
A. _____ AG,
vertreten durch Daniele Favalli und Julia Crifasi-Käser, Rechtsanwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. B. _____ GmbH in Liquidation,
2. C. _____,
beide vertreten durch Pio R. Ruoss und/oder Pascale Gola und/oder Martina Kümmerli,
Rechtsanwälte,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Wiedereröffnung des Konkurses,
Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II.
Zivilkammer, vom 25. November 2021 (PF210028-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A. _____ AG schloss am 20. September 2016 mit der D. _____ GmbH (später umbenannt in B. _____ GmbH) einen Vertrag über den Aufbau einer IT-Infrastruktur sowie die Erbringung von IT-Dienstleistungen. Nachdem das Projekt gescheitert war, klagte die A. _____ AG am 31. Mai 2018 gegen die D. _____ GmbH auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags.

A.b. Mit Urteil vom 31. Januar 2019 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die B. _____ GmbH. Das Konkursverfahren wurde mit Urteil vom 7. März 2019 mangels Aktiven eingestellt. Die Gesellschaft wurde am 14. Juni 2019 von Amtes wegen aus dem Handelsregister gelöscht.

A.c. Die A. _____ AG ersuchte mit Eingabe vom 11. März 2020 beim Bezirksgericht Zürich um Wiedereintragung der B. _____ GmbH in Liq. in das Handelsregister. Sie begründete ihr Gesuch mit nach Einstellung des Konkurses neu entdeckten Aktiven in Form von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsführer C. _____ als formelles Organ sowie gegenüber der Muttergesellschaft als faktisches Organ.

A.d. Mit Urteil vom 30. April 2020 wurde dem Gesuch stattgegeben. Das Bezirksgericht Zürich ordnete die Wiedereintragung der B. _____ GmbH in Liq. ins Handelsregister zwecks Durchführung des Konkursverfahrens an. Zudem verfügte das Bezirksgericht die Wiedereröffnung des am 7. März 2019 eingestellten Konkurses und ordnete das summarische Konkursverfahren an.

B.

B.a. Gegen dieses Urteil wandten sich die B._____ GmbH und C._____ mit Berufung und mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Mit den beiden Rechtsmitteln beantragten sie die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, die Abweisung des Gesuchs um Wiedereintragung der B._____ GmbH, die Einstellung des wiedereröffneten Konkursverfahrens sowie die Anweisung an das Handelsregisteramt, die B._____ GmbH in Liq. zu löschen.

B.b. Mit Urteil vom 9. September 2020 hiess das Obergericht die Berufung teilweise gut und wies das Begehren um Wiedereintragung der B._____ GmbH in das Handelsregister ab. Mit Urteil vom gleichen Tag hiess das Obergericht die Beschwerde teilweise gut und hob das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich Wiedereröffnung des Konkurses auf.

C.

C.a. Am 22. April 2021 hiess das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gegen die Nichteintragung der B._____ GmbH in Liq. ins Handelsregister gut. Es hob das Urteil des Obergerichts vom 9. September 2020 auf und wies die Berufung der B._____ GmbH in Liq. und C._____ gegen den erstinstanzlichen Entscheid ab (Urteil 4A 527/2020 vom 22. April 2021).

C.b. Am 31. Mai 2021 hiess das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen betreffend die Wiedereröffnung des Konkurses gut. Es hob das Urteil des Obergerichts vom 9. September 2020 auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urteil 5A 857/2020 vom 31. Mai 2021). Da sich das Obergericht gestützt auf die verweigerte Wiedereintragung nicht mit den Voraussetzungen der Wiedereröffnung des Konkurses befasst hatte, konnte das Bundesgericht die entsprechenden Rügen nicht prüfen.

C.c. Mit Beschluss und Urteil vom 25. November 2021 hiess das Obergericht des Kantons Zürich die Beschwerde gut und hob das Urteil des Bezirksgerichts vom 30. April 2020 hinsichtlich der Wiedereröffnung des Konkurses auf.

D.

Die A._____ AG ist mit Beschwerde in Zivilsachen vom 17. Januar 2022 an das Bundesgericht gelangt. Die Beschwerdeführerin beantragt, den Beschluss und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. November 2021 aufzuheben und die Wiedereröffnung des Konkurses über die B._____ GmbH in Liq. zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Die B._____ GmbH in Liq. (Beschwerdegegnerin 1) und C._____ (Beschwerdegegner 2) tragen auf Abweisung der Beschwerde an. Die Beschwerdeführerin replizierte am 22. September 2022, die Beschwerdegegner duplizierten am 6. Oktober 2022 - je mit unveränderten Anträgen. Das Obergericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht hat die Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelbehörde über die Wiedereröffnung eines Konkurses befunden hat. Dagegen ist die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d und Art. 75 BGG).

