



Geschäft Nr. FB030073/U = ZR104/2005 S. 75 ff.

Einzelrichter b.V.

Bezirksrichter lic. iur. Felix Ziltener

Juristische Sekretärin lic. iur. Franziska Kunz

Urteil vom 14. September 2004

in Sachen

O [REDACTED] Ltd. (in liquidation), Zustelladresse: c/o [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED], Australien,

Klägerin

vertreten durch Fürsprecher [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED] 8044 Zürich

gegen

Konkursmasse der O [REDACTED] GmbH, [REDACTED],

Beklagte

vertreten durch den ausseramtlichen Konkursverwalter RA lic. iur. [REDACTED],
[REDACTED] Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED] Zürich

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderungen im Konkurs der [REDACTED]
[REDACTED])**

Bereinigtes Rechtsbegehren:

(act. 1)

"Es sei die von der Klägerin im Konkurs über die O [REDACTED] GmbH beim a.a. Konkursverwalter RA [REDACTED] angemeldete und von diesem mit Verfügung Nr. 4 vom 2. September 2003 mit Einschränkungen zugelassene Forderung von Fr. 36'434'980.-- ohne Einschränkungen als begründet in der 3. Klasse zu kollozieren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Eventualwiderklage:

(act. 28 S. 12)

"Falls die vorgenommene Rückstufung im Rang nicht geschützt wird, sei der ausseramtliche Konkursverwalter anzuweisen, die Forderung der Klägerin im Kollokationsplan der O [REDACTED] GmbH in Konkurs vollumfänglich abzuweisen".

Der Einzelrichter erwägt:

I.

(Parteien, Prozessthema)

Bei den Parteien handelt es sich um in der Telekommunikation tätig gewesene Gesellschaften aus dem M [REDACTED] Komplex. Gesellschafterin der Beklagten war zwar die niederländische O [REDACTED] B.V. in Amsterdam. Doch handelt es sich bei der Klägerin um das Mutterhaus, welches der niederländischen Gesellschaft einen konzerninternen Kredit von 115 Mio. AUD gewährt hatte (act. 28 S. 8, insoweit unbestritten in act. 38 S. 15). Vorliegend geht es um den konkursrechtlichen Rang des von der Klägerin an die Beklagte gewährten Kredits von rund 42 Mio. AUD, bzw. noch offenen rund 36,5 Mio. CHF.

II.

(Prozessgeschichte)

Mit Eingabe vom 24. September 2003, beim Gericht eingegangen am darauffolgenden Tag, machte die Klägerin den Prozess innert Frist gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG beim Gericht anhängig (act. 1). Der Vertreter der Klägerin verzichtete für den Fall der Anordnung des schriftlichen Verfahrens auf eine Ergänzung seiner Klageschrift (act. 5). Nach Kautonierung der Klägerin mit Verfügungen vom 21. Oktober 2003 (act. 10) und 27. Oktober 2003 (act. 18) kam diese der entsprechenden Auflage fristgerecht nach (act. 22). Am 9. Dezember 2003 ging innert dazu angesetzter Frist die Klageantwort ein (act. 28). Am 17. Februar 2004 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche nicht von Erfolg gekrönt war. In der Folge ging fristgerecht am 22. April 2004 die Replik ein (act. 38). Nach telefonisch erklärtem Verzicht des Vertreters der Beklagten auf Stellungnahme des klägerischen Antrags betreffend Reduktion der Kaution (act. 40) wurde mit Verfügung vom 23. April 2004 die Kaution gestützt auf den zwischenzeitlich tiefer einzuschätzenden Streitwert (Fr. 650'000.-- statt 2'730'000.--) um Fr. 27'750.-- reduziert (Fr. 58'000.-- statt Fr. 85'750.--). Am 17. Juni 2004 ging rechtzeitig die Duplik ein (act. 48).

Der Prozess erweist sich – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen – als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO).

III.

(Zuständigkeiten)

Örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich sind zu Recht unbestritten geblieben (Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG; Art. 250 Abs. 1 und 3 SchKG; § 22 Abs. 1 Ziff. 7 GVG).

IV.

