



Geschäft Nr. FB030064/U

Einzelrichter b.V.

Bezirksrichter lic. iur. Felix Ziltener

Juristische Sekretärin lic. iur. Franziska Kunz

Urteil vom 14. September 2004

in Sachen

M [REDACTED] **AG**, [REDACTED], [REDACTED],

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. P [REDACTED] S [REDACTED] und/oder Rechtsan-
walt lic. iur. A [REDACTED] B [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

[REDACTED]

gegen

C [REDACTED] **AG in Nachlassliquidation**, [REDACTED], [REDACTED],

Beklagte

vertreten durch den Liquidator Rechtsanwalt Dr. iur. F [REDACTED] L [REDACTED] und Rechts-
anwalt lic. iur. D [REDACTED] H [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

betreffend **Kollokation (Ungesicherte Forderungen beim Nachlassvertrag)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es seien im Nachlassverfahren mit vollständiger Vermögensabtretung über die Beklagte die von der Klägerin angemeldeten Forderungen von CHF 2'475'000.00, der Zins zu 7.5% per 19. Dezember 2001 in der Höhe von CHF 124'265.65, der Zins zu 5% seit 30. Juli 2001 in der Höhe von CHF 58'093.75, sowie die Bearbeitungskommission gemäss Ziff. 6 der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 in der Höhe von CHF 2'152.00, insgesamt CHF 2'659'511.40, vollumfänglich in der 3. Klasse zu kollozieren;

und es sei der Kollokationsplan Ord.-Nr. [REDACTED] entsprechend abzuändern;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter erwägt:

I.

(Parteien)

Die Klägerin ist eine Beteiligungsgesellschaft mit Sitz in Zug, welche Unternehmen direkt oder indirekt durch Kapitalbeteiligung oder sonstige Instrumente ("vorab durch Eigenkapital oder eigenkapitalähnliche Finanzierungsformen") finanziert (act. 1 S. 3 und act. 3/3). Sie war Aktionärin der Beklagten und gewährte dieser im Frühjahr 2001 ein Darlehen im Betrag von Fr. 2'475'000.--. Die Beklagte – Nachlassmasse einer Telekommunikationsgesellschaft – geriet im November 2001 im Gefolge eines für sie nachteiligen Bundesgerichtsentscheides in einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der Swisscom zunächst in provisorische, am 15. Februar 2002 sodann in definitive Nachlassstundung, die mit Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung am 20. August 2002 endete.

II.

(Prozessgeschichte)

Mit Eingabe vom 4. September 2003, beim Gericht eingegangen am folgenden Tag, machte die Klägerin das oben wiedergegebene Rechtsbegehren beim Gericht anhängig (act. 1). Am 19. September 2003 verzichtete der Rechtsvertreter der Klägerin telefonisch auf eine Ergänzung seiner schriftlichen Klagebegründung für den Fall der Anordnung des schriftlichen Verfahrens (act. 6). Gleichentags wurde das Schriftverfahren angeordnet und Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 7). Die Klageantwort ging am 28. Oktober 2003 innert verlängerter Frist ein (act. 12). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2003 wurde Frist angesetzt für die Replikschrift (act. 16), welche am 2. Dezember 2003 fristgemäss einging (act. 22). Die Fristansetzung zur Erstattung der Dupliktschrift erfolgte gleichentags (act. 24), worauf diese am 27. Januar 2004 einging (act. 30). Eine Triplik ging auf Verfügung vom 11. Februar 2004 hin am 16. März 2004 beim Gericht ein (act. 33; act. 38). Die Beklagte reichte dem Gericht am 8. Juni 2004 eine Noveneingabe ein (act. 41). Am 22. Juni 2004 verlief eine Vergleichsverhandlung ergebnislos (Prot. S. 7). Mit Verfügung vom 23. Juni 2004 schliesslich wurde der Klägerin Gelegenheit gegeben, zu den eingereichten Aktenstücken eine Stellungnahme einzureichen (act. 45). Diese Stellungnahme ging am 10. September 2004 beim Gericht ein (act. 50).

Der Prozess erweist sich – wie sich aus der nachfolgenden Begründung ergibt – als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO). Dabei kann offengelassen werden, ob die Noveneingabe der Beklagten vom 7. Juni 2004 zuzulassen wäre (was die Klägerin bestreitet; act. 50), geht doch der Prozess auch ohne deren Berücksichtigung zu deren Gunsten aus.

III.

(Örtliche und sachliche Zuständigkeit; Rechtsschutzinteresse)

1. Da es um die Kollokation einer Forderung im Nachlassliquidationsverfahren einer Gesellschaft im Bezirk Dietikon geht, für welchen noch immer das Bezirksgericht Zürich zuständig ist, sind sowohl örtliche als auch sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich gegeben (Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG; Art. 321 Abs. 2 i.V. mit Art. 250 Abs. 1 und 3 SchKG sowie § 22 Abs. 1 Ziff. 7 GVG).

2. Nach übereinstimmender Darstellung ist mit einer Nachlassdividende für Drittklassforderungen in der Höhe von 34 % zu rechnen, so dass der Streitwert rund Fr. 904'234.-- beträgt (act. 12 S. 3, unbestritten in act. 22).

IV.

(Materielles)

A. Allgemeines

1. Die Parteien streiten sich darum, ob das klägerische Darlehen – dessen Umfang nicht umstritten ist – rangrücktrittsbelastet sei oder nicht.

