

GR_GERICHTE ZK2 2023 28 vom 27. Mai 2024

GR Gerichte, 2024-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2 2023 28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_28)

FR: GR_GERICHTE ZK2 2023 28 du 27 mai 2024

IT: GR_GERICHTE ZK2 2023 28 del 27 maggio 2024

Regeste

Kollokationsklage (Kostenentscheid) | Beschwerde Prozessrecht (319 ZPO, ohne die Endentscheide)

Erwägungen

E. 1

Der angefochtene Entscheid ist ein erstinstanzlicher Endentscheid, der grundsätzlich mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufungskläger nennen Forderungen in einem Betrag von CHF 2.98 Mio. und weisen darauf hin, dass die Konkursverwaltung von einer Konkursdividende in der Höhe von 0 bis 50 % ausgehe, was einen Durchschnitt von 25 % ergebe (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 5 ff.). Die Berufungsbeklagte geht aufgrund der gleichen Überlegungen von CHF 2'971'967.30 und einer Dividende von 25 % in der Höhe von CHF 742'999.83 aus (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 5 ff.). Der Streitwert ist jedenfalls erreicht.

E. 2

Die Berufungskläger haben die Dispositiv-Ziff. 3, Ziff. 4, Ziff. 5 und Ziff. 11 des vorinstanzlichen Entscheides nicht angefochten. Diese sind damit in Rechtskraft erwachsen.

E. 3

Das vorinstanzliche Urteil (Proz.-Nr. 115-219-233) wird in zweifacher Hinsicht angefochten: Seitens der einen Partei mit der Berufung in der Sache (Proz.-Nr. ZK2 23 23) und seitens der anderen Partei mit Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen i.S.v. Art. 110 ZPO (Proz.-Nr. ZK2 23 28). Damit stellt sich die Frage der Vereinigung der beiden separat angelegten Verfahren, wie diese von der Berufungsbeklagten verlangt wurde. Art. 125 lit. c ZPO sieht die Möglichkeit der Vereinigung explizit vor. Diese ist besonders naheliegend, wenn sich zwei separat erhobene Rechtsmittel gegen einen und denselben vorinstanzlichen Entscheid richten, worauf die Berufungsbeklagte hinweist (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 10 ff.). Die Berufungskläger widersetzen sich der Vereinigung, weil die Berufungsbeklagte ja bereits eine Berufungsantwort habe erstatten können und verlangt ein Nichteintreten auf die Beschwerde, soweit diese nicht abzuweisen sei. Werden mehrere Rechtsmittel gegen ein und denselben erstinstanzlichen Entscheid erhoben, so ist kaum eine Konstellation vorstellbar, die eine getrennte Behandlung rechtfertigen würde; zu gross ist die Abhängigkeit des Urteils als Ganzem von der Entscheidung in den einzelnen Punkten. Die Parteien sind auch gehalten, die strittigen Punkte im dafür vorgesehenen Rechtsmittel

anzufechten, so- dass es für die Berufungsbeklagte keinen Anlass gab, sich im Berufungsverfahren ZK2 23 23, in dem die Kosten- und Entschädigungsregelung gar nicht angefochten war, dazu zu äussern, wie die Berufungskläger bemängeln. Die Verfahren ZK2

12 / 30 23 23 und ZK2 23 28 sind daher zu vereinigen. Die Parteien werden unabhängig davon, auf welches Rechtsmittel Bezug genommen wird, als Berufungskläger und als Berufungsbeklagte bezeichnet.

E. 4

Das Berufungsverfahren stellt keine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt – jedenfalls grundsätzlich – voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden beziehungsweise aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (statt vieler BGE 138 III 374 E. 4.3.1 m.w.H.). Das Berufungsgericht ist jedenfalls nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4, je m.w.H.).

E. 5

Die Berufungsbeklagte beantragt, auf die Berufung sei nicht einzutreten, weil sich die Berufungskläger mit ihrer Kritik nicht auf konkrete Erwägungen und Aktenstücke beziehen würden (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 16 f., 18) und Äusserungen zu den umfangreichen und detaillierten juristischen Ausführungen der Vorin-

13 / 30 stanz fehlten. Eine Pflicht, sich zum vorinstanzlichen Entscheid zu äussern, wenn es sich um rechtliche Erwägungen handelt, besteht nicht, gilt doch für die Gerichte aller Stufen der Grundsatz *iura novit curia* (Art. 57 ZPO). Das heisst, dass die zweite Instanz die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz ohne Unterstützung durch die Parteien überprüfen

muss. Wenn die Berufungskläger weder konkrete Erwägungen noch Aktenstücke nennen, dürfte dies damit zu tun haben, dass sie der Vorinstanz vorwerfen, sie habe nicht untersucht und es sei nicht bewiesen, dass die Berufungskläger eine Rangrücktrittserklärung, wie sie in Art. 725 aOR vorausgesetzt wird, abgegeben habe. Der Vorwurf einer Unterlassung lässt sich bekanntlich schwer verorten. Wie es sich mit dem Standpunkt der Berufungskläger verhält, ist sogleich zu erörtern. Auf die Berufung ist einzutreten.

E. 6

Die Berufungskläger äussern sich in der Berufung (ZK2 23 23 act. A.1) wie folgt: Es sei nach wie vor strittig, ob sie bei den von ihnen gewährten Darlehen für den Fall der Überschuldung ganz oder teilweise auf die Darlehensrückzahlung verzichtet hätten. Gemäss Art. 725 Abs. 2 aOR bestehe die Möglichkeit, im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten, wenn ein Gesellschaftsgläubiger dies wolle. Ein echter Rangrücktritt sei eine Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern, einzuordnen als Vertrag zugunsten Dritter, weil die anderen Gläubiger vom Rangrücktritt profitieren könnten (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 15). Die von der Vorinstanz angenommene Rangrücktrittsvereinbarung über CHF 2'971'967.30 habe es nicht gegeben und sie sei auch nicht nachgewiesen worden (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 16). Die Vorinstanz geht nach den Berufungsklägern von einer zumindest konkludenten Rangrücktrittsvereinbarung aus. Eine Vermutung, wie dies die Lehre teilweise vorschläge, genüge nicht, es brauche einen – hier schuldig gebliebenen – Beweis (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 20). Mit dem Zeugnis B._____ könnten weder die fehlenden Behauptungen noch die Offerte von Beweismitteln durch die blossе Annahme einer Rücktrittsvereinbarung ersetzt werden (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 22). Nach BGer 4A_496/2010 seien Forderungen der Aktionäre gegen die Gesellschaft als Fremdkapital zu behandeln, und sie seien zu erfüllen, wenn kein Rechtsmissbrauch vorliege. Und in BGer 5C.230/2005 E. 3 halte das Bundesgericht fest, dass es im schweizerischen Recht das kapitalersetzende Darlehen nicht gebe. Ohne entsprechenden Vertrag könne ein Aktionärsdarlehen nicht umgewandelt werden (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 24). Dass die Vorinstanz annehme, dass Dritte der Gesellschaft in der konkreten Situation keine Darlehen gewährt hätten, könne nicht dazu führen, dass es sich um rücktrittbelastete Forderungen handle (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 25); der Beweis könne nicht durch eine Annahme ersetzt werden, sodass die Forderungen der Berufungskläger in der dritten Klasse kolloziert werden müssten (ZK2 23 23 act. A.1, 14 / 30 Rz. 27 ff.). Im Zusammenhang mit sog. Sanierungsdarlehen gemäss Art. 288 SchKG habe das Bundesgericht in BGer 5A_671/2018 v. 8.9.2020 E. 3.5.2 ausgeführt, dass die Schädigungsabsicht dort fehle, wo der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpfe und diese erfolgsversprechend erscheine (BGE 137 III 268 E. 4.2.3; 134 III 615 E. 5.2). Eine Verpflichtung der Gesellschaftsgläubiger, mit einer notleidenden Gesellschaft einen sog. Rangrücktritt zu vereinbaren, gebe es nicht (ZK2 23 23 act. A.1, Rz. 47).