1.2. 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). Soweit die Beschwerdeführerin pauschal eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, genügt die Begründung den strengen Anforderungen des Rügeprinzips nicht. Sie moniert, die Vorinstanz habe einzig die Argumente der Beschwerdegegner wiederholt und habe sich nicht mit ihren eigenen Vorbringen auseinandergesetzt. Inwiefern dies der Beschwerdeführerin eine sachgerechte Anfechtung nicht erlauben würde (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2), erschliesst sich nicht. Auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

1.3. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG zurück, sind sowohl die Vorinstanzen wie auch die Parteien grundsätzlich an die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids gebunden (vgl. BGE

148 I 127 E. 3.1; 143 IV 214 E. 5.2.1; 135 III 334 E. 2.1). Das Bundesgericht hat im Urteil zur Wiedereintragung zur Frage der Legitimation der Beschwerdegegner Stellung genommen (Urteil 4A 527/2020, a.a.O., E. 5.3.5). Im Entscheid zur Wiedereröffnung des Konkurses hat das Bundesgericht erwogen, dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigten und einzig die Beurteilung der Voraussetzungen der Wiedereröffnung offenbleibt (Urteil 5A 857/2020, a.a.O., E. 2.5). Auf die erneute Rüge der Beschwerdeführerin der fehlenden Legitimation (Art. 59 ZPO) der Beschwerdegegner ist deshalb nicht einzutreten. Fehlschlägt vor diesem Hintergrund auch die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung der Begründungspflicht (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV).

1.4. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur zulässig, soweit der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (BGE 148 V 174 E. 2.2).

2.

Anlass zur vorliegenden Beschwerde geben die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung des Konkurses über die Beschwerdegegnerin 1.

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 Konkurses mangels Aktiven und Löschung der Gesellschaft im Handelsregister neue Vermögenswerte entdeckt, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken, so muss die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden, der Konkurs neu eröffnet und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abgewickelt werden (Urteile 5A 857/2020, a.a.O., E. 2.1.1; 4A 467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2, je mit Hinweisen; vgl. BGE 146 III 441 E. 2.1; LORANDI, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018 S. 56, 59, 61; STOFFEL/SAUTIER, La découverte d'actifs et/ou de passifs du débiteur à un stade avancé de la faillite ou après la clôture de celle-ci, JdT 2019 II S. 108 f.).

2.2. Die Wiedereröffnung eines mangels Aktiven geschlossenen Konkurses ist vom Konkursgericht dann zuzulassen, wenn nachträglich noch zur Masse gehörendes Vermögen der konkursiten Gesellschaft entdeckt wird (BGE 90 II 247 E. 2; 87 III 72 E. 3; 53 III 187, S. 193; Urteil 5A 306/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1, mit Hinweisen). Das Verfahren des Nachkonkurses gemäss Art. 269 SchKG kommt auf die Wiedereröffnung nicht zur Anwendung (BGE 110 II 396 E. 2; 90 II 247 E. 2; 87 III 72 E. 3; Urteil 4A 467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2). Mangels gesetzlicher Regelung der Wiedereröffnung des Konkurses wird in der Lehre punktuell auf die Voraussetzungen zum Nachkonkurs abgestellt (vgl. LORANDI, a.a.O., S. 60; SPÜHLER, Wiedereröffnung des Konkurses und Nachkonkurs, insbesondere bei Aktiengesellschaften, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey, 2002, S. 271; WINKLER, Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvollstreckung, in: Festschrift Isaak Meier, 2015, S. 838; STOCKER, Entscheidgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, 1983, S. 186 f.; KNEZEVIC, Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens - Stolperfälle, ZZZ 2022 S. 50). Ob ein Aktivum neu entdeckt worden ist, kann auch bei der Wiedereröffnung des Konkurses nicht strikt bewiesen werden, weshalb an den Nachweis der Neuheit eines Aktivums keine strengen Anforderungen zu stellen sind; es ist ausreichend, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass ein Aktivum schon während dem Konkursverfahren bekannt gewesen ist (LORANDI, a.a.O., S. 60; STOCKER, a.a.O., S. 187; KNEZEVIC, a.a.O., S. 50). Es gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens (LORANDI, a.a.O., S. 60; KNEZEVIC, a.a.O., S. 50; beide mit Hinweis auf JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, N. 1 zu Art. 230 SchKG). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1). Handelt es sich beim fraglichen Aktivum um einen Anspruch der Konkursmasse, so gilt die Neuentdeckung als glaubhaft gemacht, wenn die wesentlichen Tatsachen des Anspruchs als bekannt gelten; die Neuentdeckung hängt damit mit der materiellen Frage zusammen, welche Tatsachen diesen Anspruch begründen (LORANDI, a.a.O., S. 60; STOCKER, a.a.O., S. 187; vgl. auch BGE 90 III 41 E. 2; 74 III 72 S. 74; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 1993, § 54 Rz. 11; WALDER, Der Nachkonkurs, BISchK 1981 S. 9).