2. Die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen Darlehen und darlehensähnliche Zuwendungen Dritter – welche der notleidenden Gesellschaft namentlich als Alleinaktionäre nahestehen – im Falle des Konkurses in Eigenkapital oder gegebenenfalls in anderer Art und Weise umzuqualifizieren seien, wird – soweit sich Rechtsprechung und Lehre überhaupt mit der Frage auseinandergesetzt haben – nicht vollkommen einheitlich beantwortet.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in einem nicht (selber) veröffentlichten Entscheid (vgl. SZW 65 [1993] S. 299) mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Es hat sich dafür ausgesprochen, solche Darlehen jeweils dann umzuqualifizieren, wenn aufgrund von Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt der Darlehenshingabe davon auszugehen sei, dass aussenstehende Dritte – namentlich Kreditinstitute – der Gesellschaft im Zuwendungszeitpunkt keine Kredite mehr gewährt hätten (sog. Drittmannstest) oder das Darlehen ohnehin bereits im Zeitpunkt der Überschuldung gewährt worden sei, wo grundsätzlich nur noch Kapitalanlagen sanierende Wirkung gezeitigt hätten (sog. Sanierungstest). Eine Umqualifizierung rechtfertige sich aufgrund der Tatsache, dass durch die geleisteten Zuwendungen einer an sich nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft zunächst die Weiterexistenz und Teilnahme am Wirtschaftsleben ermöglicht werde, wodurch die Gefahr der Eingehung neuer Verpflichtungen und damit die zusätzliche Schädigung der Gläubiger heraufbeschworen werde, gleichzeitig aber auch versucht werde, mittels Kollokation der Zuwendungen das eingegangene Risiko zu minimieren. Solches Verhalten sei widersprüchlich und deshalb als rechtsmissbräuchlich zu werten. Es erscheine deshalb als sachgerecht, den Darlehensgeber nach Treu und Glauben auf dem für Dritte erweckten Rechtsschein zu behaften, dass er mit seiner Zuwendung eine Einlage ins Eigenkapital beabsichtigt habe.

3. Das Obergericht folgt in seinen Überlegungen in grossen Zügen der Auffassung von von Greyerz (von Greyerz, Kapitalersetzende Darlehen, in: FS F. Vischer, Zürich 1983, S. 547). Dieser Autor entlehnt seine relativ weit reichenden Folgerungen der deutschen Gesetzgebung und Doktrin und rechtfertigt sie mit der Überlegung, dass aufgrund des im Handelsrecht besonders bedeutsamen Rechtsscheinprinzips derjenige, welcher künstlich den Anschein einer liquiden und rentablen Unternehmung schafft, sich auf dem dadurch erzeugten Anschein behaften lassen muss (von Greyerz, a.a.O., S. 555 f.). Der obergerichtliche Entscheid und die darauf fussende Begründung haben im handelsrechtlichen Schrifttum aufgrund vertrauenstheoretischer Überlegungen zum Schutze der Gläubiger im Ansatz mehrheitlich Zustimmung gefunden (vgl. Vogel, Kapitalersetzende "Sanierungs" – Darlehen im Konzern, SZW 65 (1993) S. 299 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 13, N 779 f., S. 1687 f.; vgl. auch Forstmo-

ser/Meier-Hayoz/ Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 344 Anm. 80; ablehnend indes OR-Neuhaus, Art. 663a N 13). Abweichend werden freilich teilweise die Rechtsfolgen der sogenannten Umqualifizierung beurteilt: Geäussert wird auch die Auffassung, dass die Gewährung solcher Darlehen nicht als Einlage ins Eigenkapital zu qualifizieren ist, sondern in ihnen vielmehr die Gewährung konkludenter Rangrücktritte zu erblicken sei. Damit werde den ins Spiel gebrachten Wertungen in befriedigender Weise Rechnung getragen, indem der Zuwendende rangmässig erst nach den Kurrentgläubigern befriedigt werde; andererseits stellten sich nicht die im Zusammenhang mit der Umqualifizierung in Eigenkapital auftauchenden schwierigen Fragen (Vogel, a.a.O.; Böckli, a.a.O.).

4. Eines der Fundamente des Aktienrechts ist das Korrelat zwischen Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen einerseits und Eigenkapitalschutz andererseits. Die Aktionäre stellen Risikokapital als Haftungssubstrat bei der Gründung zur Verfügung, die Gesellschaftsorgane sind danach für die Erhaltung dieses Substrates zuständig und verantwortlich. Ist der Risikopuffer Aktienkapital zufolge Realisierung des Risikos aufgebraucht, so sind die Gesellschaftsinhaber gehalten, die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Gesellschaft zu liquidieren bzw. durch das Konkursamt liquidieren zu lassen oder aber der Gesellschaft neues Risikokapital als Grundlage für eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen (Vogel, a.a.O., S. 300).

5. Wie weiter oben dargestellt, handelt es sich bei der Umqualifizierung in Eigenkapital um eine "Vertrauenshaftung", indem das Vertrauen der Gläubiger darauf, dass die Tätigkeit einer juristischen Person respektive ihre gesamten Aktiven, mit denen sie ihre normalerweise gewinnstrebige Tätigkeit ausübt, in genügendem Masse mit Eigenkapital unterlegt sei. Das Institut der Vertrauenshaftung findet sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Frage, ob ein Konzern für Forderungen seiner Tochtergesellschaft hafte. Das Bundesgericht hat es in seinen diesbezüglichen Entscheiden (124 III 297 und 120 II 331) abgelehnt, die Haftung auf Art. 111 OR zu stützen. Vielmehr hat es die Konzernhaftung auf eine Verallgemeinerung der Grundsätze über culpa in contrahendo gestützt. Demgegenüber hat von der Crone mit überzeugender Begründung aufgezeigt,

dass Vertrauenshaftung und Vertragshaftung diverse Gemeinsamkeiten aufweisen und das Bundesgericht nicht auf die Frage eingegangen ist, ob die Erklärung der Mutter nach dem Vertrauensprinzip nicht als Antrag zum Abschluss eines inhaltlich limitierten Vertrages habe verstanden werden dürfen (Hans Caspar von der Crone, SZW/RSDA 2/2001 S. 59).

6. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht (BGE 4C.230/2003 nachfolgendes Zitat gemäss Internetpublikation; inzwischen publiziert als BGE 130 III 245) das Institut der Vertrauenshaftung wiederum angewendet für die Frage, ob ein Gutachten auch eine Haftung auslösen könne nicht nur gegenüber dem Auftraggeber des Gutachtens, sondern darüber hinaus gegenüber weiteren Personen, welche auf die Aussagen dieses Gutachtens vertraut hätten. Es hat dabei als Voraussetzung eine "Sonderverbindung" zwischen Schädiger und Geschädigtem gefordert. Konkret seien die Überlegungen des Bundesgerichts – da sie sehr grundsätzlicher Natur sind – nachfolgend zitiert (Grundsätze hier mit grosser Schrift zitiert):