E. 7

Das Argument der Berufungskläger im Berufungsverfahren, dass es keine Rangrücktrittsvereinbarungen in der Höhe von rund CHF 2.9 Mio. i.S.v. Art. 725 aOR (d.h. in der damals geltenden Fassung) gegeben hat bzw. eine solche nicht nachgewiesen wurde, ist zutreffend. Das ist allerdings auch nicht entscheidend, da die Vorinstanz auch nicht von einer Vereinbarung betreffend Rangrücktritt mit den Berufungsklägern ausgegangen ist. Ihre Ausführungen sind so zu verstehen, dass die Forderungen der Berufungskläger

aufgrund der prekären finanziellen Situation der Gesellschaft aus rechtlichen Gründen als nachrangig behandelt und entsprechend kollektiviert werden müssen. Ob Forderungen von Gläubigern ohne konkrete Vereinbarung und ausserhalb der Konstellation, wie sie Art. 725 aOR vorsieht, überhaupt nachrangig werden können, ist eine Rechtsfrage (Art. 57 OR). Dies bedarf einer näheren Erörterung.

E. 8

Der Standpunkt der Berufungsbeklagten lautet in der Berufung zusammengefasst wie folgt: Das Tatsachenfundament sei von den Berufungsklägern anerkannt worden (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 24). Zu diesem Fundament gehöre die spätestens ab 2011 desaströse wirtschaftliche und finanzielle Lage der Bauunternehmung. Die gewährten Darlehen seien Sanierungsdarlehen, welche die Weiterführung der Unternehmung und ihr Überleben (temporär) gesichert hätten (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 25). Die Berufungskläger seien als Aktionäre/Schwestergesellschaft nahestehende Personen mit den entsprechenden Kenntnissen (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 26). Die Berufungskläger würden in der Berufung auch nicht bestreiten, dass aussenstehende Dritte der Bauunternehmung keine vergleichbaren Darlehen gewährt hätten (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 28). 9.1. Zunächst ist festzuhalten, wie es sich mit dem verschiedentlich erwähnten Art. 725 aOR verhält. Art. 725 Abs. 2 aOR (wie er im massgeblichen Zeitpunkt galt; der derzeit geltende Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR beruht auf den gleichen Überlegungen) betrifft einen gesetzlich klar umschriebenen Fall: Begründete Besorgnis, dass eine Gesellschaft überschuldet ist, Klärung der Frage, ob die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, Benachrichtigung des Gerichts, wenn nicht "Gesellschaftsgläubiger

15 / 30 im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten". Es braucht in der gesetzlichen Konstellation also Gesellschaftsgläubiger, die vertraglich dem Verlust ihres Ranges zustimmen und damit in Kauf nehmen, im Insolvenzfall erst etwas zu erhalten, wenn alle anderen Gläubiger der Gesellschaft befriedigt sind (was in aller Regel einen Totalverlust bedeutet). Der hier zu beurteilende Fall ist offensichtlich nicht jener, der gesetzlich in Art. 725 aOR geregelt ist, in dem Gesellschaftsgläubiger vertraglich im Rang hinter die anderen Gläubiger zurücktreten. Zu entscheiden ist, wie dann Abhilfe geschaffen wird, wenn Gesellschaftsgläubiger deshalb geschädigt werden, weil der finanziell angeschlagenen Gesellschaft nahestehende Personen durch Gewährung von Darlehen ermöglichen, weiter am Wirtschaftsleben teilzunehmen und die Geschäfte weiterhin zu führen, ohne dass die Situation der Gesellschaft dadurch grundsätzlich verbessert wird. In der Lehre wird diese Ausgangslage verbreitet als problematisch erkannt und es werden Massnahmen zur Abhilfe erörtert. Geäussert werden zwei Ansichten: 9.2. Die Vertreter der einen Ansicht gehen davon aus, dass derart gewährte Darlehen zu Eigenkapital umqualifiziert, d.h. wie Eigenkapital behandelt werden müssen und damit als Haftungssubstrat zugunsten der übrigen Gläubiger dienen (vgl. z.B. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, Rz. 344 zu § 40 Anm. 80 ["Es kann gegen Treu und Glauben verstossen, wenn Aktionäre im Konkurs ihre Darlehen zurückfordern, obwohl diese ganz bewusst als "Quasi-Eigenkapital" dienen und die Gesellschaft ohne diese Mittel nicht lebensfähig gewesen wäre"]); Thomas Rihm, Nachrangige Schuldverpflichtungen, Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer, Band 108, Zürich 1992, S. 75; Lukas Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, St. Galler

Studien zum Privat- Handels- und Wirtschafts- recht, Band 45, Bern/Stuttgart/Wien, 1996, S. 139 ff. [S. 145: "Die Umqualifizierung ist nur im Falle des Konkurses vorzunehmen. Das Ziel der Umqualifizierung von Darlehen ist, dass diese nicht in der dritten Klasse kolloziert werden"]; Christoph von Greyerz, Kapitalersetzende Darlehen, in: FS für Frank Vischer, Zürich 1983, S. 547 ff. [S. 549: "Wer Zahlungsunfähigkeit durch Gewährung von Darlehen beseitigt, treibt den Teufel mit dem Beelzebub aus und vertauscht den Konkursgrund der Illiquidität häufig mit demjenigen der Überschuldung. Wer Sanierungsdarlehen gewährt, erweckt den Eindruck der Sanierung, obschon in Tat und Wahrheit die Überschuldung nicht beseitigt, sondern herbeigeführt wird. Die Verwaltung, welche die Gesellschaft trotz bestehender Überschuldung weder saniert noch bankrott erklärt, macht sich der Konkursverschleppung schuldig. Sie gibt den

