



---

Geschäfts-Nr. NF040011/Uanonymisiert

**II. Zivilkammer**

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender, und Dr. O. Kramis,  
Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie der juristische Sekretär  
lic. iur. M. Hüsler

**Urteil vom 3. Juni 2005**

in Sachen

Y., \_\_\_\_\_ AG,  
Klägerin und Appellantin

vertreten durch \_\_\_\_\_

vertreten durch \_\_\_\_\_

gegen

X., \_\_\_\_\_ AG in Nachlassliquidation,  
Beklagte und Appellatin

vertreten durch \_\_\_\_\_

vertreten durch \_\_\_\_\_

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

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren  
des Bezirkes Zürich vom 14. September 2004; Proz. FB030064**

**Rechtsbegehren:**

"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. 289/445 entsprechend abzuändern;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."  
(act. 1 S. 2)

**Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Zürich:**

"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. 289/445 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 Zustellgebühr  

---

Fr. 23'143.00 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./6. ... Mitteilung / Rechtsmittel"

(act. 55, S. 22)

**Berufungsanträge:**

Der Klägerin und Appellantin (act. 62, S. 2):

"Das angefochtene Urteil der Vorinstanz im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich vom 14. September 2004 (Proz. Nr. FB030064) sei aufzuheben; und

1. es sei in Abänderung von Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich vom 14. September 2004 im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung über die Beklagte die von der Klägerin angemeldete Forderung 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
2. es seien in Abänderung von Dispositiv Ziff. 2 bis 4 des Urteils des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Zürich vom 14. September 2004 die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Beklagten und Appellantin aufzuerlegen, und sie sei zu verpflichten der Klägerin und Appellantin eine angemessene Prozessentschädigung für das vorinstanzliche Verfahren von mindestens CHF 36'000.-- zu bezahlen;

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

Der Beklagten und Appellantin (act. 68, S. 2):

"Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Appellantin abzuweisen."

**Das Gericht zieht in Betracht:**

I.

1. Die Klägerin ist eine Beteiligungsgesellschaft mit Sitz in \_\_\_\_ (act. 3/3). Die Beklagte ist die Nachlassmasse der X \_\_\_\_ AG mit Sitz in \_\_\_\_\_. Die X \_\_\_\_ AG war im Bereich der Telekommunikation tätig; sie plante, realisierte betrieb und wartete Telekommunikationsnetze (act. 1, S. 4). Gemäss dem Beteiligungsvertrag vom 9. Mai 2000 übernahm die Klägerin 3'000 durch Kapitalerhöhung geschaffene Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von Fr. 10.-- zu einem Preis von Fr. 2'700.-- sowie 1'750 bisherige Aktien zum Preis von Fr. 2'200.-- je Aktie, mithin für Fr. 11.95 Mio. rund 13.57 % des Aktienkapitals (act. 22, S. 5; act. 23/23). Weitere 25% des Aktienkapitals hielt A. \_\_\_\_\_, weitere 23% ein anderer Aktionär, den Rest ca. 80 weitere Aktionäre (act. 1, S. 4; act. 3/5). B. \_\_\_\_\_ war Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin; er war ferner vom 15. Dezember 2000 bis 7. Dezember 2001 auch Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG bzw. bis zum 5. Februar 2002 deren Vizepräsident (act. 12, S. 5, act. 14/3-5).

2. Am 9. April 2001 wurde im Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG der Kauf von WLL-Lizenzen von der C. \_\_\_\_\_ AG sowie dessen Finanzierung besprochen. Dazu sollte das Aktienkapital von Fr. 370'000.-- um Fr. 30'000.-- auf Fr. 400'000.-- erhöht werden, dies durch Ausgabe von 3'000 Namenaktien im Nennwert von Fr. 10.-- bei einem Ausgabepreis von Fr. 1'000.-- pro Namenaktie. 2'500 Aktien sollte die Klägerin, 500 Aktien A. \_\_\_\_\_ übernehmen (act. 14/7). Am 1. Mai 2001 schlossen die Klägerin und A. \_\_\_\_\_ (Zeichner) einerseits sowie die X. \_\_\_\_\_ AG andererseits eine Vereinbarung (act. 3/6). Danach erklärten sich die Zeichner bereit, die neu auszugebenden Aktien zu zeichnen. Zur Sicherstellung des Kaufs der WLL-Lizenzen bzw. der hierfür benötigten liquiden Mittel sollten die Zeichner der X. \_\_\_\_\_ AG das Geld bis zum Vollzug der beschlossenen Kapitalerhöhung in der Form eines Darlehens zur Verfügung stellen (act. 3/6, Präambel). Festgehalten wird in der Vereinbarung insbesondere weiter, dass die Klägerin der X. \_\_\_\_\_ AG bereits Fr. 1'739'200.-- und Fr. 735'800.-- und A. \_\_\_\_\_ ihr Fr. 495'000.-- überwiesen habe. Die Darlehen sollten mit dem Tage des Vollzugs der Aktienkapitalerhöhung,