"Die kantonalen Gerichte schützten die Klage indessen auf Grund der in jüngster Zeit vom Bundesgericht als eigenständige Haftungsgrundlage anerkannten Rechtsfigur der Vertrauenshaftung. Die Haftung aus erwecktem Vertrauen, welche als Oberbegriff jene aus culpa in contrahendo und die weiteren interessenmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen umfasst (Baumann, Zürcher Kommentar, N 108 und 123 zu Art. 2 ZGB; Kramer, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 151), ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Es handelt sich dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken (BGE 124 III 297 E. 6a S. 304; 121 III 350 E. 6c S. 355; 120 II 331 E. 5a S. 336; Urteile des Bundesgerichts 4C.299/1998 vom 7. Januar 1999, E. 4a, publ. in: SJ 2000 I S. 537 f.; 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, publ. in: SJ 2000 I S. 554 f.; Kramer, a.a.O., N 150; Bucher, Basler Kommentar, 3. Auflage, N 69a ff. zu Art. 1 OR). Trifft der Geschädigte sich als nachteilig erweisende Dispositionen, hat der Schädiger für den Schaden einzustehen, sofern und soweit die nicht verwirklichte Erwartung dafür adäquat kausal war.

Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine sogenannte "rechtliche Sonderverbindung" zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen (BGE 120 II 331 E. 5a S. 336). Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist (BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, publ. in: SJ 2000 I S. 554 f.; Kramer, a.a.O., N 141; Hans Peter Walter, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 120/2001 I S. 97), schafft dagegen keine derartige Sonderverbindung. ...Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist demnach nicht unabdingbar. Es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten. Eine derartige Konstellation lag BGE 120 II 331 E. 5a S. 337 zugrunde, wo hervorgehoben wurde, dass sich die Haftung aus Konzernvertrauen, wenn sich dieses aus bestimmten Aussagen der Muttergesellschaft ergibt, mit der Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft berührt. Daraus folgt, dass unter denselben Voraussetzungen auch ein Experte, dessen Auftrag im Wesentlichen stets darin besteht, bestimmte Fragen aus seinem Fachbereich zu beantworten, bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden kann. Die Analogie zur culpa in contrahendo-Haftung lässt sich herstellen durch Anknüpfung an den intendierten Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber des Experten, auf den die Expertise Einfluss zu nehmen bestimmt ist. Der Experte, der ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird, tritt jedenfalls dann in mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem - wirklichen oder vertrauensrechtlich zurechenbaren - Einverständnis erfolgt (Claus-Wilhelm Canaris, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 163/1999, S. 224 ff.). Dabei spielt keine Rolle, ob der Experte den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt oder nicht, denn das Haftungsrisiko richtet sich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszwecks (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.202/2002 vom 30. Oktober 2002, E. 4.1; Canaris, a.a.O., S. 235; ihm folgend Alain Hirsch, La responsabilité de l'expert envers les tiers, in: Chappuis/Winiger, La responsabilité fondée sur la confiance, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, S. 83; Regula Fehlmann, Vertrauenshaftung - Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, Diss. St. Gallen 2002, S. 147 mit Hinweisen). Ob der Gutachter mit der Begebung seiner Expertise an den ihn belangenden Dritten rechnen musste, entscheidet sich nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen (Rainer Gonzenbach,

Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1987, S. 37; Ernst A. Kramer, Diskussionsbeitrag zum Thema "Vertrauenshaftung" in: Chappuis/Winiger, a.a.O., S. 190). Diese bestimmen auch über die Intensität der Sonderverbindung, nach welcher sich wiederum der Umfang der Haftung richtet (Eugen Bucher, Was man aus einem Fall von "Putativ-Vertrauenshaftung" lernen kann, in: recht 2001, S. 79; Walter, a.a.O., S. 97). So hat das Bundesgericht im Urteil 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a (publ. in: SJ 2000 I S. 554 f.) eine Sonderverbindung zwischen einem vom bauenden Grundeigentümer zur Baugrundabklärung und Begleitung der Aushubarbeiten beauftragten Geologen und den Eigentümern der durch die Bauarbeiten beschädigten Nachbarliegenschaft verneint. Zur Begründung führte es aus, weder sei festgestellt, dass eine persönliche Beziehung zwischen den Parteien stattgefunden habe noch dass der Beklagte den Klägern zugesichert habe, die Bautätigkeit werde ihr Eigentum nicht tangieren. Dispositionen der Kläger gestützt auf eine vom Beklagten geschaffene Vertrauensposition seien ebenfalls nicht auszumachen. Der Kontakt zwischen den Parteien sei ausschliesslich durch die als Folge von Bauarbeiten auf dem klägerischen Grundstück verursachten Schäden bedingt. Demgegenüber gelangte die Vorinstanz in Würdigung der Umstände im vorliegenden Fall zum Ergebnis, für den Beklagten sei die Weitergabe seines Schätzungsberichts an potenzielle Käufer voraussehbar gewesen. Ob sie dabei Bundesrecht verletzt, ist nachstehend zu prüfen.

7. Ganz allgemein hatte das Bundesgericht bereits in früheren Entscheiden verschiedentlich ausgeführt: "Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung voraus. Die Beteiligten stehen – ausserhalb einer vertraglichen Bindung – rechtlich in besonderer Nähe zueinander, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Schutzwürdiges Vertrauen setzt zudem ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken. Trifft der Geschädigte sich als nachteilig erweisende Dispositionen, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen (BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327).

8. Prüft man nun die Umqualifizierung von Darlehen, sei es in risikotragendes Eigenkapital oder die Qualifizierung als rangrücktrittsbelastet, so kann keinem Zweifel unterliegen, dass zwischen Aktionär und Gläubigern einer Gesellschaft grundsätzlich eine Sonderverbindung besteht. Wobei wohl auch Einigkeit darüber besteht, dass die Aktionärseigenschaft zusätzlich qualifiziert sein muss (dabei ist

wiederum strittig, ob nur ein "Hauptaktionär" entsprechendes Vertrauen begründen kann oder ob beherrschende oder einflussreiche Stellung genügt; dazu unten). Festzuhalten ist aber, dass nach der Meinung des erkennenden Einzelrichters die rechtliche Inanspruchnahme von Darlehen als Eigenkapital oder zumindest als rücktrittsbelastet als ein Anwendungsfall der vom Bundesgericht viel allgemeiner formulierten Vertrauenshaftungsgrundsätze zu sehen ist.