16 / 30 Anschein einer finanziell konsolidierten Gesellschaft. Sie täuscht Zahlungsbereitschaft und Kapitaldeckung vor, während die Gesellschaft ohne die Darlehen zahlungsunfähig wäre und infolge der Darlehen überschuldet ist"). Die Folge der Umqualifizierung in Eigenkapital ist, dass die betroffenen Darlehensgeber ihre Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger im Konkurs verlieren und dass die von ihnen zur Kollokation angemeldeten Rückzahlungsforderungen nicht kolloziert werden, weil nur Forderungen von Gläubigern kollozierbar sind. Das Bundesgericht hat sich in BGer 5C.230/2005 v. 02.03.2006 E. 3 gegen diese Sichtweise ausgesprochen, welche dem Schweizerischen Recht fremd sei (vgl. auch BGer A4_496/2010 v. 14.02.2011 E. 2.4). Die Vorinstanz hat die Umqualifizierung entsprechend abgelehnt (act. B.1, E. 3.1.3 S. 14 oben). Sie hat gegen die Umqualifizierung angeführt, dass die Vermeidung der Schädigung von Drittgläubigern auch mit einer weniger einschneidenden Massnahme erreicht werden könne (act. B.1, S. 14 f.; vgl. z.B. auch Pablo Duc, Rangrücktritt und kapitalersetzendes Darlehen im Konkurs- und Nachlassverfahren, ZZZ 2011/12, S. 204 ff., S. 208). 9.3. Die andere Ansicht will die in Krisensituationen gewährten Darlehen von nahestehenden Gläubigern als nachrangig, d.h. den Gläubigern der dritten Klasse nachgehend behandeln, und zwar ohne Zutun derselben und auch gegen deren Willen. Vertreter dieser Ansicht äussern sich etwa wie folgt: • Duc, a.a.O., S. 208: "Ein Verstoss gegen diese [die Sanierungsverantwortung] liegt vor, wenn das Darlehen dazu beiträgt, dass die Gesellschaftsgläubiger einem Verlustrisiko ausgesetzt werden, welches über das vom Gesetzgeber erlaubte Mass hinausgeht. Dies ist dann der Fall, wenn das Darlehen einer Gesellschaft gewährt wird, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet ist". • Karin Müller, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Bern 2014, Rz. 199 f.: "Gewährt ein Gesellschafter der überschuldeten Gesellschaft ein Darlehen, um ihre Zahlungsfähigkeit wiederherzustellen und die Weiterführung der Geschäftstätigkeit zu ermöglichen, kann nach Sinn und Zweck des Gesetzes von der Benachrichtigung des Richters nur abgesehen werden, wenn eine Rangrücktrittserklärung [...] im Ausmass der Unterdeckung abgegeben wird. Die Gewährung des Darlehens beseitigt die Überschuldung nämlich nicht, sondern vergrössert noch den Verschuldungsgrad. [...] Nicht selten wird bei einer festgestellten Überschuldung ein Rangrücktritt bezüglich der Darlehensforderung ausdrücklich verabredet. Fehlt es an einer ausdrücklichen Abrede, gestattet es unter Umstände der Zweck, zu dem das Darlehen gewährt

17 / 30 wurde – nämlich die Abwendung des Konkurses – auf einen konkludenten Rangrücktritt zu schliessen". • Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, frühere 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 Rz. 780 und 785: Der sog. konkludente Lösungsansatz löst die anstehenden

Probleme ohne wesentliche neue Probleme zu schaffen. Wenn Aktionäre bzw. Nahestehende – je schlechter es der Gesellschaft geht – ihre Gelder nur noch als Darlehen geben, obwohl die Verbesserung der Eigenkapitalbasis geboten wäre, erhöht sich in der finanziellen Krise noch der Verschuldungsgrad der geschwächten Gesellschaft.

- Benedikt Maurenbrecher/Heinz Schärer, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 15 zu Art. 312 OR: "Entgegen einer verbreiteten Meinung [...] gibt es im Schweizer Recht keine kapitalersetzenden Darlehen [...]. Dagegen soll die Fiktion eines stillschweigenden Rangrücktritts nach der Lehre möglich sein [...]. Ein solcher kann als Folge des Rechtsmissbrauchsverbotes [...] Platz greifen [...]"
- Franco Lorandi, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021, N 331d und 332 zu Art. 219 SchKG: "Ob die Rechtsgrundlage in Art. 2 ZGB gesehen wird (allenfalls i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR [...]) oder ob man von einer Rechtsfortbildung modo legislatoris i.S.v. Art. 1 ZGB ausgeht, scheint dabei von nicht entscheidender Bedeutung. Auch Tatbestände des Durchgriffs können einen präsumtiven Rangrücktritt begründen [...]. Sind die Voraussetzungen erfüllt, [so ist die Forderung] gleich zu behandeln, wie wenn ein rechtsgeschäftlicher (qualifizierter) Rangrücktritt [...] abgegeben worden wäre".

10.1. Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass im damals (und auch heute noch) geltenden Recht einzig der gläubigerseits erklärte Rangrücktritt des Art. 725 Abs. 2 aOR ausdrücklich erwähnt ist (BGer 5C.230/2005 v. 02.03.2006 E. 4). Ein namhafter Teil der Lehre ist der Ansicht, dass mit einer angepassten Anwendung dieser Bestimmung auf Fälle reagiert werden kann, in denen Gesellschaften in prekären Verhältnissen dank Darlehen Nahestehender weitergeführt werden können, was "gewöhnliche" Gläubiger schädigt, welche dann in einem späteren Konkurs ihre Dividende mit den nahestehenden Gläubigern teilen müssen. Von Befürwortern stammen etwa folgende Äusserungen:

18 / 30 • Duc, a.a.O., S. 208: Gegen die Sanierungsverantwortung wird verstossen, wenn das Darlehen einer Gesellschaft gewährt wird, die im Sinne von Art. 725 Abs. 2 überschuldet ist.

- Müller, a.a.O., Rz. 932 f.: "Die Lehre und Rechtsprechung haben verschiedene Ansätze zur Lösung der Eigenkapitalersatzproblematik entwickelt. Während vorab in der älteren Literatur die Figur des 'kapitalersetzenden Darlehens', bei der das Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital umgewandelt wird, im Vordergrund stand, spricht sich die neuere Lehre dafür aus, das Darlehen mit einem Rangrücktritt zu belasten (stillschweigender bzw. konkludenter oder gesetzlich erzwungener Rangrücktritt [...]). Bei der kritischen Hinterfragung der beiden Lösungsansätze hat sich gezeigt, dass allein ein gesetzlich erzwungener Rangrücktritt, der dazu führt, dass das Darlehen nachrangig zu behandeln ist, zur Lösung der Eigenkapitalersatzproblematik infrage kommt".
- Und Müller, a.a.O., Rz. 580 f.: "Hauptkritikpunkt ist der Parteiwille. Es wird argumentiert, der Wille der Parteien (Gesellschaft und Geldgeber) ginge dahin, dass der Gesellschaft ein Darlehen (Fremdkapital) gewährt werde und eben gerade nicht finanzielle Mittel in Form von Risikokapital. In vielen Fällen werde auch kein vom Wortlaut der Vereinbarung abweichender tatsächlicher Parteiwille dargetan werden können, sodass die Annahme eines konkludenten Rangrücktritts problematisch sei. Mit der Annahme eines konkludenten bzw. stillschweigenden Rangrücktritts werde dem Darlehensgeber unterstellt, «zwischen ihm und der Gesellschaft bestehe gewissermassen stillschweigend eine Vereinbarung, wonach das Darlehen bis zur erfolgreichen Sanierung nicht abgezogen werden dürfe» (Hold, 157). Ein derartiger Bindungswille existiere indessen nicht. Vielmehr sei das

Gegenteil der Fall: Der Haupt- grund für die Finanzierung in Form eines Darlehens dürfte gerade darin lie- gen, dass der Darleiher sich im Unterschied zu einer Kapitaleinlage ein Rückforderungsrecht vorbehalten wolle [...]. Solle im Konkurs vom Willen der Parteien, wonach Fremdkapital hingegeben worden sei, abgewichen werden, bedürfe es hierfür eines besonderen Grundes, den der Darlehensnehmer darzutun und zu beweisen hätte". (OGer ZH vom 3.6.2005, NF 040010/U, E. II 2. (S. 6 f.) und NF040011/U). Und schliesslich Müller, a.a.O., Rz. 583: "Um die Kritik, es fehle an einem entsprechenden Parteiwillen, Rechnung zu tragen, wird in der Lehre teilweise nicht von einem konkludenten bzw. stillschweigenden, sondern von einem gesetzlich erzwungenen Rangrücktritt ausgegangen".

19 / 30 • Michael Hold, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschafts- recht, Band 60, Bern/Stuttgart/Wien, 2000, S. 108: "Mit dem Tatbestand der Überschuldung hat der Gesetzgeber einen Finanzierungszustand definiert, bei welchem er das für die Gesellschaftsgläubiger bestehende Verlustrisiko als zu hoch einstuft. Die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit bei bestehender Überschuldung ist grundsätzlich nur zulässig, wenn den Gesellschaftsgläubi- gern neues Eigen- oder Risikokapital zur Verfügung gestellt wird. Daraus er- gibt sich für all jene Personen, welche sich mit der Finanzierung und Sanie- rung einer überschuldeten Gesellschaft befassen, eine besondere Sanie- rungsverantwortung. Diese verlangt, dass die genannten Personen die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit ohne Zuführung von neuem Eigen- bzw. Risikokapital zumindest nicht aktiv fördern dürften [...] und die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit darüber hinaus durch aktives Handeln verhindern müssen. Die genannten Personen verletzen die ihnen obliegende Sanie- rungsverantwortung, wenn sie aktiv dazu beitragen, dass die Geschäftstätig- keit der überschuldeten Gesellschaft mit Hilfe von neu gewährten Darlehen fortgesetzt wird, ohne dass der Gesellschaft neues Eigen- bzw. Risikokapital zugeführt wird". • Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 74 zu § 11: "Anders als im Steuerrecht werden diese Darlehen aber nicht in Eigenkapital umqualifiziert, sondern es wird dem Verhältnis von Aktionär und Gesellschaft ein implizierter Rangrück- tritt [...] unterstellt". 10.2. Nach der Vorinstanz, die die Umqualifizierung in Eigenkapital abgelehnt hat, steht dem konkludenten Rangrücktritt nichts entgegen, da auch Art 725 Abs. 2 aOR die Rechtsfigur des Rangrücktritts unter dem Gesichtspunkt Kapitalverlust und Überschuldung anerkennt. Hat der Darlehensgeber zur Zeit der Gewährung Kenntnis von der finanziellen Gefährdungslage und würden Aussenstehende das Darlehen nicht zu den gleichen Konditionen gewähren, ist eine mit Rangrücktritt belastete Forderung anzunehmen, die erst dividendenberechtigt ist, wenn alle üb- rigen Forderungen befriedigt sind (act. B.1, E. 3.1.4). 10.3. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Nach Ansicht des Kantonsgerichts kann allerdings nicht ausschliesslich mit Art. 725 Abs. 2 aOR argumentiert wer- den, der nur einen freiwilligen vertraglichen Rangrücktritt vorsieht, während der Vorgang, womit von einem Teil der Lehre Abhilfe gegen Gesellschafterdarlehen bei Überschuldung geschaffen werden soll, gegen den Willen der Darlehensgeber

20 / 30 geschieht. Die Bezeichnung konkludent ("der Erklärende gibt den Geschäftswillen dadurch kund, dass er ihn gegenüber dem Erklärungsempfänger betätigt" [Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerischen Obligationenrecht, All- gemeiner Teil, Band I, 11, Aufl., Zürich 2020, Rz. 181]) und stillschweigend ("Still- schweigen gilt nach der Praxis immerhin nur dann als Willenserklärung, wenn das Erklärungsverhalten