3.

In tatsächlicher Hinsicht ist strittig, ob die Beschwerdeführerin erst nach Einstellung des Konkurses

durch Unterlagen aus anderen Verfahren von den anspruchsbegründenden Tatsachen der behaupteten Verantwortlichkeitsansprüchen Kenntnis erhalten hat.

3.1. Die Vorinstanz erwog, dass die Beschwerdeführerin in ihrem erstinstanzlichen Gesuch nicht ausgeführt habe, warum erst nach Einstellung des Konkurses eine Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche möglich sei, bzw. welche anspruchsbegründenden Tatsachen vor der Löschung der Gesellschaft am 14. Juni 2019 noch nicht bekannt gewesen seien. Dies gelte insbesondere auch für die geltend gemachten Pflichtverletzungen der Organe sowie den geltend gemachten Schaden hinsichtlich Handlungen und Unterlassungen im Zusammenhang mit der behaupteten pflichtwidrigen Kündigung des IT-Projekts am 1. Dezember 2017 sowie dem behaupteten Schaden für verpasste Einnahmen in den Jahren 2017 und 2018.

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 255 lit. a ZPO.

3.2.1. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, es handle sich um eine unbestrittene Tatsache, dass sie erst beim Studium der Duplik im Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Bern Kenntnis über alle wesentlichen anspruchsbegründenden Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs Kenntnis erhielt. Ihre entsprechende Tatsachenbehauptung sei von den Beschwerdegegnern in den bisherigen Verfahren nie bestritten worden. Da im vorinstanzlichen Verfahren beide Parteien anwaltlich vertreten gewesen seien, hätte sich die Vorinstanz in der Anwendung der Untersuchungsmaxime zurückhalten müssen und hätte die unbestrittenen Tatsachenbehauptungen ohne objektive Gründe nicht in Zweifel ziehen dürfen. Über diese unbestrittene Tatsache hätte kein Beweis abgenommen werden dürfen - sie habe als erwiesen zu gelten.

3.2.2. Nur streitige Tatsachen müssen bewiesen werden (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Unter Geltung des beschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 255 lit. a ZPO hat das Konkursgericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, indes nicht zu erforschen (Art. 255 lit. a ZPO; Urteile 5A 519/2019 vom 29. Oktober 2019 E. 3.4.3; 5A 300/2016 vom 14. Oktober 2016 E. 5.1). Sind die Parteien anwaltlich vertreten, hat sich das Gericht auch unter Geltung dieser Maxime grundsätzlich Zurückhaltung wie im ordentlichen Verfahren aufzuerlegen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1, mit Hinweisen).

3.2.3. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Zurückhaltung kann entgegen ihrer Ansicht nicht so weit führen, dass die Wiedereröffnung eines Konkurses durch (vermeintliche) Zugeständnisse der zentralen Tatsache im Ergebnis in die Disposition der Parteien gestellt wird (vgl. HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016 Sutter-Somm, N. 21 zu Art. 150 ZPO). Im angefochtenen Urteil führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdegegner hätten das Vorliegen von nachträglich entdeckten Vermögenswerten bestritten. Sie hätten behauptet, die Beschwerdeführerin habe bereits vor der Eröffnung des Konkurses sehr genaue Kenntnis von den angeblichen Verfehlungen der Organe gehabt und hätten die Verantwortlichkeitsansprüche auch bereits vor der Einstellung des Konkursverfahrens beziffern können. Diese Behauptungen stehen der von der Beschwerdeführerin behaupteten nachträglichen Entdeckung entgegen. Inwiefern die Vorinstanz vor diesem Hintergrund auch bei Zurückhaltung unter Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime die für das vorliegende Wiedereröffnungsverfahren zentrale Tatsache als unbestritten hätte annehmen sollen, erschliesst sich aus den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime ist nicht ersichtlich.