B. Konkretisierung

1. Sachverhalt

a) Zur Finanzierung des Kaufs einer WLL-Lizenz (Wireless Local Loop; drahtlose lokale Schleife) von der C █████ AG durch die Beklagte sollte deren Eigenkapital von Fr. 370'000.-- um Fr. 30'000.-- auf neu Fr. 400'000.-- erhöht werden. Der Preis der 3'000 neuen Namenaktien mit einem Nennwert von Fr. 10.-- wurde dabei auf Fr. 1'000.-- festgesetzt. Mit anderen Worten sollte der Beklagten damit faktisch Eigenkapital von Fr. 3 Mio. zufließen. Bis zum Vollzug dieser Kapitalerhöhung überbrückten die Klägerin und der Parallelkläger Z █████, beide Aktionäre der Beklagten, mit einem Darlehen die unmittelbar benötigte Liquidität für den Kauf der WLL-Lizenzen (act. 1 S. 5).

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die UBS AG der Beklagten einen Überbrückungskredit von Fr. 3 Mio. gewährt hätte (act. 1 S. 12; act. 12 S. 11). Das Darlehen der Klägerin wäre durch Aktienzertifikate der Beklagten sichergestellt worden und bei Vertragsverletzung sofort kündbar gewesen. Der Zinsfuss habe 7,5 % betragen. Die Darlehensgeber beabsichtigten, das Darlehen nach Eintragung der Klägerin als Eigentümerin der neu eingetragenen Aktien durch Verrechnung mit dem Agio zu wandeln. Gemäss Ziffer 9 (Verzugs-Klausel) der Vereinbarung sei die Klägerin berechtigt gewesen, im Falle einer Verletzung der Bestimmung der Vereinbarung und insbesondere im Falle des Verzuges der Aktienkapitalerhöhung vom 30. Juni 2001, ihr Darlehen inklusive aufgelaufener Zinsen bis zum Tag der Zahlung fällig zu stellen (act. 1 S. 5 f.). Ausserdem sei die

Klägerin gemäss Ziffer 11 (Material Adverse Change-Klausel) der Vereinbarung berechtigt gewesen, das gesamte Darlehen inklusive aufgelaufener Zinsen zur sofortigen Rückzahlung fällig zu erklären, sofern sich die Vermögens- und/oder Ertragslage der C [REDACTED] erheblich verschlechtern oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintreten würde (act. 1 S. 6).

Dies habe sie denn auch am 15. November 2004 getan, einen Tag, nachdem die Klägerin erstmals Kenntnis davon erhalten habe, dass sich die finanzielle Lage der Beklagten inzwischen erheblich verschlechtert hatte. Die Rückzahlungsforderung sei jedoch bis auf Widerruf durch die Klägerin gestundet worden (act. 1 S. 6).

Dem setzt die Beklagte entgegen, der Vertrag zwischen den Parteien habe gemäss Ziffern 5 und 8 die Liberierung des Aktienkapitals durch Verrechnung mit dem Darlehen vorgesehen (act. 12 S. 5). Ihre Sicht, es habe bereits mit der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 zwischen den Parteien der wirkliche Wille Eigenkapitalzuschuss in Form einstweilen von Darlehen bestanden, stützt die Beklagte auf die vertragliche Terminologie, welche den Kläger "Zeichner" nennt und von der Bereitstellung von Mitteln zur Finanzierung des WLL-Lizenz-Kaufs "in Form eines Darlehens" spricht, weil eben die Dringlichkeit ein Abwarten bis zum Vollzug der Erhöhung des Aktienkapitals nicht erlaubt habe. Auch die Zustimmung der durch den Aktionärsbindungsvertrag gebundenen Aktionäre bringe zum Ausdruck, dass der formelle Vollzug der Aktienkapitalerhöhung lediglich noch eine Formalität gewesen sei. Einzig wegen des Nachlassverfahrens sei es nicht mehr dazu gekommen (act. 12 S. 5). Bereits in der Verwaltungsratssitzung vom 9. April 2001 sei im Beisein des Vertreters der Klägerin die Finanzierung des WLL-Kaufs mittels Hingabe von Fr. 2,5 Mio. durch die Klägerin gegen 2'500 Aktien à Fr. 1'000.-- besprochen worden und damit eine noch stärkere Beteiligung als die bisherigen 13 % (act. 12 S. 7). Am 1. Mai 2001 sei die entsprechende Aktienkapitalerhöhung beschlossen worden. Darüber hinaus habe man festgehalten, dass für den Ausbau des WLL-Netzes dringend ein Einschuss von Fr. 20 Mio. als Eigenkapital benötigt werde, welches von der Klägerin hätte erbracht werden sollen (act. 12 S. 7). Am 7. Mai 2001 sei ein kurzfristiger Liquiditätsengpass von Fr. 2 bis 3 Mio. diskutiert und dessen Behebung durch einen (weiteren) "Kapitalzuschub" von Fr. 3 Mio.

mit Zustimmung der Klägerin beschlossen worden (act. 12 S. 7). Mit öffentlicher Urkunde vom 19. Oktober 2003 (recte 2001) sei das Aktienkapital im Umfang von minimal Fr. 30'000.-- und maximal Fr. 190'000.-- erhöht worden bei einem Preis von Fr. 1'000.-- pro Aktie à Fr. 10.--. Dabei sei das Agio von Fr. 990.-- pro Aktie mittels Verrechnung gemäss Vereinbarung vom 1. Mai 2001 und in Bezug auf den Nennwert von Fr. 10.-- je neue Aktie eine Liberierung in Geld erfolgt (act. 12 S. 8). Die Klägerin habe erst mit Schreiben vom 15. November 2001 "unter Bezugnahme auf die bedrohliche Entwicklung der geschäftlichen Situation" den Vertrag gekündigt, die Rücktritts- (recte wohl Rückzahlungs-) pflicht der Beklagten jedoch bis auf weiteres gestundet (act. 12 S. 9).

2. Bundesrätlicher Verzicht im Rahmen der laufenden GmbH-Revision

Die Klägerin argumentiert mit dem Verzicht des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 auf eine Regelung im Rahmen der GmbH-Revision (act. 22 S. 13). Dieser Verzicht wird mit dem Vernehmlassungsergebnis und dem materiellen Argument begründet, eine solche Regelung könnte die Sanierung von Gesellschaften erschweren, ebenso mit dem Hinweis auf zahlreiche Schwierigkeiten bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften in Deutschland.