(Anwendbares Recht)

Nicht einig sind sich die Parteien demgegenüber bezüglich des anwendbaren Rechts. Während die Klägerin sich in ihrer Klagebegründung noch vollumfänglich auf Schweizer Recht abstützt, macht sie in der Replik gestützt auf das IPRG geltend, es sei australisches Recht, insbesondere das Common Law, anwendbar (act. 38 S. 7). Die Beklagte begründet in der Duplik ebenfalls gestützt auf das IPRG die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts (act. 48 S. 9).

Zutreffend an der Argumentation der Klägerin mag sein, dass der Darlehensvertrag bei Fehlen einer Rechtswahl gemäss Art. 117 Abs. 3 lit. b IPRG dem Recht des Darlehensgebers untersteht. Die Klägerin weist aber selber darauf hin, dass Gesellschaften gemäss Art. 154 IPRG grundsätzlich dem Inkorporationsstatut unterstehen und dieses gemäss Art. 155 IPRG auch das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern, die Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften und die Haftung für ihre Schulden bestimmt (act. 38 S. 7). Die Geltung des schweizerischen Gesellschaftsstatuts für die Beklagte will sie mit der Argumentation abwenden, es stünden vorliegendenfalls keinerlei gesellschaftsrechtliche Fragen zur Diskussion.

Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Konkursrechtliche Vorschriften wie die Rangordnung der Art. 219 und 220 SchKG, auf welche sich die Klägerin noch in der Klagebegründung ausdrücklich beruft, kommen schon aufgrund der *lex fori concursus* zur Anwendung (Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002, S. 693). Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften von Art. 817 bzw. 725 OR (deren Anwendung hier in Frage steht und von der Klägerin in der Klagebegründung selber noch statuiert wurde) in Verbindung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 ZGB unterstehen ihrerseits ohne Zweifel dem Gesellschaftsstatut (vgl. BGE 128 III 346 ff.).

Mithin ist in der entscheidenden Frage schweizerisches Recht anwendbar unabhängig davon, ob der Darlehensvertrag allenfalls anders anzuknüpfen wäre.

V.

(Sachverhalt)

1. Im Quantitativ ist die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte unbestritten (act. 1 S. 7 und act. 28 S. 5).
2. Zum Rechtsgrund ihrer Forderung differenziert die Klägerin erstmals in der Replik zwischen der Bezahlung von Kreditoren der Beklagten und dem zur Verfügung stellen von Liquidität in Form von Darlehen (act. 38 S. 3). Die Beklagte bestreitet diese Aufteilung und weist darauf hin, dass die Klägerin in ihrer Forderungseingabe den Gesamtbetrag von AUD 42'500'940.30 als "intercompany loan" bezeichnet habe (act. 48 S. 5).

Wie zu zeigen sein wird, spielt der Entstehungsgrund der Forderung bei der hier zu entscheidenden Frage keine Rolle.

VI.

(Rechtliches)

A. Grundsätzliches

1. 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. Der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren am Bezirksgericht Zürich ist dieser Rechtsprechung in einem Entscheid vom 10. Januar 2003 gefolgt. Letzterer ist in Rechtskraft erwachsen.

2. 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.; vgl. auch Forstmoser/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 konkordanter 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 stellen sich nicht die im Zusammenhang mit der Umqualifizierung in Eigenkapital auftauchenden schwierigen Fragen (Vogel, a.a.O.; Böckli, a.a.O.).

3. 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).

4. 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 in-

haltlich limitierten Vertrages habe verstanden werden dürfen (Hans Caspar von der Crone, SZW/RSDA 2/2001 S. 59).

5. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht (BGE 4C.230/2003 Zitat unten aus Internet; nunmehr publiziert in 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 enttäushtem 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 vertrauens-theoretisch 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 verletzte, ist nachstehend zu prüfen."

6. 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).

7. 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 hier vertretener Meinung die rechtliche Inanspruchnahme von Darlehen als Eigenkapital oder zumindest als rücktrittsbelas-

tet ein Anwendungsfall der vom Bundesgericht viel allgemeiner formulierten Vertrauenshaftungsgrundsätze darstellt.