3.3. Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz habe zu Unrecht Tatsachen und Beweismittel als unzulässige Noven nicht berücksichtigt und rügt eine Verletzung von Art. 317 ZPO sowie ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO).

3.3.1. Die Vorinstanz stützte sich hinsichtlich der Zulässigkeit von neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln auf eine analoge Anwendung von Art. 174 Abs. 1 SchKG und erwog, dass Noven im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur zu berücksichtigen seien, soweit sie innerhalb der Beschwerde- bzw. Beschwerdeantwortfrist vorgebracht werden. Die neuen Tatsachenbehauptungen und die neu eingereichten Beweismittel gemäss den Stellungnahmen der Beschwerdeführerin vom 30. September 2021 und vom 2. November 2021 seien unbeachtlich, soweit sie nicht bereits aufgrund von Noven in der ursprünglichen Beschwerdeantwort vorgebracht wurden. Die Duplik aus dem Verfahren vor Handelsgericht Bern sei nicht zusammen mit der Beschwerdeantwort ins Recht gelegt worden. Zum anderen habe sich die Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 2. November

2021 auf unzulässige Noven gestützt, indem sie ausführte, erst durch Dokumente aus der Durchführung eines (weiteren) Verfahrens in den USA Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erhalten zu haben.

3.3.2. Die Vorinstanz hat trotz der Qualifikation als unzulässige Noven die Tatsachenbehauptungen der Beschwerdeführerin gewürdigt. Zum einen führte sie aus, es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Beschwerdeführerin von den behaupteten Interessenkonflikten und vom pflichtwidrigen Verhalten der Organe erst durch die Lektüre der allgemeinen rechtlichen Ausführungen zum Konzern in der erwähnten Rechtsschrift erfahren habe. Zu den Dokumenten aus dem Verfahren in den USA führe die Vorinstanz aus, dass wenn zutreffen würde, dass die Beschwerdeführerin erst durch diese Kenntnis von den anspruchsbegründenden Elementen der Verantwortlichkeitsansprüche erlangt habe, sie ihr Gesuch um Wiedereröffnung des Konkurses am 11. März 2020 eingereicht hätte, ohne von den wesentlichen Tatsachen Kenntnis zu haben, da das Verfahren in den USA erst am 31. August 2020 eingeleitet worden sei.

3.3.3. Die Beschwerdeführerin setzt sich nicht hinreichend mit dieser Begründung der Vorinstanz auseinander, sondern kritisiert einzig die Anwendung des Novenrechts und schliesst daraus, dass die Vorinstanz in der Würdigung der neuen Beweismittel zu einem gegenteiligen Schluss kommen müsse. Sie hält der vorinstanzlichen Würdigung einzig entgegen, diese verletze das Beweismass des Glaubhaftmachens sowie Art. 8 ZGB. Selbst wenn die erwähnten Rechtsschriften als neue Beweismittel zuzulassen wären, begründet die Beschwerdeführerin nicht hinreichend, inwiefern die allgemeinen Ausführungen zur Interessenwahrung im Konzern gemäss der Duplik eine Neuentdeckung hinsichtlich der strittigen Verantwortlichkeitsansprüche begründet, bzw. inwiefern die Vorinstanz willkürlich zum Schluss gelangt sein soll, dies sei nicht nachvollziehbar bzw. hinreichend begründet. Zum anderen entgegnet sie auch nichts Schlüssiges zur vorinstanzlich gewürdigten Diskrepanz zwischen dem Zeitpunkt der Kenntnis gestützt auf die Duplik aus dem Verfahren im Kanton Bern und dem Zeitpunkt gemäss den Unterlagen aus dem Verfahren in den Vereinigten Staaten. Der Verweis darauf, dass der genaue Zeitpunkt der nachträglichen Entdeckung irrelevant sei, vermag die vorinstanzliche Würdigung nicht als offensichtlich unrichtig auszuweisen. Der Beschwerdeführerin gelingt es nicht, die selbständig tragende Begründung der Vorinstanz als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich zu entkräften.