Dem ist entgegenzuhalten, dass einerseits die GmbH-Revision noch nicht abgeschlossen ist und andererseits zudem die Expertenkommission in ihrem Bericht ausführte, die von ihr vorgeschlagene Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen dürfe nicht so verstanden werden, als ob ein Durchgriff, wie er schon unter bestehendem Recht in bestimmten Fällen möglich ist, nicht mehr denkbar sein sollte.

Wie oben dargestellt ist die Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen im Konkurs im Rahmen der bundesgerichtlichen Vertrauenshaftung zu sehen. Der bundesrätliche Verzicht einer Regelung im Rahmen der GmbH-Revision ändert von daher nichts an der Umqualifizierung bzw. Rückstufung des eigenkapitalersetzenden Darlehens. Die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt bekanntlich keine konkrete gesetzliche Regelung voraus, sondern die Bestimmung "der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz" ist – wenn auch

mit gebotener Zurückhaltung – ohne weitere gesetzliche Konkretisierung anwendbar. Dies, nämlich die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zum Durchgriffstatbestand auch ohne gesetzliche Regelung, hielt denn auch die Expertenkommission ausdrücklich fest. Der bundesrätliche Entwurf vom 19. Dezember 2001 statuiert sodann ausdrücklich, "der Verzicht auf eine zivilrechtliche Regelung berührt die bisherige Praxis der Steuerbehörden zu eigenkapitalersetzenden Darlehen nicht". Im Übrigen steht (aufgrund der Kritik Böcklis) keineswegs fest, wie die GmbH-Revision ausgehen wird (Böckli, a.a.O., § 13 N 785).

Zu fragen ist somit, ob die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung vorliegend gegeben sind.

3. Daneben ist im Auge zu behalten, dass die Beklagte sich auf Art. 18 OR bezieht, wonach bei der Auslegung von Verträgen eine Simulation insofern unbeachtlich ist, als bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (act. 12 S. 4). Vorliegend ist zwar eher nicht von Simulation auszugehen. Vielmehr war die Schaffung von zusätzlichem Eigenkapital in zwei Phasen geplant, indem zunächst ein Darlehen geleistet wurde, welches nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien in der Folge in Eigenkapital umgewandelt werden sollte. Sollte sich der klägerische Einwand, aufgrund der Möglichkeit des Rückzugs des Darlehens und der Tatsache, dass der Vollzug Aktienkapitalerhöhung bis zur Nachlassstundung nicht stattgefunden habe, könne dieses nicht umgedeutet werden, als rechtlich nicht haltbar erweisen, so spielt eigentlich die Rechtsprechung zum risikotragenden Eigenkapital gar keine Rolle mehr.

Käme man nämlich zum Schluss, schon der tatsächliche oder der hypothetische, nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte objektive Wille der Parteien habe auf Schaffung von Eigenkapital gelaftet, so würde das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung gar keine Rolle mehr spielen. Tatsächlich war es die Meinung der Parteien – und insofern ist die Konstellation speziell – dass die Klägerin Geld hingab, welches zunächst in der Form als Darlehen den WLL-Kauf finanzieren sollte.

Dass die Parteien dabei die Darlehensform wählten, ist nach den vorliegenden Verträgen einzig darauf zurückzuführen, dass der Vollzug der beabsichtigten Aktienkapitalerhöhung noch einige Zeit beanspruchte.

Nun wendet die Klägerin wie gesagt ein, sie habe noch immer das Darlehen kündigen, sich dieses auszahlen lassen und damit die Wandelung in Aktienkapital verhindern können (act. 1 S. 4 ff.). Diese Rechtsauffassung der Klägerin trifft nur beschränkt zu. Vielmehr "erklärte sie sich bereit, nach Feststellung des Vollzugs der Aktienkapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat von C [REDACTED] (Beklagte) und nach der Eintragung der [REDACTED] (Klägerin) als Aktionärin der ihr aus der Aktienkapitalerhöhung zustehenden 2'500 Namenaktien im Aktienbuch von C [REDACTED], den fälligen Darlehensbetrag gemäss Ziffer 2 mit dem C [REDACTED] aus der Aktienkapitalerhöhung geschuldeten Agio im Betrag von Fr. 2'475'000.-- zu verrechnen" (act. 3/6 S. 4). Ebenso erklärte sich die Klägerin "bereit, die neu auszugebenden Namenaktien (2'500 für gesamthaft Fr. 2'500'000) zu zeichnen und bar zu liberieren" (act. 3/6 S. 3). Dabei sollte die Kapitalerhöhung raschmöglichst, jedoch bis spätestens 30. Juni 2001 durchgeführt werden (act. 3/6 S. 3). Wenn die Klägerin aus der Wendung "erklärt sich bereit" ableitet, sie sei damit nicht verpflichtet worden, so kann ihr nicht gefolgt werden. Jemand, der sich bereit erklärt zu einem Vertrag, ist mit diesem Vertrag selbstverständlich verpflichtet. Damit handelt es sich aber auch nicht nur um ein Wandelungsrecht der Klägerin, sondern wie dargestellt um eine Wandelungspflicht. Somit stand es grundsätzlich nicht mehr im Belieben der Klägerin, sich das Darlehen zurückzahlen zu lassen und sich damit der Verrechnungsmöglichkeit im Rahmen der Liberierung bzw. der Bezahlung des Agios zu entziehen. Ebenso wenig kann der Klägerin gefolgt werden, wenn sie die Wendung "erklärt sich bereit" als bedingt interpretieren wollte (vgl. act. 22 S. 7 ff.). Eine Verpflichtung zur Liberierung von Aktienkapital durch die Klägerin indiziert denn auch die Verwendung des Begriffs "Zeichner" in der schriftlichen Version des Darlehensvertrages (act. 3/6). Auch die Klägerin selber führt in der Folge aus, das Darlehen sei umgehend gestützt auf die "Verzugs-Klausel" und die "Material Adverse Change-Klausel" am 15. November 2001 fristlos gekündigt worden (act. 1 S. 6; act. 22 S. 10; act. 3/8). Das ändert aber nichts daran, dass das bis auf Widerruf durch die Klägerin gestundete bzw. stehen gelassene Darlehen unter

den geschilderten Umständen als (zwar nicht formelles, aber) von den Parteien gewolltes funktionelles Eigenkapital anzusehen ist. Damit ist aber zumindest im vorliegenden Spezialfall auch von einem konkludenten Rangrücktritt auszugehen.

4. Frage der beherrschenden Stellung des das Darlehen gewährenden Aktionärs:

Ist aber nach dem Gesagten davon auszugehen, die Parteien hätten bereits mit der Darlehenshingabe funktionell Aktienkapital schaffen wollen, so spielt die vorgängige Stellung der Klägerin als Aktionärin an sich keine Rolle mehr. Lediglich für die Subsidiärbegründung im Rahmen der Vertrauenshaftung sei dieses Kriterium nachfolgend doch noch untersucht:

Unbestrittenermassen (act. 1 S. 4; act. 12 S. 5; act. 22 S. 5) hielt die Klägerin im Frühjahr 2001 vor der Gewährung des fraglichen Darlehens 13 % (bzw. genauer 13,57 %) der Aktien der Beklagten bei rund 80 weiteren Aktionären (der Parallelkläger 25 %, der CEO L [REDACTED] 23 % [act. 3/5]). Die Klägerin war sodann mit einem Sitz im Verwaltungsrat vertreten, ebenso war seit dem 12. Mai 2000 der Parallelkläger Verwaltungsrat, ab dem 7. Dezember 2001 war der Vertreter der Klägerin Koller Vizepräsident und der Parallelkläger gar Präsident des Verwaltungsrates (act. 12 S. 5; unbestritten act. 22. S. 11 ff.). Über den Verwaltungsrat war sie unbestrittenermassen über die finanziellen Verhältnisse der Beklagten informiert.

Der Grund dafür, dass weder die Klägerin noch der Parallelkläger damals aus der eingegangenen Verpflichtung zur Zeichnung von Aktienkapital aussteigen wollten, lag eben darin, dass die Zukunftsaussichten der C [REDACTED] im damaligen Zeitpunkt übereinstimmend noch als rosig angesehen wurden und von blossen Liquiditätsproblemen ausgegangen wurde. Dies änderte sich erst, als das Bundesgericht am 3. Oktober 2001 den grundsätzlichen Rechtsstreit mit der Swisscom zu Gunsten der Letzteren entschied. Zutreffend führt die Klägerin an, mit dieser Entscheidung habe nicht gerechnet (und von einer Verschuldung wegen entsprechender Rückstellung habe nicht ausgegangen) werden müssen, nachdem die Kommunikations-Kommission (Comcom) vorgängig dem Bundesgericht noch zugunsten der C [REDACTED] entschieden hatte (act. 22 S. 9).

"Alle übrigen, durch den Aktionärsbindungsvertrag vom 9. Mai 2000 gebundenen Aktionäre" erklärten "insbesondere mit Ziff. 8 Abs. 1 der Vereinbarung" (der Aktienkapitalerhöhung) ihr Einverständnis (act. 3/6 S. 9). Mit anderen Worten, die beherrschende Stellung sollte sich, da die bisherigen Hauptaktionäre zu einem weiteren Engagement entweder nicht in der Lage waren oder ein solches nicht wollten, in Richtung von Klägerin und Parallelkläger verlagern. Auch aufgrund dieser Tatsache müssen die Stellung sowohl der Klägerin als auch des Parallelklägers als genügend gewichtig taxiert werden, um die (subsidiäre) Umdeutung in ein rangrücktrittsbelastetes Darlehen zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung keine solche Voraussetzung der beherrschenden Stellung gefordert ist. Vielmehr ist die beherrschende Stellung im Spezialfall der Umdeutung von Darlehen zu risikotragendem Eigenkapital lediglich ein normatives Element, welches den Schutz des Vertrauens der Gläubiger rechtfertigt. Unter diesem Gesichtspunkt muss aber auch eine blosser Beteiligung von 10 % genügen in einem Fall, wo Investoren daran sind, ihre Beteiligung auszubauen wie vorliegend. Die Klägerin macht geltend, eine beherrschende Stellung oder ein massgeblicher Einfluss sei in der Regel nur anzunehmen, wenn die Beteiligung mindestens 20 % betrage (act. 1 S. 8). Dabei wäre sie ja immerhin mit der beabsichtigten zusätzlichen Beteiligung von 6,25 % (act. 22 S. 8) und den bisherigen 13,57 % auf eine solche von 19,82 % gekommen! Zusammen mit derjenigen des Parallelklägers Z [REDACTED] von 26,04% (act. 23/23 S. 2) hätte sich eine Gesamtbeteiligung von immerhin 45,86 % ergeben.

5. Drittmannstest

a) Auch wenn die Hürden für eine Anwendung der Vertrauenshaftung wie gesagt hoch anzusetzen sind, so erscheinen sie doch im vorliegenden Fall erfüllt. Wenn ein Aktionärsdarlehen nach Umfang, Ausgestaltung oder Zeitpunkt der Gewährung von einem unabhängigen Dritten – namentlich einem Kreditinstitut – der Gesellschaft im Zuwendungszeitpunkt keine Kredite mehr gewährt worden wäre (sog. Drittmannstest), so ist das Darlehen nach Meinung des Obergerichts des Kantons Zürich in risikotragendes Eigenkapital umzudeuten, bzw. nach der

etwas weniger strengen Lehrmeinung zumindest als im Rang zurückgesetzt zu kollozieren. Diese Bevorzugung der übrigen Gläubiger gegenüber dem Aktionärsdarleiher rechtfertigt sich darum, weil erstere nicht mit einer Verschleppung des Konkurses und einer entsprechenden Reduktion des Haftungssubstrates rechnen müssen, sondern darauf vertrauen dürfen, dass in dieser Situation – wo wie gesagt "normale" Gläubiger bzw. Kreditinstitute das Risiko als zu hoch einschätzen – das Einschliessen finanzieller Mittel durch den Aktionär risikotragend ist und dieser im Konkursfall nicht mehr mit ihnen als Gläubiger konkurriert. Vielfach wird nämlich in einem solchen Fall das Haftungssubstrat trotz des Einschliessens von Mitteln kleiner sein, weil sich die Situation durch den Aufschub und das Eingehen zusätzlicher Verpflichtungen in dieser Zeit erheblich verschlechtert.

b) Unbestrittenermassen lag von Seiten der UBS AG im April 2001 ein Kreditangebot vor, welches einen kurzfristigen Überbrückungskredit in Höhe von Fr. 3 Mio. gewährt hätte, welcher am 31. Juli 2001 ausgelaufen wäre (act. 12 S. 11). Während sich Betrag und Fälligkeit mit den Krediten der Klägerin und des Parallelklägers Z [REDACTED] gesamthaft decken, ist ein markanter Unterschied in der Sicherung des Kredites festzustellen. Die UBS AG hätte entweder die Verpfändung kuranter Wertschriften im Gesamtbetrag von Fr. 3,3 Mio. d. h. mit einer Sicherheitsmarge von 10 % verlangt oder eine Solidarbürgschaft der Klägerin zusammen mit Z [REDACTED] im selben Betrag (act. 3/19). Demgegenüber sah der Vertrag zwischen den Parteien in Ziffer 7 als Sicherstellung die Verpfändung von Aktien der Beklagten für ihre eigene Darlehensschuld vor (act. 3/6 S. 4). Diese Sicherheit wurde nie in Anspruch genommen. Die Beklagte führt zu Recht aus, im Sanierungsfall hätten die Aktien der Gesellschaft eben gerade keinen Wert mehr, so dass es sich dabei um eine pure Scheinsicherheit handle (act. 12 S. 11). Die Beklagte anerkennt, dass die Darlehen der Klägerin und des Parallelklägers ungesichert waren (act. 12 S. 12). Die Anfrage der Klägerin und des Parallelklägers auf Herabsetzung der Sicherheiten wies die UBS AG im April 2001 zurück (act. 12 S. 11; unbestritten in act. 22).

Die Klägerin wendet gegen diese Ausführungen der Beklagten ein, der Drittmannstest sei im Zusammenhang mit Sicherheiten von Aktionären untauglich

bzw. führe zu widersprüchlichen Ergebnissen: Bei vielen KMU's bestehe die kreditgebende Bank auf einer Solidarbürgschaft des Hauptaktionärs. Sofern an Stelle der Bank der Hauptaktionär selber seiner Gesellschaft den Kredit gewähre, werde er in aller Regel nicht in der Lage sein, eine entsprechende Sicherheit von einem Dritten zu erlangen. Der Hauptaktionär werde den Kredit dennoch auch ohne eine solche Sicherheit gewähren, weil für ihn das Ergebnis im Konkurs bzw. im Fall der Nachlassstundung der Gesellschaft genau das gleiche sei: Er trage den Ausfall. Es sei deshalb in einem solchen Falle verfehlt zu argumentieren, der Kredit des Hauptaktionärs bestehe den Drittmannstest nicht, weil keine Solidarbürgschaft eines Dritten existiere (act. 22 S. 18).

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Ist die Diskrepanz dermassen deutlich wie im vorliegenden Fall, dass nämlich das Kreditinstitut die Sicherung zu 110 % verlangt, während der durch den Aktionär gewährte Kredit faktisch ohne Sicherheit auskommen muss, so kann zweifelsfrei geschlossen werden, dass das Kreditinstitut unter den gegebenen Umständen (eben keine Sicherheit) auch keinen Kredit gewährt hätte. Damit ist im vorliegenden Fall der Drittmannstest als erfüllt anzusehen. Im Übrigen bestehen insbesondere bei einer Gesellschaft wie sie damals die Beklagte war, durchaus andere Alternativen als die von der Klägerin als quasi einzige Möglichkeit suggerierte. Insbesondere existieren Fälle, wo eine Solidarbürgschaft des Hauptaktionärs der Bank nichts bringt, weil diese nicht als werthaltig anzusehen ist. In solchen Fällen wird die Bank auf der Sicherung durch Liegenschaften oder anderen Aktivpositionen der Gesellschaft bestehen. Dass solche Möglichkeiten der Klägerin im vorliegenden Fall nicht zur Verfügung gestanden hätten, macht diese denn auch nicht geltend. Tatsache ist eben, dass ein Darlehen, welches nach dem Willen von Darlehensgeberin und Darlehensnehmerin möglichst bald, spätestens aber innert zweier Monate in Aktienkapital umgewandelt sein soll, keiner über den Wert der Aktien hinausgehenden Sicherung bedarf. Nachdem die Parteien den Wert der Aktien im Rahmen der Aktienkapitalerhöhung auf Fr. 1'000.-- und damit das Zehnfache des Nennwertes festgesetzt hatten (was – wie auch die Beklagte im Rahmen des Sanierungstestes zu Recht ausführt [vgl. act. 12 S. 12 ff.] – einen bestimmten Unternehmenswert impliziert, wobei immerhin bemerkenswert ist, dass die früheren Aktienkäufe im Jah-

re 2000 zu Preisen von Fr. 2'700.-- und Fr. 2'200.-- erfolgt waren [siehe act. 22 S. 4]). Auch diese Überlegungen legen es nahe, von einer übereinstimmenden Meinung der Parteien auszugehen, es habe bereits mit der Darlehenshingabe funktionelles Aktienkapital geschaffen werden sollen. Damit ist zumindest im Rahmen des Vertrauensschutzes der Drittmannstest als erfüllt anzusehen, sollte nicht von einem Vertrag zugunsten Dritter in Form des konkludenten Rangrücktritts ausgegangen werden können, wie es oben als Hauptargumentation dieses Urteils befürwortet wird.

c) Die Zinsfrage ist unter diesen Umständen nur noch sekundärer bzw. tertiärer Natur. Die Klägerin argumentiert, der von den Parteien vereinbarte Zins von 7,5 % sei damals marktüblich und die Höhe des Darlehens des Klägers sei nicht proportional zu seiner Beteiligung gewesen (act. 1 S. 9 und S. 12). Letzteres wurde bereits als unwesentlich abgehandelt. Ersteres deutet tatsächlich wiederum darauf hin, dass vorliegend nicht an Überschuldung gedacht wurde, sondern für die Beklagte lukrative Aussichten bestanden. Der hohe Zins kann allerdings auch eine Risikokomponente beinhalten und in diesem Fall weiteres Indiz dafür sein, dass es sich bei dem fraglichen Darlehen funktionell um Eigenkapital gehandelt hat. Wesentlich ist aber auch hier der Vergleich mit den Konditionen, welche allfällige Kreditinstitute gewährt hätten. Die Klägerin beschränkt sich in der Klagebegründung darauf, die 7,5 % als damals marktüblich zu bezeichnen (act. 1 S. 9 und S. 12). Auch die Beklagte nennt keinen Zinssatz für das Darlehen, welches die UBS AG angeboten hätte (act. 12 S. 11 f.).