eindeutig ist"; Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rz. 190a), wie sie verschiedentlich verwendet wird, ist zumindest verwirrend. Es geht ja nicht um jene Darlehensgeber, die i.S.v. Art. 725 Abs. 2 aOR vertraglich im Rang zurückgetreten sind, sondern eben gerade um jene, die das nicht im Sinne haben und ihre Darlehensrückforderung im 3. Rang kolloziert haben wollen. Den Vorgang als "gesetzlich erzwungenen Rangrücktritt" (act. B.1, E. 3.1.3) zu bezeichnen, ist ebenfalls fragwürdig, weil das Gesetz gerade keine explizite Lösung vorsieht. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass die Rückzahlung der Forderung der Aktionäre gegenüber der eigenen AG der Regelfall ist, der allerdings unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs steht (BGer 4A_496/2010 v. 14.02.2011 E. 2.4). Für den Fall der Darlehensgewährung bei Überschuldung der Gesellschaft geht das Kantonsgericht von einem solchen Rechtsmissbrauch aus. Als Organe der Gesellschaft sowie als Organe der Klägerin 1 wären die Berufungskläger verpflichtet gewesen, dem Gläubigerschutz in Art. 725 Abs. 2 aOR Nachachtung zu verschaffen. Das haben sie unterlassen und die Geschäftstätigkeit mit jenen Darlehen weitergeführt, die sie – wenn sich niemand anders gefunden hätte – vertraglich hinter die Forderungen der anderen Gesellschaftsgläubiger hätten zurücktreten lassen müssen. Dass der Vorteil aus dieser Missachtung des gesetzgeberischen Willens im anschliessenden Konkurs durch eine angeordnete Nachrangigkeit zugunsten der geschützten Gläubiger "abgeschöpft" wird, ist nur systemlogisch. Dass die Vorinstanz die Kollozierung nicht gänzlich aufgehoben hat, widerspricht den Regeln des Rechtsmissbrauchs nicht, obwohl damit die Durchsetzung des missbräuchlich geltend gemachten Rechts nicht gänzlich verweigert wird. Anders als bei den Nichtigkeitsfolgen von Art. 20 OR ist auch die blosser Modifikation von Rechten zulässig (Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht [Art. 1-9 ZGB], Bern 2012, N 56 und 204 zu Art. 2 ZGB). Art. 725 Abs. 2 aOR bezweckt den Schutz der Gesellschaftsgläubiger in der Krise: Geschützt werden nicht einzelne Gläubiger, sondern alle Gläubiger. Es soll verhindert werden, dass neue Gläubiger der Gesellschaft trotzdem Kredit gewähren, weil sie die Überschuldung nicht erkennen (Lukas Handschin, in: Handschin [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht [Art. 698-726 und 731b OR],

21 / 30 3. Aufl., Zürich 2018, N 140 zu Art. 725 OR). Die überschuldete Gesellschaft muss liquidiert werden, wenn sie nicht unverzüglich und nachhaltig saniert werden kann oder Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter die anderen Gläubiger zurücktreten. Wer als "gewöhnlicher" Gläubiger Geschäfte abschliesst, kann – so Müller (a.a.O., Rz. 446) – (implizit) darauf vertrauen, dass Gesellschaften, so lange sie am Rechtsverkehr teilnehmen, nicht überschuldet sind. Entscheidend kann allein die Tatsache der Überschuldung sein. Solange keine Überschuldung vorliegt, gibt es kein schützenswertes Vertrauen und andere Krisen der Gesellschaft wie Kreditunwürdigkeit oder Unterbilanz genügen nicht, um Darlehen Nahestehender gegen deren Willen als nachrangig zu behandeln (Müller, a.a.O., Rz. 448). Das rechtfertigt es, Darlehen, welche ein (nahestehender) Gläubiger der überschuldeten Gesellschaft gewährt und damit die Gesamtheit aller Gesellschaftsgläubiger gefährdet, im Falle der Anmeldung zur Kollokation im Konkurs wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens mit der Versetzung in den Nachrang zu ahnden (vgl. Müller, a.a.O., Rz. 450 f.). Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Versetzung (nahestehender) Gesellschaftsgläubiger in den Nachrang in der vorstehend geschilderten Situation geboten ist, allerdings – in Anlehnung an Art. 725 Abs. 2 aOR – nur dann, wenn die Gesellschaft bei Gewährung der Darlehen

überschuldet war (vgl. Loran- di, a.a.O., N 331c zu Art. 219 SchKG, der darauf hinweist, dass die Überschul- dung als Voraussetzung überwiegend verlangt wird). Liegt keine Überschuldung vor, ist es grundsätzlich zulässig, dass Gesellschaften ihre Geschäftstätigkeit mit Hilfe von Gesellschafterdarlehen fortsetzen (Hold, a.a.O., S. 107).

10.4. Die finanziellen Verhältnisse der Bauunternehmung werden von den Partei- en unterschiedlich dargestellt. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Berufungsbe- klagte die ab 2011 wirtschaftliche und finanzielle Lage der Bauunternehmung als durchwegs desaströs dargestellt und sie hat dies in der Berufung wiederholt (ZK2 23 23 act. A.2, Rz. 25). Die Berufungskläger haben die Überschuldung im vorin- stanzlichen Verfahren durchwegs bestritten (z.B. RG act. I./1, Rz. 14); die Darle- hen der Berufungskläger seien in einem Zeitpunkt gewährt worden, in welchem es keine Überschuldung gegeben habe (RG act. I./1, Rz. 15, 18, 20; RG act. I./3, Rz. 10, 13 f., 24, 39). Die Berufungsbeklagte hat erstinstanzlich die Überschuldung als solche mehrfach behauptet und zwar mit Eintritt spätestens im Zeitpunkt der Ver- mögensübertragung vom 22. Juni 2015 (RG act. I./2, Rz. 13 f., 20, 42, 43; RG act. I./4, Rz. 14, 17). Sie hatte zunächst zur Frage, wann die Überschuldung eingetre- ten ist, ein Gutachten verlangt (RG act. I./4, Rz. 22). Mit Schreiben vom 6. Juli 2020 verzichtete sie dann darauf (vgl. act. B.1, Sachverhalt lit. G; RG act. X./1.3,

22 / 30 S. 16: "Die Beklagte verzichtet auf ein Gutachten über den Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung der A.E. _____ AG Bauunternehmung in Liq." [was auch im vorinstanzlichen Entscheid in Sachverhalt lit. G festgehalten ist]). "Für die Beurtei- lung, ob die streitgegenständlichen Ansprüche à-fonds-perdu-Beiträge, eventuali- ter rangrücktrittsbelastete Forderungen, darstellen, ist das Gutachten nur bedingt aussagekräftig. Vielmehr sind die in den beklagtischen Rechtsschriften dargeleg- ten verschiedenen Puzzlestücke zusammenzusetzen, welche aufzeigen, dass die streitgegenständlichen Forderungen als Eigenkapital zu qualifizieren sind und ent- sprechend nicht rückforderbar sind. Sollte das Gericht dennoch an der Erstellung eines Gutachtens festhalten, behält sich die Beklagte vor, Ergänzungsfragen zu stellen" (RG act. X./1.3, S. 16). Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (Urs Kägi/Linus Zweifel/Hanspeter Wüstiner, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024, N 11 zu Art. 725b OR; Duc, a.a.O., S. 204 f.). Dass es eine Überschuldung gegeben hat, ist von der Berufungsbeklag- ten behauptet und von den Berufungsklägern bestritten worden, sodass letztlich nicht geklärt wurde, ob und in welchem Zeitpunkt die Überschuldung tatsächlich eingetreten ist.