3.3.4. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin ihre Sachverhaltsrüge mit der Rüge einer Verletzung der Begründungsanforderungen bzw. ihres Rechts auf rechtliches Gehör verbindet. Die Vorinstanz führt zwar mit knappen Worten, aber gleichwohl hinreichend aus, von welchen wesentlichen Punkten sie sich in ihrer Würdigung hat leiten lassen. Sie erachtete die Vorbringen der Beschwerdeführerin als nicht hinreichend begründet, als nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Diese Begründung ermöglichte eine Anfechtung.

3.3.5. Ob die Anwendung von Art. 174 SchKG im Beschwerdeverfahren gegen eine Wiedereröffnung eines Konkurses rechtmässig ist, oder ob - wie die Beschwerdeführerin vorbringt - Noven in analoger Anwendung von Art. 317 ZPO bis zur Urteilsberatung hätten berücksichtigt werden müssen, kann vor diesem Hintergrund offenbleiben.

3.4. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Behauptung, die Beschwerdeführerin habe erst durch Unterlagen aus Verfahren vor Handelsgericht Bern bzw. aus einem Verfahren in den USA von anspruchsbegründenden Tatsachen erfahren, als nicht glaubhaft würdigte.

4.

Strittig ist, ob sich bei der Wiedereröffnung des Konkurses ein Gläubiger hinsichtlich der Neuentdeckung von Vermögenswerten darauf berufen kann, keine Kenntnis von Anhaltspunkten gehabt zu haben, welche sich aus dem Konkursinventar ergeben.

4.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Nachkonkurs gelten Vermögenswerte nicht als neu entdeckt, wenn eine Mehrheit der zur Teilnahme an der zweiten Gläubigerversammlung berechtigten Gläubiger vor Abschluss des Konkursverfahrens um Existenz und Massezugehörigkeit der nachträglich ausfindig gemachten Vermögenswerte wusste (BGE 116 III 96 E. 2b, 6b, mit Hinweisen; Urteile 5A 525/2010 vom 31. August 2010 E. 2; 7B.81/2005 vom 28. Juli 2005 E. 2.3.2). Wird die Geltendmachung trotz Kenntnis hinreichender Anhaltspunkte für den Bestand dieser Ansprüche unterlassen, so wird vermutet, dass die Konkursmasse bewusst darauf verzichtet hat (BGE 116 III 96 E. 2a; 90 III 41 E. 1). Diese Rechtsprechung nimmt Rücksicht auf den Dritten, für

den grundsätzlich Verlass darauf sein müsse, sich nach Abschluss des Konkursverfahrens nicht doch noch einer Klage ausgesetzt zu sehen. Ein solches Bedürfnis bestehe gerade bei zweifelhaften Rechtsansprüchen, zumal diese regelmässig nur klageweise durchgesetzt werden könnten (BGE 116 III 96 E. 2a, mit Hinweis). Diese Rechtsfolge kann nicht vom Verhalten eines einzelnen Gläubigers des Gemeinschuldners abhängig gemacht werden, da die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger beschlagen werden (BGE 116 III 96 E. 6b). Für die Eröffnung des Nachkonkurses ist unerheblich, ob ein einzelner Gläubiger sein Wissen um vorhandene Vermögenswerte verschwiegen hat (BGE 116 III 96 E. 6c).

4.2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid im Grundsatz auf diese Rechtsprechung abgestellt. Sie erwog hinsichtlich einer Gläubigermehrheit, dass aus dem Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes vom 12. Februar 2019 hervorgehe, dass zwei ehemalige Arbeitnehmer gegen die Beschwerdegegnerin 1 Forderungen aus Arbeitsrecht geltend gemacht und hierzu vor Konkurseröffnung ein Schlichtungsverfahren eingeleitet hätten. Verzichteten die Gläubiger trotz konkreter Hinweise auf gewisse Ansprüche im Konkursinventar auf die Bezahlung des Kostenvorschusses, verzichteten sie auch darauf, dass der Konkurs durchgeführt und die nötigen Abklärungen zu diesen Ansprüchen vorgenommen würden. Es sei gerechtfertigt, dass die Gläubiger in Bezug auf diese Ansprüche wie wissende Gläubiger zu behandeln seien und sie sich nicht darauf berufen könnten, sie hätten die Einzelheiten der Ansprüche nicht gekannt.