Geht man aufgrund der Parteibehauptungen und als Hypothese zugunsten der Klägerin von der Marktüblichkeit des unbestrittenen Zinssatzes von 7,5 % aus, so erschöpft sich die Differenz zwischen den von der Klägerin bzw. dem Parallelkläger gewährten Darlehen und dem Darlehensangebot der UBS AG auf die Sicherheiten. Damit bleibt es beim Resultat, dass die UBS AG das Darlehen zu den Konditionen, welche die Klägerin und der Parallelkläger diesbezüglich eingingen, kein Darlehen gewährt hätte. Damit fällt der Drittmannstest zu Ungunsten der Klägerschaft aus, und es wäre auch subsidiär mittels Vertrauenshaftung auf Rangrücktritt zu schliessen.

Das Term Sheet der UBS AG vom 12. April 2001 nennt keinen Zinssatz, verweist aber für die Auflagen auf einen früheren Kreditvertrag vom 5. Januar 2001 bzw. 4. April 2001 (act. 3/19). Aus dem Situationsbericht der UBS AG über die Beklagte vom 11. Mai 2001 ergibt sich ein Zinssatz (kalkulatorische Fremdkapitalkosten) von 6 % für den bestehenden Kredit (act. 14/11). Da von den Parteien nicht behauptet, ist dieser Tatsache hier auch keine Rechnung zu tragen. Selbst wenn sie berücksichtigt werden müsste, würde sie aber am Gesagten nichts ändern.

6. Sanierungstest

Der Sanierungstest spielt damit keine Rolle mehr. In diesem Punkt wäre übrigens die Klägerin in der besseren Position. Es darf nämlich aufgrund der Akten ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien im Zeitpunkt der Darlehenshingabe zwar von Liquiditätsproblemen, aber von positiven Zukunftsaussichten ausgingen.

7. Schutzwürdiges Vertrauen setzt nach der bereits mehrfach angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken. Trifft der Geschädigte sich als nachteilig erweisende Dispositionen, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen.

Vorliegendenfalls ist dies für das Verhältnis zwischen der Klägerin und den übrigen Gläubigern zu bejahen. Letztere Voraussetzung ist dabei zufolge der funktionalen Einstufung der klägerischen Kreditierung als risikotragendes Eigenkapital insofern pauschalisiert zu bejahen, indem eben Schaden der übrigen Gläubiger im Rahmen des Konkurses bzw. der Nachlassliquidation vermieden wird mit der Behandlung der klägerischen Forderung als rangrücktrittsbelastet, womit die Quote der übrigen Drittklassgläubiger mittels Einbezug des funktionalen Eigenkapitals erhöht wird entsprechend der Situation, wie sie gewesen wäre, hätte die Klägerin ihren Kredit nicht formell als Darlehen statt in der Form von Eigenkapital eingeschossen. Diese Rechtsfolge gebietet sich (wie gesagt subsidiär) gestützt auf Art. 2 ZGB und umfasst die Rechtsmissbräuchlichkeit der statuierten und bei der

Darlehenskündigung geltend gemachten Material Adverse Change-Klausel. Dasselbe gilt für die bei der Kündigung geltend gemachte Verzugs Klausel mit der Argumentation, es sei die abgemachte Sicherstellung des Darlehens mit einem Zertifikat über 1'250 Namenaktien nicht erfolgt (vgl. act. 3/8).

Das Vertrauen der Gläubiger gründet sich dabei vorliegend nicht in der Beseitigung einer Überschuldung, sondern der Begegnung eines Liquiditätsengpasses zufolge Expansion mittels Unterlegung mit funktionalem Eigenkapital.

Diese Rechtsfolge (einer richterlichen Umdeutung im Konkursfall) entspricht dem bundesgerichtlichen Konzept der zwischen Vertrag und ausservertraglicher Haftung anzusiedelnden Vertrauenshaftung und wird im vorliegenden Fall subsidiär angewandt. Demgegenüber wurde hier auf Grund der besonderen Konstellation, dass die Parteien von Anfang an Eigenkapital schaffen wollten, entsprechend dem seitens von der Crone bei der Konzernhaftung postulierten Konzept einer vertraglichen Haftung ein konkludenter Rangrücktritt bezüglich des Darlehens angenommen.

8. Eine allfällige Berufung der Klägerin auf die Bestimmung von Art. 220 Abs. 1 SchKG helfe ihr unter diesen Umständen nicht. Bekanntlich ist unbestritten, dass privatrechtlich mittels Rangrücktrittserklärung faktisch eine vierte Konkursklasse geschaffen werden kann. Dass die nämliche Rechtswirkung auch als Folge einer Vertrauenshaftung eintritt, ist somit nicht zu beanstanden.

9. Nach dem Gesagten ist die Klage vollumfänglich abzuweisen und die Kollokation der klägerischen Forderung wie vorgenommen zu bestätigen.

V.

(Kostenfolgen)

Ausgangsgemäss wird der Kläger basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 904'000.-- kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

Demzufolge ist die von der klägerischen Partei im Konkurs über die Beklagte bei der ausseramtlichen Konkursverwaltung angemeldete und in der 3. Klasse unter Ord.Nr. [REDACTED] kollozierte Forderung der klägerischen Partei von Fr. 2'659'511.40 im Kollokationsplan in dieser Höhe daselbst zu belassen mit der Einschränkung, dass diese Forderung erst am Verwertungserlös teilnimmt, wenn sämtliche übrigen Forderungen gemäss der 3. Konkursklasse vollständig befriedigt worden sind.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 21'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 90.00 Vorladungsgebühr

Fr. 888.00 Schreibgebühr

Fr. 665.00 Zustellungsgebühr

Fr. 23143.00 Kosten total.

3. Die Kosten werden der klagenden Partei auferlegt.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Prozessentschädigung von Fr. 36'000.-- (zuzüglich 7,6 % MwSt) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, erklärt werden.

Der Einzelrichter

Die juristische Sekretärin

lic. iur. F. Ziltener

lic. iur. F. Kunz