jedoch spätestens per 30. Juni 2001 fällig werden. Die Zeichner erklärten sich dabei bereit, den fälligen Darlehensbetrag mit dem aus der Aktienkapitalerhöhung geschuldeten Agio zu verrechnen (Ziff. 5). Die Aktienkapitalerhöhung sollte bis spätestens 30. Juni 2001 durchgeführt werden (Ziff. 8). Falls die X. \_\_\_\_\_ AG eine der im Vertrag vereinbarten Bestimmungen verletze, und/oder eine der festgelegten Bedingungen nicht erfülle, insbesondere im Falle des Verzugs der Aktienkapitalerhöhung, sollten die Zeichner berechtigt, jedoch nicht verpflichtet sein, den Darlehensbetrag zur sofortigen Rückzahlung fällig zu erklären, wobei es im Ermessen der Zeichner liege, unmittelbar nach Bekanntwerden einer Vertragsverletzung oder zu jedem späteren Zeitpunkt mit sofortiger Wirkung zu kündigen (Ziff. 9). Ferner war die Klägerin berechtigt, das gesamte Darlehen zur sofortigen Rückzahlung fällig zu erklären, wenn wichtige Gründe, welche die Zeichner nicht zu vertreten hätten, vorliegen sollten, insbesondere, wenn sich die Vermögens- und/oder die Ertragslage der X. \_\_\_\_\_ AG erheblich verschlechtern oder eine erhebliche Vermögensgefährdung eintreten würde (Ziff. 11).

Am 3. Oktober 2001 fällte das Bundesgericht in einem von der K. \_\_\_ gegen die X. \_\_\_\_\_ AG geführten Prozess das Urteil. Dies führte bei der X. \_\_\_ AG zu einer Nachrechnung im Betrag von ca. Fr. 8 Mio. (act. 22, S. 9). Mit Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 19. Oktober 2001 wurde das Aktienkapital der X. \_\_\_ AG um minimal Fr. 30'000.-- und maximal Fr. 190'000.-- erhöht (act. 14/12). Mit Schreiben vom 15. November 2001 kündigte die Klägerin den Vertrag vom 1. Mai 2001 mit sofortiger Wirkung, stundete die Pflichten der Beklagten jedoch bis auf weiteres (act. 3/8). Am 17. Dezember 2001 beschloss der Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG die Durchführung der Kapitalerhöhung (act. 42). Der X. \_\_\_\_\_ AG wurde indessen zunächst am 19. Dezember 2001 die provisorische und am 15. Februar 2002 schliesslich die definitive Nachlassstundung bis zum 15. August 2002 gewährt. Am 8. März 2002 wurden die Schuldner öffentlich aufgefordert, ihre Forderungen innert 20 Tagen beim Sachwalter anzumelden (act. 3/11). Mit Schreiben vom 20. März 2002 kam die Klägerin dieser Aufforderung bezüglich ihrer Forderungen aus der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 nach (act. 3/12). Am 20. August 2002 bestätigte der Nachlassrichter den von der Beklagten ihren Gläubigern vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtren-

tung. Mit Verfügung Nr. 53 wurde die von der Klägerin geltend gemachten Forderungen aus dem Vertrag vom 1. Mai 2001 als rangrücktrittsbelastet im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR kolloziert (act. 3/14). Der Kollokationsplan und das Inventar vom 15. August 2002 wurden gleichentags im SHAB publiziert (act. 3/2).

3. Mit Eingabe vom 4. September 2003 reichte die Klägerin die vorliegende Klage fristgerecht beim Gericht ein (act. 1). Sie verlangt, dass ihre Forderungen vollumfänglich in der dritten Klasse zu kollozieren seien. Mit Urteil vom 14. September 2004 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 55, S. 22).

Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin fristgerecht Berufung (act. 52 und 56). Es wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt (act. 62, 68, 73 und 78).

## II.

1. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Forderungen der Klägerin gegen die X. \_\_\_ AG rangrücktrittsbelastet sind, ist die Vereinbarung zwischen der Klägerin (und A. \_\_\_\_\_) einerseits und der X. \_\_\_ AG andererseits vom 1. Mai 2001. Die Beklagte macht vorab geltend, der tatsächliche Wille der Parteien sei dabei auf die Hingabe von Eigenkapital gerichtet gewesen (act. 12, S. 4). Ausgerichtet war dieser Vertrag zwar auf die Zeichnung des durch die Kapitalerhöhung von Fr. 370'000.-- auf Fr. 400'000.-- zu schaffenden zusätzlichen Aktienkapitals durch die Klägerin (und A. \_\_\_\_). Allerdings war dies erst die letzte Stufe im vorgesehenen Vertragsablauf beginnend mit der Gewährung der Darlehen und beinhaltend die Möglichkeit für die Klägerin unter den im Vertrag umschriebenen Voraussetzungen aus der vorgesehenen Kapitalbeteiligung auszusteiern. Die Beklagte sagt dabei nicht, welche in der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 getroffenen Absprachen über das gewählte Vorgehen nicht gelten sollten. Sie spricht vielmehr selber davon, dass die Darlehensgewährung für eine kurze, transitorische Periode gedacht war (act. 68, S. 3) bzw. es die Intention der Klägerin gewesen sei, ihre Beteiligung über das Zwischenstadium eines Darlehens zu vergrössern (act. 78, S. 3). Ein vom Wortlaut der Vereinbarung abweichender tat-

sächlicher Wille ist nicht dargetan. Solange die Zeichnung der Aktien und die Verrechnung mit dem Darlehen nicht erfolgt war, hatte die Klägerin - im Rahmen der in der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 getroffenen Absprachen - Anspruch auf Rückleistung des gewährten Darlehens. Mit der Gewährung der Nachlassstundung und dem anschliessenden Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung entfiel die Möglichkeit der Zeichnung und damit der Verrechnung der Darlehensforderung endgültig.

2. Es ist Sache der Kapitalgeber und der Gesellschaft festzulegen, ob erstere sich durch die Übernahme von Aktien am Eigenkapital beteiligen oder ob diese durch die Hingabe eines Darlehens Fremdkapital zur Verfügung stellen wollen. Die Erklärung eines Rangrücktritts bleibt dem Darlehensgeber vorbehalten. Soll im Konkurs diesbezüglich vom Willen der Parteien abgewichen werden, bedarf es hierfür eines besondern Grundes. Diesen hat die Beklagte darzutun und zu beweisen.

a) Die Frage der Behandlung von Darlehen bzw. darlehensähnlicher Zuwendungen an eine notleidende Gesellschaft im Konkurs wird in der Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert (vgl. zur Diskussion Hold, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000, S. 135 ff.). Ein wegleitender höchstrichterlicher Entscheid zu dieser Frage ist - soweit ersichtlich - bis heute nicht ergangen. Von Greyerz hatte in einem 1983 publizierten Artikel - ausgehend vom sog. Sanierungs- sowie dem sog. Drittmannstest - die Auffassung vertreten, wer ein Sanierungsdarlehen gewähre, erwecke den Eindruck der Sanierung, obschon in Tat und Wahrheit die Überschuldung nicht beseitigt, sondern herbeigeführt werde. Es werde der Anschein einer finanziell konsolidierten Gesellschaft geschaffen und Zahlungsbereitschaft und Kapitaldeckung vorgetäuscht. Wer den Anschein einer liquiden und rentablen Unternehmung künstlich zu schaffen wisse, müsse sich dabei behaften lassen und dürfe die Mittel nicht zurückrufen, sondern müsse sie stehen lassen, damit sich so die wahre Rechtslage der vorgetäuschten angleiche. Wer ferner einer Gesellschaft, weil er ihr nahe stehe, in einer Art und in einem Umfang Darlehen gewähre, wie kein Dritter sie gewähren würde, dürfe sich auch nicht wie ein Dritter ver-