B. Konkretisierung

1. Vorliegend ist auf Grund der Dispositionsmaxime gemäss § 54 Abs. 2 ZPO einzig umstritten, ob die klägerische Forderung in der dritten Klasse gemäss Art. 219 SchKG zu kollozieren sei bzw. ob durch die Verfügung Nummer 4 der ausseramtlichen Konkursverwaltung vom 2. September 2003, wonach die Forderung zwar in der dritten Klasse zugelassen wurde, an der Verwertung jedoch erst teilnehme, wenn sämtliche übrigen Forderungen gemäss 3. Konkursklasse vollständig befriedigt worden sind (act. 3/2), die Bestimmung von Art. 220 Abs. 1 SchKG verletzt wurde. Letztere hält in Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes fest, die Gläubiger der nämlichen Klasse hätten unter sich gleiches Recht.

Nur für den Eventualfall, dass die Rangrückstufung nicht geschützt würde, verlangt die Beklagte mit ihrem Eventualbegehren widerklageweise die Behandlung der klägerischen Forderung als Eigenkapital und damit die vollständige Abweisung im Kollokationsplan (act. 28 S. 12).

2. a) Die Klägerin argumentiert damit, sie sei nicht Organ der Beklagten gewesen. Schon von daher sei die von einem Teil der Lehre postulierte Haftung unter dem Titel kapitalersetzendes Darlehen nicht anwendbar (act. 1 S. 7).

b) Unbestrittenermassen ist bzw. war die Klägerin nicht Gesellschafterin der Beklagten (eine GmbH). Ebenso unbestritten war die niederländische O■■■■ B.V. Gesellschafterin der Beklagten und ist die Klägerin die Muttergesellschaft der niederländischen O■■■■ B.V., in der sie per 14. November 2002 einen Intercompany Loan von 115 Mio. AUD stehen hatte, also rund dreimal soviel wie bei der Beklagten (die Klägerin gibt denn auch die konzernmässige Verbundenheit als Obergesellschaft zu; act. 38 S. 15). Unter diesen Umständen kann es keine Rolle spielen, dass die Klägerin formell nicht selber Gesellschafterin der Beklagten war. Mit dem erwähnten Obergerichtsentscheid ist davon auszugehen, dass es in Konzernverhältnissen für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit einer

Rückforderung gewährter Darlehen keine Rolle spielen kann, ob das Darlehen "von der Muttergesellschaft direkt oder von einer wirtschaftlich und rechtlich eng mit ihr verflochtenen Schwestergesellschaft" gewährt worden ist.

c) Dies legt auch die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung nahe. Wesentlich ist gemäss dieser das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung. Die Beteiligten (nämlich die Klägerin als Obergesellschaft und die Gläubiger der Beklagten) stehen – ausserhalb einer vertraglichen Bindung – rechtlich in besonderer Nähe zueinander, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Eine derartige Sonderverbindung ist vorliegend auf Grund der angeführten unbestrittenen Fakten zweifellos gegeben. Bewusstes und normativ zurechenbares Verhalten der Klägerin ist einerseits schon im Namen zu erkennen, andererseits aber auch in der auch von ihr als Intercompany Loan angesehenen Kreditierung.

3. a) Während sich die Beklagte zu Recht auf die von der Klägerin nicht erwähnten Lehrmeinungen von Hold und Witmer beruft (act. 28 S. 9 f.), argumentiert die Klägerin mit dem noch neueren Verzicht des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 auf eine Regelung im Rahmen der GmbH-Revision. Der 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 (act. 1 S. 12 ff.; act. 38 S. 8 f.).

b) Die Beklagte verweist demgegenüber darauf, dass die GmbH-Revision noch nicht abgeschlossen ist und zudem auf die Aussage der Expertenkommission, welche in ihrem Bericht ausgeführt hatte, die 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 (act. 28 S. 19 bzw. act. 29/5 S. 24, act. 48 S. 10 f.).

c) 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 (so auch die Klägerin in act. 1 S. 13). Der bundesrätliche Entwurf vom 19. Dezember 2001 hält sodann ausdrücklich fest, "der Verzicht auf eine zivilrechtliche Regelung berührt die bisherige Praxis der Steuerbehörden zu eigenkapitalersetzenden Darlehen nicht" (act. 1 S. 15). Zu fragen ist somit einzig, ob die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung vorliegend gegeben sind.