10.5. Die Vorinstanz hat die schwierige finanzielle Situation der Gesellschaft un- ter verschiedenen Gesichtspunkten dargestellt und gewürdigt: Zur finanziellen La- ge der Gesellschaft (E. 3.1.5) listet die Vorinstanz die negativen Betriebsergebnis- se, die negativen Jahresergebnisse gemäss Bilanz (mit einer Ausnahme für 2011, wo ein Gewinn von rund CHF 8'000.00 resultierte) sowie den negativen Betriebs- ertrag, je seit 2011 auf (act. B.1, E. 3.1.5.1 und 3.1.5.2) und erwähnt den Vermö- gensübertrag von der Gesellschaft auf die Berufungsklägerin 1 vom 22. Juni 2015 (Liegenschaften mit einem Aktivenüberschuss von CHF 2'102'999.00) ohne Ge- genleistung zu Gunsten der Gesellschaft (act. B.1, E. 3.1.5.3). Zur Bestätigung des Bildes verweist sie auch auf die Zeugeneinvernahmen: Ab 2016 seien Liqui- ditätsprobleme notorisch und ab Ende 2016 sei der Konkurs der Gesellschaft ein ernsthaftes Risiko gewesen. Zur Fortführung der Gesellschaft sei der Einschuss von liquiden Mitteln notwendig gewesen (act. B.1, E. 3.1.5.4). Sie weist weiter darauf hin, die Berufungskläger hätten bestätigt, dass mittels der

Darlehen die Weiterführung der Gesellschaft habe sichergestellt werden sollen (act. B.1, E. 3.1.5.5). In act. B.1, E. 3.1.5.6, zeigt die Vorinstanz die Beteiligungsverhältnisse an der Berufungsklägerin 1 sowie der konkursiten Gesellschaft auf, wonach den Berufungsklägern 2-5 und damit auch der Berufungsklägerin 1 die gefährdete fi-

23 / 30 nanzielle Lage der Gesellschaft bekannt gewesen sei. Dazu komme, dass die anderweitigen Finanzierungsmöglichkeiten bei den Banken ausgeschöpft gewesen seien (act. B.1, E. 3.1.5.7). Dass die Berufungsklägerin 1 nicht Aktionärin der Gesellschaft gewesen ist, ist nach der Vorinstanz bedeutungslos (act. B.1, E. 3.1.5.8). Zusammengefasst hat sie festgehalten, "dass sich die A.E. _____ AG Bauunternehmung zum Zeitpunkt der relevanten Darlehensgewährung in einer gefährdeten finanziellen Lage befand und die Kläger zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung darüber im Bilde waren. Ebenso erstellt ist, dass eine aussenstehende Drittperson solche Darlehen in dieser Form nicht gewährt hätte" (act. B.1, E. 3.1.6). All das belegt allerdings die Überschuldung und deren Zeitpunkt (dieser ist erforderlich, um zu ermitteln, bis zu welchem Zeitpunkt die Darlehensgewährung zulässig war) nicht. Konnte die Vorinstanz sich nicht auf das massgebliche Kriterium, die Überschuldung, berufen, so hätte dies zur Anordnung der Kollokation in der dritten Klasse führen müssen. 10.6. Die Vorinstanz hat angeordnet, dass die Forderungen der Berufungskläger als rangrücktrittsbelastete Forderungen zu kollozieren sind. Das war – geht man wie vorstehend erwähnt davon aus, dass Nachrangigkeit und Überschuldung ein Junktim sind – nur zulässig, wenn die Bauunternehmung im Zeitpunkt der Gewährung der Darlehen überschuldet war. Dass die finanzielle Lage des Bauschäftes nachweislich sehr schlecht war, ist für die Anordnung der Nachrangigkeit nicht ausreichend, weil auf die Überschuldung abzustellen ist, die entsprechend Art. 725 Abs. 2 aOR als ausschlaggebender Faktor gegeben sein muss. Die Berufungskläger hätten mit der Berufung beanstanden können und – um die erstinstanzlich angeordnete Nachrangigkeit abzuwenden – beanstanden müssen, dass die mehrfach behauptete und bestrittene Überschuldung nicht nachgewiesen worden sei und die Vorinstanz deshalb die Forderungen der Berufungskläger nicht als rangrücktrittsbelastete Forderungen im dritten Rang (damit allen kollozierten Gläubigern nachgehend) hätte kollozieren dürfen. Weil die Berufungskläger in der Berufung aber gerade nicht vortrugen, die Überschuldung als Voraussetzung für die angeordnete Nachrangigkeit fehle, bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid. Die an sich zutreffende Bemerkung der Berufungskläger, die Vorinstanz habe nicht von einem vertraglichen Rangrücktritt ausgehen können, ist etwas anderes als die nicht vorgebrachte Rüge, die Nachrangigkeit hätte ohne feststehende Überschuldung nicht angeordnet werden dürfen. Die Berufung ist damit abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist in der Sache zu bestätigen, soweit er in der Berufung noch streitig ist (nicht angefochten sind die Dispositivziffern 3, 4, 5 und 11 des vorinstanzlichen Entscheides).

24 / 30 11.1. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Berufungskläger die Kollokation in der dritten Klasse verlangt haben: "Es stellt sich daher bei sämtlichen nicht anerkannten Rechtsbegehren [...] die Grundsatzfrage, ob die geltend gemachten Forderungen überhaupt zu kollozieren seien. Diese Grundsatzfrage wurde vom Gericht jeweils bejaht und damit zugunsten der Kläger [Berufungskläger] entschieden. Dass die Forderungen in der Folge jeweils als rangrücktrittsbelastet in der dritten Klasse zu kollozieren sind (entsprechend dem Eventualantrag der Beklagten), vermag nichts an der Bedeutung und Gewichtung des Grundsatzentscheids der Kollokation der jeweiligen Forderung zu ändern