halten und die Darlehen verzinsen oder zurückfordern. Wer sich bei der Darlehensgewährung wie ein Aktionär und bei der Darlehensrückforderung wie ein Drittgläubiger benehme, handle widersprüchlich und verdiene keinen Rechtsschutz (Christophe von Greyerz in FS Vischer, S. 547 ff. insbesondere S. 555 f.). In ihrem Urteil vom 19. Januar 1993 hat die Kammer in Anlehnung an von Greyerz erwogen, ein Aktionär, der seiner in finanzieller Bedrängnis befindlichen Gesellschaft ein Darlehen gewähre, könne dann seine Forderung nicht geltend machen, wenn diese Zuwendung als eigentliche Kapitalanlage zu betrachten sei, wenn nämlich nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt der Hingabe davon auszugehen sei, dass ein Aussenstehender, ein Nichtaktionär und auch sonst nicht an der Sanierung der Gesellschaft persönlich aus wirtschaftlichen Gründen Interessierter, einen Kredit verweigert hätte. Es liege dann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten im Sinne eines *venire contra factum proprium* vor, wenn der am Wohlergehen seiner Gesellschaft interessierte Aktionär durch Zuwendung weiterer Mittel der überschuldeten und damit nicht mehr lebensfähigen juristischen Person zunächst zur Weiterexistenz bzw. weiteren Teilnahme am Wirtschaftsprozess ver helfe und somit die Eingehung weiterer Verpflichtungen auf Kosten zusätzlicher Gläubiger ermögliche, und dann, wenn die Sanierung fehlgeschlagen sei, sein Risiko durch Rückforderung der Zuwendung letztlich zulasten anderer Gläubiger möglichst klein halten wolle. Das Darlehen an eine überschuldete Gesellschaft sei jedenfalls dann als Kapitalanlage zu betrachten und rechtlich auch so zu behandeln, wenn entweder der Sanierungstest oder der Drittmannstest positive Ergebnisse zeitigten (act. 23/28, S. 8 ff.). Die Frage der Qualifizierung von Darlehen an eine notleidende Gesellschaft wird in der Literatur auch unter dem Gesichtspunkt des Durchgriffs erörtert. Es könne gegen Treu und Glauben verstossen, wenn Aktionäre im Konkurs ein Darlehen zurückforderten, obwohl das Kapital ganz bewusst als "Quasi-Eigenkapital" gedient und die Gesellschaft ohne dieses Kapital nie lebensfähig gewesen wäre. Durchgriffsüberlegungen könnten in solchen Fällen dazu führen, dass Aktionärsdarlehen wie Eigenkapital als Haftungssubstrat für die (übrigen) Gläubiger behandelt werde (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, N 344 zu § 40, Anm. 80). Böckli sieht bei "Sanierungsdarlehen" die Möglichkeit der Annahme eines konkludenten Rang-



rücktritts. Er befürwortet de lege ferenda eine Regelung in Anlehnung an einen Vorschlag, der im Rahmen der Revision des Rechts der GmbH erörtert, dann aber aus dem definitiven Entwurf des Bundesrates herausgenommen wurde (Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. Auflage, S. 1687 ff.; BBl. 2002 III S. 3158.). Die Vorinstanz sieht die Grundlage für die Behandlung von eigenkapitalersetzenden Darlehen im Konkurs in der Praxis des Bundesgerichts zur Vertrauenshaftung (act. 55, S. 6 ff.). Die Klägerin hat schliesslich ein Privatgutachten von Prof. H. C. v. d. C. zu den Akten gereicht (act. 63/32). Darin wird die Frage der Umqualifikation als Anwendungsfall des Verbots des Rechtsmissbrauchs gesehen (Fallgruppe des "venire contra factum proprium"). Sie komme nur für Darlehen in Frage, welche an eine Gesellschaft im Zustand der Überschuldung ausgerichtet wurden. Der Darlehensgeber müsse zudem positiv Kenntnis von der Überschuldung gehabt haben, allenfalls sei dieser die grobfahrlässige Unkenntnis gleichzusetzen. Ausserdem müsse die Gewährung des Darlehens zum Zeitpunkt der Überschuldung geeignet gewesen sein, im konkreten Falle einen zusätzlichen Schaden bei andern Gläubigern zu bewirken. Schliesslich müsse die Umqualifikation als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots auch noch einer generellen Würdigung gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB standhalten (Gutachten S. 21 ff.).