4. Auch wenn die Hürden für eine Anwendung wie gesagt hoch anzusetzen sind, so erscheinen sie doch im vorliegenden Fall ohne weiteres erfüllt. Die Beklagte führt in diesem Zusammenhang zu Recht das Missverhältnis des ursprünglichen Deckungskapitals von Fr. 20'000.-- zur eigentlichen Bilanzsumme an. So wurde in der Bilanz 2001 der Beklagten ein negatives Eigenkapital von 37'433'185.06 Franken ausgewiesen. In der gleichen Bilanz wird der Intercompany Loan auf 37'667'071.11 Franken beziffert (act. 29/2). Es versteht sich von selbst, dass mit dieser Bilanz (bei Aktiven von 5'481'261.28 Franken) berechtigtes Vertrauen begründet wird darauf, dass der besagte Intercompany Loan als Eigenkapital haftet. Da die Klägerin den entsprechenden Intercompany Loan und ihre beherrschende Stellung bezüglich der Beklagten nicht bestreitet, muss sie sich auch die erwähnte Bilanz bzw. das damit begründete Vertrauen anrechnen lassen. Das Vertrauen der Gläubiger lässt sich aber nicht nur auf diese (unpublizierte) Bilanz stützen, sondern auch auf die Tatsache, dass die Kapitalisierung von Fr. 20'000.-- für den Aufbau eines Telekommunikationsunternehmens mit hundert Angestellten und zehntausenden von Kunden (act. 28 S. 11 f.; unbestritten bzw. unsubstanziert bestritten in act. 38 S. 16) ein massiver Fall von Unterkapitalisierung darstellt.

5. Dazu kommt, dass der Darlehensvertrag bzw. die Darlehensverträge unbestrittenermassen trotz der hohen Summe mündlich abgeschlossen, Sicherheiten keine bestellt, Zinszahlungen keine vereinbart bzw. bezahlt wurden und ebenso wenig Amortisationen stattfanden (act. 28 S. 6f.; unbestritten bzw. unsubstanziert bestritten in act. 38). Unter diesen Umständen kann keinem Zweifel unterliegen, dass das Darlehen der Klägerin den Drittmannstest nicht besteht. Kein anderer Gläubiger als die Klägerin hätte der Beklagten in jenem Zeitpunkt einen Kredit unter den angeführten Umständen gewährt. Entgegen den Ausführungen der Klägerin (act. 38 S. 13) gilt dies vorliegend auch für den ganzen Betrag von rund 36,5 Mio. CHF, einerseits weil die Bilanz der Beklagten entsprechendes negatives Eigenkapital ausweist, andererseits weil auch die angeführten Indikatoren des Drittmannstestes für den gesamten Betrag gegeben sind, so dass es auf den Entstehungsgrund nicht ankommen kann.

6. Schutzwürdiges Vertrauen setzt nach der bereits mehrfach angeführten bundesgerichtlichen Rechtssprechung ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken. Trifft der Geschädigte darauf gestützt 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 vermieden wird mit der Behandlung der klägerischen Forderung als rangrücktrittsbelastet, womit ihre Quote mittels Einbezug des funktionalen Eigenkapitals erhöht wird entsprechend der Situation, wie sie gewesen wäre, hätte die Klägerin (oder jemand anders) ihren Kredit nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise formell als Darlehen statt in der Form von Eigenkapital eingeschossen. Diese Rechtsfolge gebietet sich gestützt auf Art. 817 in Verbindung mit Art. 725 OR und Art. 2 ZGB. Ohne die Kreditierung durch die Klägerin wäre die Beklagte gemäss den erwähnten Bestimmungen verpflichtet gewesen, ihre Über-

schuldung beim Konkursrichter anzumelden und dieser wiederum, den Konkurs auszusprechen. Lediglich die Kreditierung durch die Klägerin ermöglichte der Beklagten, sich weiterhin am Wirtschaftsleben zu beteiligen. Die übrigen Gläubiger ihrerseits durften darauf vertrauen, dass die das negative Eigenkapital der Klägerin abdeckende Kreditierung durch die Beklagte auch effektiv als Eigenkapital zur Verfügung steht, d.h. die Rückforderung der Klägerin zumindest nicht mit ihren eigenen Forderungen in der dritten Klasse konkurrenziert. Sie sind demzufolge bei der Verwirklichung des entsprechenden Risikos, also im nunmehr eingetretenen Konkurs der Beklagten, in ihrem Vertrauen zu schützen.