4.3. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zusammengefasst vor, dass das Konkursverfahren vorliegend bereits einen Monat nach Konkurseröffnung eingestellt worden sei. Es wurde weder ein summarisches noch ein ordentliches Konkursverfahren begonnen und es fand auch keine Gläubigerversammlung statt. Mit Verweis auf LORANDI, a.a.O., S. 60, bringt sie vor, die Gläubiger seien erst gar nicht in das Verfahren einbezogen worden, weshalb ihnen weder Wissen noch Wissenmüssen entgegengehalten werden könne. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, mit dem Abstellen auf ein Wissenmüssen der Gläubiger überspitzte Anforderungen an die Voraussetzungen der Wiedereröffnung zu stellen.

4.4.

4.4.1. Gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkurses, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken (vgl. Art. 39 KOV). Voraussetzung für die Einstellung ist das Ergebnis der Inventarisierung (Art. 221 SchKG) der bekannten Vermögenswerte des Schuldners, welche ergibt, dass sie nicht zur Deckung ausreichen, oder, selbst wenn sie ausreichen würden, dem Schuldner als Kompetenzstücke überlassen oder von Dritten beansprucht werden (BGE 141 III 590 E. 3.1, mit Hinweisen). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Nachkonkurs verfügt das Konkursamt auch in einem frühen Stadium des Verfahrens über die beste Übersicht über die Verhältnisse des Konkursiten und nimmt als Ausführungsorgan eine starke Stellung ein (vgl. BGE 116 III 96 E. 4b, mit Hinweisen; 117 III 67 E. 2b). Es beantragt dem Konkursgericht unter Beilage des Inventars mit den geschätzten Vermögenswerten die Einstellung des Konkurses (VOUILLOZ, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 2 zu Art. 230). Das Konkursgericht hat zu überprüfen, ob der Antrag des Konkursamtes auf Abklärungen beruht, welche genügend ernsthaft, tief und vollständig sind, um die Einstellung mangels Aktiven zu begründen (BGE 141 III 590 E. 3.3, mit Hinweisen).

4.4.2. Hinsichtlich Wissensstand der Gläubiger ist im Gegensatz zur Rechtsprechung zum Nachkonkurs zu beachten, dass abhängig vom Zeitpunkt der Einstellung des Konkurses keine Aufforderung an die Gläubiger zur Forderungseingabe und keine Prüfung ihrer Forderungen erfolgt (vgl. BGE 87 III 72 E. 3; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N. 4 zu Art. 269 SchKG; STOCKER, a.a.O., S. 175). Im Unterschied zum Nachkonkurs besteht mangels rechtskräftigem Kollokationsplan in einem solchen Fall gerade keine sichere Grundlage zur Bestimmung einer Mehrheit von Gläubigern (vgl. BGE 116 III 96 E. 6b).

4.4.3. Die Vorinstanz hat vor diesem Hintergrund die Voraussetzung der Neuentdeckung zu Recht im Lichte von Art. 230 Abs. 2 SchKG ausgelegt: Die Verfügung der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist suspensiv bedingt. Die Bedingung besteht im Einverständnis sämtlicher Gläubiger, dass keiner innerhalb der zehntätigen Frist seit der Publikation beim Konkursamt das Durchführungsbegehren unter gleichzeitiger Leistung der publizierten Kautionssumme stellt (BGE 141 III 590 E. 3.4.1, mit Hinweisen). Ein solches Begehren findet seine Begründung namentlich darin, dass der betreffende Gläubiger sich einen vom Konkursamt als im Inventar aufgenommenen

bestrittenen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen möchte, Eigentumsansprüche Dritter für unbegründet hält und sie bestreiten will oder von einem Pfandgegenstand einen namhaften Übererlös erwartet (BGE 141 III 590 E. 3.4.1). Zum einen kann jeder Gläubiger die Entscheidung zur Leistung der Kautions gestützt auf besondere Kenntnisse zur Lage des Schuldners treffen (vgl. FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 45 Rz. 19). Zum anderen bietet die Frist von Art. 230 Abs. 2 SchKG jedem Gläubiger die Möglichkeit, sich beim Konkursamt ein Bild über die Lage des Schuldners zu machen. Dem Zweck

entsprechend dient auch einem Gläubiger das Konkursinventar als Grundlage für diesen Entscheid (vgl. BGE 93 III 4 E. 1; Urteil 5A 469/2011 vom 25. Oktober 2011 E. 4.2.1; hinsichtlich der Dauer der Frist, Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht vom 22. April 2015, Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern], S. 10).