b) Gemäss Art. 621 OR muss das Aktienkapital mindestens Fr. 100'000.-- betragen. Ausserdem bestehen Bestimmungen über die Reservebildung (Art. 671 ff. OR), das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) und das Verbot der Verzinsung des Aktienkapitals (Art. 675 Abs. 1 OR). Darüber hinaus kennt das Schweizerische OR - ausser für Banken und Versicherungen - keine Vorschriften über die Höhe des Eigenkapitals bzw. der Eigenkapitalquote. Das Gesetz nennt namentlich auch keine Abgrenzungskriterien zwischen Eigen- und Fremdkapital, massgebend ist die von den Beteiligten gewählte zivilrechtliche Ausgestaltung (BS-Kommentar Neuhaus/Ilg, N 13 zu Art. 663a OR). Vorschriften bestehen indessen über das Vorgehen bei Kapitalverlust. Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen (Art. 725 Abs. 1 OR). Wenn begründete

Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle andern Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR).

Enthält das Obligationenrecht - über die obigen Bestimmungen hinaus - keine Vorschriften über die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital, so kann Grundlage für den Entscheid über die Qualifikation des Darlehens im Konkurs nur Art. 725 OR sein. Art. 725 Abs. 1 OR hat dabei im Wesentlichen gesellschaftsinterne Funktion, er dient hauptsächlich dem Schutze der Aktionäre (BS-Kommentar Wüstiner, N 3 zu Art. 725 OR; Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. Auflage, S. 1665). Er zwingt zwar den Verwaltungsrat zur Einberufung der Generalversammlung, ohne aber vorzuschreiben, dass der Zustand des hälftigen Verlusts des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven zu korrigieren wäre. Der Gläubiger andererseits darf nur, aber immerhin, darauf vertrauen, dass die Vorschriften des Obligationenrechts eingehalten werden. Solange keine Überschuldung vorliegt, kann die Gesellschaft ihre Geschäfte weiterführen. Anders im Falle von Art. 725 Abs. 2 OR: Ist eine Überschuldung eingetreten, so ist der Richter zu benachrichtigen, der grundsätzlich den Konkurs zu eröffnen hat (Art. 725a Abs. 1 OR). Die Benachrichtigung des Richters und die Konkursöffnung dient vorab dem Schutze der bisherigen Gläubiger vor weiteren Verlusten, dann aber auch dem Schutz der Allgemeinheit, d.h. neuer Geschäftspartner (BS-Kommentar Wüstiner, N 4 f. zu Art. 725 OR). Wer um die Überschuldung einer Gesellschaft weiss und ihr ungeachtet dessen ein Darlehen zum Betrieb ihrer Geschäfte zur Verfügung stellt, der handelt den gesetzlichen Normen des Gläubigerschutzes zuwider (Hold, a.a.O., S. 159). Ein solcher Darlehensgeber muss es hinnehmen, den andern Gläubigern hintangesetzt zu werden. Behandelt man seine Forderung als rangrücktrittsbelastet, so geschieht dies im Sinne der Regelung von Art. 725 Abs. 2 OR. Deckt das Darlehen die Überschuldung ab, so wird - im Nachhinein - eine Situation geschaffen, die einem korrekten Vorgehen des Darlehensgläubigers ent-

sprochen und die eine Weiterführung der Geschäfte gestattet hätte. Es ist dabei nicht einzusehen, warum es für die Behandlung solcher Darlehen als rangrücktrittsbelastet weiterer Voraussetzungen - namentlich einer zusätzlichen besonderen Beziehung des Darlehensgläubigers zur Gesellschaft oder eines Schadens bzw. einer konkreten Gefährdung der andern Gläubiger - bedürfte. Andererseits reicht (grob)fahrlässiges Nichtwissen um die Überschuldung nicht aus; der Darlehensgeber ist als solcher nicht verpflichtet, sich über die finanzielle Situation des Darlehensnehmers kundig zu machen.