Diese Rechtsfolge (einer richterlichen Umdeutung im Konkursfall) entspricht dem bundesgerichtlichen Konzept der Vertrauenshaftung als culpa in contrahendo. Demgegenüber wäre nach dem seitens von der Crone bei der Konzernhaftung postulierten Konzept einer vertraglichen Haftung ein konkludenter Rangrücktritt bezüglich des Darlehens anzunehmen.

7. Die Berufung der Klägerin auf die Bestimmung von Art. 220 Abs. 1 SchKG hilft 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.

Aber auch die Tatsache, dass die Klägerin selber den fraglichen Rangrücktritt offenbar nicht verkraften kann, hilft ihr nicht (postuliert in act. 1 S. 9). Die Tatsache ist nämlich nur von Bedeutung für die Frage, ob ein Rangrücktritt dazu führe, dass eine Gesellschaft, zu dessen Gunsten er erklärt wird, die Überschuldung damit beseitigen kann. Ansonsten führt übermässige Verpflichtung einer Gesellschaft, sei es aus Rechtsgeschäft oder aus ausservertraglicher Haftung, lediglich dazu, dass eine Gesellschaft allenfalls zur überschuldeten wird, nicht aber, dass das Rechtsgeschäft oder die ausservertragliche Haftung nicht wirkt.

Im Sinne der von der Klägerin postulierten (internationalen) Gesamtbetrachtung der Interessen sei abschliessend noch allfälliges Vertrauen der Gläubiger der Klägerin in die Rückführbarkeit des Darlehens in die Erwägungen einbezogen.

Solches Vertrauen wäre nach dem Gesellschaftsstatut der Klägerin zu beurteilen. Wenn die Rechnungslegungsvorschriften Australiens die sich auf Grund der Überschuldung der Beklagten im Zeitpunkt der Darlehensgewährung aufdrängende Konsolidierung nicht vorschreiben würden oder die Klägerin eine vorgeschriebene Konsolidierung nicht vorgenommen hätte, so folgt daraus nicht, dass das Vertrauen der Gläubiger der Beklagten nicht zu schützen ist. Im letzteren Falle wäre allfälliges Vertrauen der Gläubiger der Klägerin in die Rückführbarkeit des Darlehens nicht auf Kosten des Vertrauens der Gläubiger der Beklagten in die Haftung als funktionales Eigenkapital zu schützen, sondern gegebenenfalls auf Kosten der verantwortlichen Organe der Klägerin. Im Falle fehlender gesetzlicher Regelung der Rechnungslegung in Australien dagegen wäre allfälliges Vertrauen der Gläubiger der Klägerin auf Grund des massgeblichen Gesellschaftsstatuts nicht als schützenswert einzustufen.

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

VII.

(Kostenfolgen)

Ausgangsgemäss wird die Klägerin basierend auf einem Streitwert von Fr. 650'000.-- 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. 48 kollozierte Forderung der klägerischen Partei von Fr. 36'434'980.-- im Kollokationsplan in dieser Höhe daselbst zu belassen mit der Einschränkung, dass diese Forderung erst am Verwertungserlös teil-

nimmt, wenn sämtliche übrigen Forderungen gemäss der 3. Konkursklasse vollständig befriedigt worden sind.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 17660.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 60.00 Vorladungsgebühr

Fr. 788.00 Schreibgebühr

Fr. 475.00 Zustellungsgebühr

Fr. 18983.00 Kosten total.

2. Die Kosten werden der klagenden Partei auferlegt und nach Entrichtung der Prozessentschädigung aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Ein allfälliger Restbetrag ist der klagenden Partei zurückzuerstatten.
3. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Prozessentschädigung von Fr. 30'300.-- (zuzüglich 7,6 % MwSt) zu bezahlen. Diese Prozessentschädigung wird aus dem Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie der Duplik (act. 48).
5. 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