4.4.4. Aus der Bedeutung des Konkursinventars für den Ablauf des Konkursverfahrens folgt, dass bei der Beurteilung der Neuentdeckung von Vermögenswerten die Anhaltspunkte im Konkursinventar als Grundlage auch für den Kenntnisstand der Gläubiger nicht ausser Acht gelassen werden können. Ergeben sich aus dem Konkursinventar hinreichende Anhaltspunkte für den Bestand von Vermögenswerten, so kann ein Gläubiger sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, diese Anhaltspunkte habe er erst nachträglich entdeckt. Es mag zutreffen, dass die Gläubiger sich bei einer frühen Einstellung des Konkurses nicht in demselben Masse wie bei der Durchführung in das Konkursverfahren involvieren können. Dennoch bezweckt Art. 230 Abs. 2 SchKG, dass die Gläubiger durch die Publikation angesprochen werden und eine Fortsetzung des Verfahrens bewirken können. Aus dem fehlenden Einbezug abzuleiten, den Gläubigern könne die fehlende Kenntnis von Anhaltspunkten auf solche Vermögenswerte im Inventar nicht entgegengehalten werden, hätte zur Folge, dass ein Gläubiger jederzeit die Wiedereröffnung des Konkurses verlangen könnte, ohne den Inhalt des Inventars glaubhaft mit dem Gegenteil zu entkräften oder sonst neue Erkenntnisse glaubhaft zu machen. Die

Beschwerdeführerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass keine strengen Anforderungen an die Neuentdeckung von Vermögenswerten zu stellen sind - einen voraussetzungslosen Anspruch auf Wiedereröffnung des Konkurses einzig gestützt auf den Wissensstand einer unbestimmten Mehrheit von Gläubigern bzw. den Behauptungen eines Gläubigers und entgegen den Anhaltspunkten im Konkursinventar lässt sich nicht mit Art. 230 Abs. 2 SchKG vereinbaren.

4.5. Der Vorinstanz kann im Ergebnis keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden, wenn sie hinsichtlich des Wissensstandes der Gläubiger als Voraussetzung für die Neuentdeckung von Vermögenswerten auf die Anhaltspunkte im Konkursinventar abstellte.

5.

Es bleibt die Frage zu klären, ob im vorliegenden Fall dem Konkursinventar hinreichende Anhaltspunkte für den Bestand des Aktivums im Zeitpunkt der Einstellung des Konkurses zu entnehmen waren.

5.1. Die Vorinstanz hat gestützt auf das Konkursinventar vom 5. März 2019 bejaht, dass sich hinreichende Hinweise auf den Bestand der nachträglich von der Beschwerdeführerin eingeführten Verantwortlichkeitsansprüchen ergeben würden. Im Konkursinventar seien namentlich die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber allen mit der Verwaltung und Geschäftsführung beauftragten Personen aufgenommen worden sind. Letztere Ansprüche sind als " pro memoria "-Posten aufgeführt und mit Fr. 0.- beziffert worden. Im Ergebnis gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die nachträgliche Entdeckung dieser Vermögenswerte nicht glaubhaft gemacht sei.

5.2. Die Beschwerdeführerin rügt diese Würdigung als willkürlich. Gestützt auf einen pro memoria - Eintrag mit Angabe eines Wertes von Fr. 0.- und mit unbestimmtem Forderungsgrund könne nicht auf eine Kenntnis oder Kennenmüssen des Vermögenswerts geschlossen werden. Der Ausdruck " pro memoria ", "in unbestimmter Höhe" sowie der Wert von Fr. 0.- zeigten gerade, dass das Konkursamt keine konkrete Kenntnis von den behaupteten Verantwortlichkeitsansprüchen gehabt habe. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz hätten die Gläubiger selbst bei Akteneinsicht lediglich Hinweise auf die Verantwortlichkeitsansprüche gefunden. Die Vorinstanz habe selbst festgestellt, dass noch notwendige Abklärungen zu diesen Hinweisen notwendig gewesen seien. Es sei krass widersprüchlich, vor diesem Hintergrund von hinreichenden Anhaltspunkten auszugehen.