c) Über den Fall der Überschuldung hinaus bietet das geltende Recht keine Grundlage für eine "Umwandlung" von Fremd- in Eigenkapital bzw. die Annahme eines Rangrücktritts. Dies gilt insbesondere für den Umstand, dass Dritte - namentlich eine Bank - einer Gesellschaft keinen Kredit mehr gewährt hätte ("Drittmanntest"). Abgesehen davon, dass der "Drittmanntest" im Übrigen kaum praktikabel wäre, würde Kreditgebern damit zusätzliche Risiken aufgebürdet, welche Kreditvergaben erschweren bzw. verteuern. Nicht ausgeschlossen ist schliesslich aber eine weitergehende Haftung eines Darlehensgebers für den Schaden von Gläubigern im Einzelfall. Zum einen haftet etwa der Darlehensgeber, welcher - als formelles oder faktisches Organ - es bei einer Überschuldung der Gesellschaft fahrlässig versäumt hat, den Richter anzurufen, den deswegen zu Schaden kommenden Gläubigern gestützt auf Art. 754 ff. OR. Nach der bundesgerichtlichen Praxis dürfte hier allerdings der Gläubiger einen unmittelbaren Schaden nicht einklagen können (BGE 122 III 177 Erw. 7c S. 193 f.; vgl. die Kritik dazu in BS-Kommentar Widmer/Banz, N 24 zu Art. 754 OR). Zum andern kann der Kapitalgeber, welcher Gläubigern gegenüber den Eindruck einer reichlichen Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital erweckt hat, allenfalls nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung zur Verantwortung gezogen werden.

**3.** Nach unbestrittener Sachdarstellung der Klägerin lagen dem Verwaltungsrat der X. \_\_\_\_\_ AG - und damit der Klägerin bzw. ihrem Vertreter im Verwaltungsrat - vor Abschluss des Vertrags vom 1. Mai 2001 als letzte die "geplanten Bilanzen", datierend vom 15. April 2001 (act. 3/18, Datierung unten) vor (act. 22, S. 6). Diese wiesen per März 2001 ein Eigenkapital von Fr. 8'483'000.--

(Fr. 11'769'000.-- abzüglich Fr. 3'286'000.--) aus, im April, Mai und Juni 2001 sollte das Eigenkapital geringfügig höher sein und dann bis Ende 2001 auf Fr. 12'306'000.-- (Fr. 11'749'000.-- plus Fr. 557'000.--) ansteigen. Die Beklagte reicht ihrerseits eine "Historische Berechnung des Eigenkapitals" zu den Akten. Die R. \_\_\_\_\_ Treuhand hatte dabei nachträglich zuhanden der Beklagten monatliche Bilanzen der X. \_\_\_\_\_ AG für die Zeit von März bis September 2001 erstellt und dabei zusätzlich aufgrund von ihr vorgenommenen Bewertungskorrekturen "bereinigte" Bilanzen erstellt (act. 14/13). Die damals erstellte Bilanz per 30. März 2001 wies ein Eigenkapital (ohne Korrekturen) von Fr. 9'427'811.76 und ein "bereinigtes Eigenkapital" (mit Korrekturen) von Fr. 3'762'349.76 auf. Das Eigenkapital (ohne Korrekturen) in der "historischen Berechnung" lag damit sogar über demjenigen in den "geplanten Bilanzen". Die Beklagte tut nicht dar, dass die Klägerin bei Vertragsabschluss am 1. Mai 2001 erkannt hätte, dass die Zahlen in den der Klägerin damals vorliegenden "geplanten Bilanzen" nicht korrekt und Korrekturen notwendig waren. Die Beklagte macht zwar geltend, es seien die Massnahmebegehren der X. \_\_\_\_\_ AG gegen die K. \_\_\_\_\_ alle abgewiesen worden. Ausserdem sei an der Verwaltungsratssitzung der X. \_\_\_\_\_ AG vom 1. Mai 2001 darauf hingewiesen worden, dass mit einem "Risiko K. \_\_\_\_\_" von rund Fr. 6 Mio. zu rechnen sei. Die Beklagte selbst geht dabei von einem Rückstellungsbedarf von 25% des Risikos aus (act. 30, S. 7; act. 14/13, S. 7, Ziff. 15). Selbst wenn eine solche Rückstellung mit zusätzlich Fr. 1.5 Mio. vom oben errechneten Eigenkapital in Abzug gebracht wird, so änderte sich nichts Entscheidendes am gewonnenen Bild. Es verbliebe nach wie vor ein Eigenkapital von knapp Fr. 7 Mio. ("geplante Bilanzen") bzw. knapp Fr. 8 Mio. ("historische Berechnung", ohne Korrekturen). Gemäss den "geplanten Bilanzen" (Stand 15.4.2001) war zwar von Oktober 2000 bis März 2001 ein Halbjahresverlust von Fr. 3'286'000 aufgelaufen. Für den weiteren Jahresverlauf wurden indessen Gewinne budgetiert (act. 3/18). Bei einem Eigenkapital von Fr. 7 - 9 Mio., einer Bilanzsumme von ca. Fr. 30 Mio. und einem geplanten Jahresumsatz von Fr. 48 Mio. (worstcase) bis Fr. 63 Mio. (bestcase; act. 14/8, S. 2) kann kaum von einer nicht mehr tolerablen Unterkapitalisierung geschweige denn - und dies ist hier entscheidend - von einer drohenden Überschuldung gesprochen werden. Selbst bei einer Rückstellung von Fr. 6 Mio.