[...]. Demzufolge ist für die Kostenfolge von einem vollständigen Obsiegen der Kläger [Berufungskläger] auszugehen" (act. B.1, E. 4.1). Die Kosten wurden deshalb der Berufungsbe- klagten auferlegt, welche die Berufungskläger zu entschädigen hatte. 11.2. Die Berufungsbeklagte hat gegen den vorinstanzlichen Entscheid eine selbständige Kostenbeschwerde eingereicht (ZK2 23 28) mit dem Antrag, dass die vorinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 30'000.00 den Berufungsklägern aufer- legt werden (ZK 23 28 act. A.1, Rz. 67). Es geht nach der Berufungsbeklagten nicht um die Grundsatzfrage, ob die Forderungen der Berufungskläger überhaupt zu kollozieren sind, sondern darum, welche Rechtsbegehren zum Urteilsdispositiv erhoben werden (ZK2 23 28 act. A.1, Rz. 87). Betreffend 8 von 12 Rechtsbegeh- ren – streitig sind in der Berufung noch 8 – seien die Berufungskläger mit ihren Anträgen, ihre Forderungen in der dritten Klasse zu kollozieren, unterlegen, während die Berufungsbeklagte mit ihrem Eventualbegehren (nachrangige Kollo- kation in der dritten Klasse) vollumfänglich durchgedrungen sei (ZK2 23 28 act. A.1, Rz. 88). Zwischen dem Eventualbegehren der Berufungsbeklagten und ihrem Hauptbegehren bestehe faktisch kein Unterschied, weil trotz Kollokation keine Di- vidende resultieren werde (ZK2 23 28 act. A.1, Rz. 92). 11.3. Für den Entscheid der Kostenfrage ist von folgenden Überlegungen auszu- gehen: Art. 219 SchKG sieht eine Rangordnung der Gläubiger vor und entspre- chend dieser Bestimmung ist der Kollokationsplan zu erstellen und sind die Gläu- biger zu befriedigen. Die Forderungen der Berufungskläger wurden – von den nicht mehr strittigen Ausnahmen abgesehen – jeweilen in der 4. Klasse mit dem Betrag 0 kolloziert (act. B.1, E. 3). Diese Entscheidungen wurden damit begründet, dass sich die nachmalige Konkursitin im Dezember 2015 bereits im "Recovery" befunden habe, sodass die als Darlehen gegebenen Forderungen als nicht rück- zahlungspflichtige Sanierungsbeiträge zu qualifizieren seien (Der Wortlaut der entsprechenden Kollokationsverfügung [als Beispiel betreffend Aktionärsdarlehen

25 / 30 von A.E._____, Eingabeverzeichnis-Nr. 399] ist folgender: "angemeldete Forde- rung CHF 615'000, zugelassener Betrag CHF 0.00, Verfügung des Gläubigeraus- schusses [Art. 64 Abs. 1 KOV]: Die Forderung wird nicht zugelassen, weil sich die Konkursitin im Dezember 2015 bereits im Recovery befand. Die Forderung wird damit als nicht rückzahlungspflichtiger Sanierungsbeitrag betrachtet") (act. B.1, E. 3.1). Was es genau mit den Kollokationsverfügungen auf sich hat, ist nicht ohne weite- res klar, kann jedoch aufgrund der Rechtslage und der Möglichkeiten im Zusam- menhang mit der Kollokation eruiert werden: Eine 4. Klasse gab es in einer frühe- ren Fassung des SchKG, gibt es jedoch im geltenden Art. 219 SchKG nicht mehr. Bei den vertraglichen Rangrücktritten wird in der diesbezüglich gleichen Situation diskutiert, wie die Forderungen als nachrangig gekennzeichnet werden können, und eine der Varianten ist, sie in eine vierte "(Pseudo-)Klasse" zu versetzen. Überzeugender ist es jedoch, die Qualifikation auf eine andere Weise vorzuneh- men (vgl. z.B. Lorandi, a.a.O., N 329 zu Art. 219 SchKG): Es braucht im Kollokati- onsplan einen Vermerk, dass ein bestimmter Gläubiger mit einer rangrücktrittsbe- lasteten Forderung nur und erst dann eine Dividende erhält, wenn alle übrigen Forderungen vollständig befriedigt sind. Im Ergebnis spielt es – so dieser Autor – keine Rolle, ob eine solche Forderung in der dritten Klasse eine Unterklasse oder eine fiktive vierte Klasse gebildet wird. Hauptsache ist, dass die Nachrangigkeit klar ersichtlich ist. Zu interpretieren ist, wie es sich mit den Kollokationen zum Betrag 0 (Null) verhält. Geht es darum, dass es sich um nicht rückzahlungspflichtige Sanierungsbeiträge handelt, wie sie in der Kollokationsverfügung genannt werden, hätte eine Kolloka- tion ganz verweigert und hätten die Forderungen aus dem Kollokationsplan abge- wiesen werden

müssen, wenn damit – wovon auszugehen ist – eine Umqualifizierung als Eigenkapital gemeint war. Hätte es sich um rangrücktrittsbelastete Forderungen gehandelt, hätte der Forderungsbetrag in die Kollokationsverfügung aufgenommen werden müssen, auch wenn er erst ganz zuletzt berücksichtigt werden kann. 11.4. Indem die Berufungsbeklagte die Abweisung der Kollokationsklage beantragte, verlangte sie, dass die vom Gläubigerausschuss faktisch vorgenommene Umqualifizierung als Eigenkapital belassen wird. Die Berufungskläger wollen ihre Forderungen als reguläre Drittklassforderungen kolloziert wissen, wie sie dies in ihren Rechtsbegehren auch ausdrücklich verlangen. Die Vorinstanz hat weder das eine noch das andere Begehren geschützt, sondern angeordnet, dass die Forderungen im Nachrang zum dritten Rang kolloziert werden ("rangrücktrittsbelastete

26 / 30 Forderung dritter Klasse"). Damit hat das Gericht weder das Hauptbegehren der klagenden Parteien noch das Hauptbegehren der beklagten Partei gutgeheissen, sondern einer dritten Variante den Vorzug gegeben. 11.5. Die Berufungsbeklagte weist nun darauf hin, dass sie mit ihrem Eventualbegehren die Kollokation im Nachgang zur dritten Klasse verlangt habe und dass sie deshalb, weil die Vorinstanz gemäss ihrem Eventualbegehren entschieden habe, obsiegende Partei sei. Diese Sichtweise überzeugt das Kantonsgericht deshalb nicht, weil solche Eventualbegehren für die beklagte Partei nicht zulässig sind, wofür es allerdings wenige explizite Belegstellen gibt. Erwähnenswert ist in diesem Sinne z.B. Eric Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), DIKE-Kommentar zur schweizerischen ZPO, 2. Aufl., St. Gallen/Zürich 2016, N 8 zu Art. 222 ZPO, der auf die Unselbständigkeit des Antwortbegehrens hinweist, sodass der beklagten Partei im Regelfall nur etwas zugesprochen werden kann, wenn sie Widerklage erhebt. Zu erwähnen sind weiter Roman Richers/Georg Nägeli, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, N 4 zu Art. 222 ZPO, wonach mit der Klageantwort Nichteintreten, ganze oder teilweise Abweisung der Klage verlangt und Widerklage erhoben werden kann, und Christoph Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 18 zu Art. 222 ZPO: "Grundsätzlich kann die beklagte Partei nur die Abweisung der Klage beantragen oder die Klage ganz oder teilweise anerkennen (sofern sie nicht auf Nichteintreten plädieren will)", sowie Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, in: Sutter-Somm/Seiler, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2021, N 4 zu Art. 222 ZPO: "In materieller Hinsicht kann die beklagte Partei höchstens die Klageabweisung beantragen; darüber hinausgehende Anträge bedürfen der Erhebung einer Widerklage (ZPO 224) oder sind nur im Anwendungsbereich einer actio duplex möglich"). Nach dem Gesagten kann das in der Sache gestellte Eventualbegehren der beklagten Partei nichts bewirken, jedenfalls solange es nur ein Minus zum Hauptbegehren der klagenden Partei ist (Bsp. Klage auf CHF 10'000.00, Begehren auf Abweisung durch Beklagten, eventualiter auf Zusprechung von CHF 5'000.00: das Gericht kann die CHF 5'000.00 auch unabhängig vom Eventualbegehren zusprechen und auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind bei der Zusprechung von lediglich CHF 5'000.00 gleich zu regeln). Soll eventualiter etwas Anderes verlangt werden, braucht es dazu eine Eventualwiderklage. Das Eventualbegehren ist also auch für die Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht von Bedeutung.

27 / 30 11.6. Nach der Vorinstanz stellt sich bei sämtlichen nicht anerkannten Rechtsbegehren die Grundsatzfrage, ob die geltend gemachten Forderungen überhaupt zu kollozieren sind, was sie bejaht und die Kosten- und Entschädigungsfolgen deshalb zugunsten der Berufungskläger entschieden hat (act. B.1, E. 4.1), die eine Kollokation erreicht haben, wenn diese auch nicht die von ihnen verlangte ist. Das wertet die Vorinstanz als einen Fall von Art. 107 Abs. 1 lit. a und f ZPO, wonach dem Obsiegen in einer grundsätzlichen Frage prozessual grösste Bedeutung zukommt (act. B.1, E. 4.1). Für das Kantonsgericht entspricht der vorinstanzliche Entscheid (vollumfängliches Obsiegen), mit dem die Kosten der Berufungsbeklagten entsprechend auferlegt wurden und den Berufungsklägern eine volle Entschädigung zugesprochen wurde, dem Ausgang des Verfahrens nicht. Ist unter Auslegung der Kollokationsverfügungen davon auszugehen, dass der Gläubigerausschuss eigentlich eine "Nicht-kollokation" (sinngemäss eine Abweisung aus dem Kollokationsplan) vornahm, kann zwar argumentiert werden, die Erreichung der Kollokation überhaupt sei ein Erfolg für die Berufungskläger. Das berücksichtigt jedoch nicht, dass es sich um einen Rangstreit handelt, in dem es nicht um die Kollokation als solche geht, sondern um die Kollokation in einem bestimmten, hier im verlangten dritten Rang. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Berufungskläger sich in keiner Weise mit dem vorinstanzlich Erreichten zufriedengeben, sondern bestrebt sind, die Nachrangigkeit "loszuwerden", um im gleichen Verhältnis wie alle Drittklassgläubiger befriedigt zu werden und nicht leer auszugehen, bis zuvor nicht alle Gläubiger vollumfänglich befriedigt werden. In finanzieller Hinsicht ist von einer Kollokation im Nachgang zu allen Drittklassgläubigern – anders als bei einer Kollokation in der dritten Klasse – letztlich nichts zu erwarten, weil bei einer Dividende zwischen 0 und 50 %, durchschnittlich 25 %, auf die nachgehenden Gläubiger eigentlich gar nichts entfallen kann. Das Kantonsgericht erachtet es als am sachgerechtesten, auf die Begehren der Parteien, so wie sie als Hauptbegehren gestellt wurden, abzustellen. Das führt dazu, dass die Vorinstanz keinem der Begehren gefolgt ist und dass es deshalb keine gänzlich obsiegende Partei geben kann, was zu einer hälftigen Kostenteilung führt. Die Berufungsbeklagten haben im vorinstanzlichen Verfahren 4 der 12 Rechtsbegehren (teilweise) anerkannt, was sie diesbezüglich unterliegend macht. Allerdings fällt die Wertigkeit dieser Begehren angesichts des Gesamtstreitwertes gegenüber der hälftigen Kostenteilung nicht massgeblich ins Gewicht, sodass es bei dieser bleibt. Entsprechend sind keine Entschädigungen zuzusprechen.

28 / 30 Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens bleiben bei CHF 30'000.00 und sind mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Die Berufungsbeklagte ist entsprechend dem Prozessausgang zu verpflichten, den Berufungsklägern die Hälfte des Vorschusses, also CHF 15'000.00, zu bezahlen. 11.7. Im Berufungsverfahren (ZK2 23 23) sind die Berufungskläger unterliegend, weil am vorinstanzlichen Entscheid inhaltlich nichts geändert und die Berufung abgewiesen wird (zur Anpassung der Kosten- und Entschädigungsfolgen vgl. sogleich die Ausführungen zur Kostenbeschwerde in E. 11.8). Die Gerichtskosten von CHF 10'000.00 sind den Berufungsklägern als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von diesen geleisteten Kostenvorschuss in dieser Höhe zu verrechnen. Entsprechend sind die Berufungskläger zu verpflichten, die Berufungsbeklagte mit CHF 6'482.80 (inkl. 3 % Spesen und 7.7 % MWSt.) zu entschädigen (vgl. act. G.3). 11.8. Im Kostenbeschwerdeverfahren (ZK2 23 28) hat die Berufungsbeklagte die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten. Sie hat die Auferlegung sämtlicher Kosten an die Berufungskläger (Beschwerdegegner) und die Zusprechung einer

Entschädigung zulasten der Berufungskläger (Beschwerdegegner) verlangt. In E. 11.6 wurde begründet, warum die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind und ihnen entsprechend keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist. Damit obsiegt die Berufungsbeklagte (Beschwerdeführerin) zur Hälfte. Die Gerichtskosten für die Beschwerde sind auf CHF 4'000.00 festzusetzen, den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und mit dem von der Berufungsbeklagten (Beschwerdeführerin) geleisteten Prozesskostenvorschuss von CHF 4'000.00 zu verrechnen. Die Berufungskläger (Beschwerdegegner) sind verpflichtet, der Berufungsbeklagten die Hälfte des Vorschusses, also CHF 2'000.00, zu ersetzen. Parteientschädigungen sind nicht zu bezahlen. Soweit die Berufungskläger verpflichtet werden, ist Solidarität anzuordnen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

29 / 30

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.