5.3. Mit diesen Vorbringen zeigt die Beschwerdeführerin zwar auf, inwiefern die Sachlage aus ihrer Sicht die gegenteilige Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheinen lässt. Willkür begründet dies indes nicht (BGE 144 I 113 E. 7.1; 142 II 369 E. 4.3, mit Hinweisen). Die

Beschwerdeführerin spricht dem pro memoria -Eintrag im Konkursinventar jegliche Relevanz mit dem Argument ab, solche Einträge würden standardmässig in jedes Konkursinventar aufgenommen. Konkrete Anhaltspunkte, dass das Konkursamt im vorliegenden Fall die Verantwortlichkeitsansprüche einzig pro forma aufgenommen haben soll und die Vorinstanz dies unter Berücksichtigung der Beweiskraft des Inventars gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 9 ZGB offensichtlich unhaltbar übersehen haben soll, liefert die Beschwerdeführerin indes nicht. Auch aus dem Umstand, dass im Inventar der Anspruch mit einem Wert von Franken Null aufgeführt wurde, lässt die Würdigung der Vorinstanz nicht als offensichtlich unhaltbar erscheinen. Der Zusatz "in unbestimmter Höhe" kann willkürfrei auch damit begründet werden, dass die Höhe des mittelbaren Schadens der Gläubiger bzw. der Gläubigergesamtheit erst mit dem rechtskräftigen Kollokationsplan beziffert werden kann (vgl. BGE

146 III 411 E. 2.1). Auch aus dem Umstand, dass die (potenziellen) Schuldner der Verantwortlichkeitsansprüche sowie die Rechtsgrundlagen in einem Sammeleintrag zusammengefasst wurden, lassen den angefochtenen Entscheid nicht als willkürlich erscheinen.

5.4. Der Vorinstanz kann keine Willkür vorgeworfen werden, wenn sie ohne Gegenbeweis der Beschwerdegegnerin den Eintrag der Verantwortlichkeitsansprüche im Konkursinventar als hinreichende Anhaltspunkte für den Bestand der (bestrittenen) Verantwortlichkeitsansprüche qualifizierte und eine Neuentdeckung als nicht glaubhaft im Ergebnis ablehnte.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 164 lit. d HRegV (in der bis zum 31. Dezember 2020 in Kraft gestandenen Fassung).

6.1. Die Beschwerdeführerin stützt sich dabei auf den Entscheid des Bundesgerichts zur Wiedereintragung der Beschwerdegegnerin 1 ins Handelsregister und den darin enthaltenen Ausführungen zum Zweck der Wiedereintragung (Urteil 4A 527/2020, a.a.O., E. 5.4.1). Würde die Wiedereröffnung des Konkurses nun rechtskräftig abgewiesen, wäre die Gesellschaft zwar wieder im Handelsregister eingetragen, der Zweck der Wiedereintragung würde jedoch entfallen. Die Geltendmachung von neu entdeckten Ansprüchen dürfe nicht bereits am Wiedereintragungs- oder Konkurswiedereröffnungsverfahren scheitern, da diese nur formelle Vorstufen darstellen würden. Indem die Vorinstanz die Wiedereröffnung des Konkurses abwies, obwohl die Voraussetzungen dafür erfüllt seien, verletzte sie auch Art. 164 aHRegV sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Wiedereintragung zum Zwecke der Wiedereröffnung des Konkurses.

6.2. Es ist zutreffend, dass das Bundesgericht in Urteil 4A 527/2020, a.a.O., E. 5.4.1, darauf verwies, dass mit der Wiedereintragung einer Gesellschaft mithin die Grundlage geschaffen wird, um die zur Durchsetzung des mittelbaren Gläubigerschadens notwendigen Schritte einzuleiten. Gleichzeitig hat es jedoch auch darauf hingewiesen, dass sich weder aus dem Wortlaut noch der Rechtsprechung zu Art. 164 HRegV entnehmen lasse, dass der die Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft rechtfertigende Anspruch neu zu sein braucht. Die Annahme der Beschwerdeführerin, der Entscheid über die Wiedereintragung der Gesellschaft präjudiziere mit dem Verweis auf deren Zweck auch den Entscheid über die Wiedereröffnung des Konkurses, ist aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen dieser beiden Verfahrensschritte unzutreffend. Diese Rüge ist unbegründet.

7.

Nach dem Gesagten ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden. Sie ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 5'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, dem Konkursamt Hottingen-Zürich, dem Betreibungsamt Zürich 7, dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich und dem Grundbuchamt Hottingen-Zürich, mitgeteilt.

Lausanne, 25. Mai 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Dürst