(statt Fr. 1.5 Mio.) für das "Risiko K. \_\_\_\_\_" wäre letzteres noch bei weitem nicht der Fall gewesen. Dass die X. \_\_\_\_\_ AG in der fraglichen Zeit grosse Liquiditätsprobleme hatte, mag zutreffen, ist für die Frage, wie das von der Klägerin zur Verfügung gestellte Darlehen im Konkurs zu behandeln ist, indessen nicht massgeblich. Beizufügen bleibt, dass auch nach der "Historischen Berechnung" das Eigenkapital der X. \_\_\_ AG per Ende April 2001 bei Fr. 8'581'621.30 und das "bereinigte" Eigenkapital bei Fr. 1'040'730.30 lag. Erhöht man die Rückstellung für das Risiko Swisscom von Fr. 1'233'888.-- auf Fr. 1.5 Mio. so bleibt nach wie vor ein "bereinigtes" Eigenkapital von Fr. 774'618.30. Eine Überschuldung war selbst nach diesen Zahlen nicht gegeben.

4. Bei dieser Sachlage besteht kein Anlass, die Forderungen der Klägerin aus dem Vertrag vom 1. Mai 2001 als rangrücktrittsbelastet zu kollozieren. Wenn die Klägerin ihr Darlehen in der Folgezeit stehen liess, so rechtfertigte dies eine Schlechterstellung im Konkurs in keiner Weise, dies auch dann nicht, wenn sie erkannt haben sollte, dass die finanzielle Situation der X. \_\_\_\_\_ AG sich nach dem 1. Mai 2001 rapide verschlechterte oder sogar eine Überschuldung eintrat. Dabei kann offen bleiben, ob das Darlehen der Klägerin gestützt auf die Ziff. 5 der Vereinbarung vom 1. Mai 2001 (Fälligkeit) automatisch fällig wurde, nachdem die X. \_\_\_ AG die Kapitalerhöhung nicht bis zum 30. Juni 2001 vorgenommen oder ob die Rückforderung gemäss Ziff. 9 (Verzugsklausel) einer entsprechenden Willenserklärung der Klägerin bedurfte (act. 22, S. 12 und act. 38, S. 3 f.; act. 30, S. 5 f.).

Zu Recht verlangt die Klägerin mithin die Kollozierung ihrer Darlehensforderung in der dritten Klasse. Das Quantitativ ist unbestritten. Die Klage ist daher gutzuheissen.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Mit der Vorinstanz ist von einem Streitwert von Fr. 904'000.-- auszugehen (act. 55, S. 21).

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. In Gutheissung der Klage wird im Konkurs über die X. \_\_\_\_ AG die Forderung der Klägerin von Fr. 2'475'000.--, nebst Zins zu 7,5% seit 19. Dezember 2001 im Betrag von Fr. 124'265.65 und Zins zu 5% seit 30. Juli 2001 im Betrag von Fr. 58'093.75 sowie von Fr. 2'152.00 in der dritten Klasse kolloziert.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 14'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 584.00 Schreibgebühren  
Fr. 399.00 Zustellgebühren
4. Die Kosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für beide Instanzen eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 55'000.00 zuzüglich Fr. 4'180.-- (7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Gegen diesen Entscheid kann  
  
innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;  
  
innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bun-

desgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

versandt am: