

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH FB030066-L vom 14. September 2004

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2004-09-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_FB030066-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH FB030066-L du 14 septembre 2004

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH FB030066-L del 14 settembre 2004

Erwägungen

E. 2

Bundesrätlicher Verzicht im Rahmen der laufenden GmbH-Revision Die Klägerin argumentiert mit dem Verzicht des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 auf eine Regelung der Umqualifizierung im Rahmen der GmbH-Revision (act. 22 S. 14 f.). Dieser Verzicht wird mit dem Vernehmlassungsergebnis und dem materiellen Argument begründet, eine solche Regelung könnte die Sanierung von

- 12 - Gesellschaften erschweren, ebenso mit dem Hinweis auf zahlreiche Schwierigkeiten bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften in Deutschland. Dem ist entgegenzuhalten, dass einerseits die GmbH-Revision noch nicht abgeschlossen ist und andererseits zudem die Expertenkommission in ihrem Bericht ausführte, die von ihr vorgeschlagene Regelung für eigenkapitalersetzende Darlehen dürfe nicht so verstanden werden, als ob ein Durchgriff, wie er schon unter bestehendem Recht in bestimmten Fällen möglich ist, nicht mehr denkbar sein sollte. Wie oben dargestellt ist die Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen im Konkurs im Rahmen der bundesgerichtlichen Vertrauenshaftung zu sehen. Der bundesrätliche Verzicht einer Regelung im Rahmen der GmbH-Revision ändert von daher nichts an der Umqualifizierung bzw. Rückstufung des eigenkapitalersetzenden Darlehens. Die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB setzt bekanntlich keine konkrete gesetzliche Regelung voraus, sondern die Bestimmung "der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz" ist – wenn auch mit gebotener Zurückhaltung – ohne weitere gesetzliche Konkretisierung anwendbar. Dies – nämlich die Anwendbarkeit der Rechtsprechung zum Durchgriffstatbestand auch ohne gesetzliche Regelung – hielt denn auch die Expertenkommission ausdrücklich fest. Der bundesrätliche Entwurf vom 19. Dezember 2001 hält sodann ausdrücklich fest, "der Verzicht auf eine zivilrechtliche Regelung berührt die bisherige Praxis der Steuerbehörden zu eigenkapitalersetzenden Darlehen nicht". Im Übrigen steht (aufgrund der Kritik Böcklis) keineswegs fest, wie die GmbH-Revision ausgehen wird (vgl. Böckli, a.a.O., § 13 N 785). Zu fragen ist somit einzig, ob die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung vorliegend gegeben sind.

E. 3

Daneben ist im Auge zu behalten, dass die Beklagte sich auf Art. 18 OR beruft, wonach bei der Auslegung von Verträgen eine Simulation insofern unbeachtlich ist, als bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen

- 13 - (act. 13 S. 4). Vorliegend ist zwar eher nicht von Simulation auszugehen. Vielmehr war die Schaffung von zusätzlichem Eigenkapital in zwei Phasen geplant, indem zunächst ein Darlehen geleistet wurde, welches nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien in der Folge in Eigenkapital umgewandelt werden sollte. Sollte sich der klägerische Einwand, aufgrund der Möglichkeit des Rückzugs des Darlehens und der Tatsache, dass der Vollzug der Aktienkapitalerhöhung bis zur Nachlassstundung nicht stattgefunden habe, könne dieses nicht umgedeutet werden, als rechtlich nicht haltbar erweisen, so spielt eigentlich die Rechtsprechung zum risikotragenden Eigenkapital gar keine Rolle mehr. Käme man nämlich zum Schluss, schon der tatsächliche oder der hypothetische, nach dem Vertrauensprinzip ausgelegte objektive Wille der Parteien habe auf Schaffung von Eigenkapital gelaute, so würde das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung gar keine Rolle mehr spielen. Tatsächlich war es die Meinung der Parteien, und insofern ist die Konstellation speziell, dass der Kläger Geld hingab, welches zunächst in der Form als Darlehen den WLL-Kauf finanzieren sollte. Dass die Parteien dabei die Darlehensform wählten, ist nach den vorliegenden Verträgen einzig darauf zurückzuführen, dass der Vollzug der beabsichtigten Aktienkapitalerhöhung noch einige Zeit beanspruchte. Nun wendet der Kläger wie gesagt ein, er hätte noch immer das Darlehen kündigen, sich dieses auszahlen lassen und damit die Wandelung in Aktienkapital verhindern können (vgl. act. 22 S. 3 f.). Diese Rechtsauffassung des Klägers trifft nur beschränkt zu. Vielmehr erklärte er sich "bereit, nach Feststellung des Vollzugs der Aktienkapitalerhöhung durch den Verwaltungsrat von Commcare (Beklagte) und nach der Eintragung von EZ (Kläger) als Aktionär die ihm aus der Aktienkapitalerhöhung zustehenden 500 Namenaktien im Aktienbuch von Commcare, den fälligen Darlehensbetrag gemäss Ziffer 2 mit dem Commcare aus der Aktienkapitalerhöhung geschuldeten Agio im Betrag von Fr. 495'000.-- zu verrechnen" (act. 3/4 S. 4). Ebenso erklärte sich der Kläger "bereit, die neu auszugebenden Namenaktien (500 für gesamthaft Fr. 500'000) zu zeichnen und bar zu liberieren" (act. 3/4 S. 3). Dabei sollte die Kapitalerhöhung raschmöglichst, jedoch bis spätestens 30. Juni 2001 durchgeführt werden (act. 3/4 S. 3). Wenn der Kläger aus

- 14 - der Wendung "erklärt sich bereit" ableitet, er sei damit nicht verpflichtet worden (act. 22 S. 5), so kann ihm nicht gefolgt werden. Jemand, der sich bereit erklärt zu einem Vertrag, ist mit diesem Vertrag selbstverständlich verpflichtet. Damit handelt es sich aber auch nicht nur um ein Wandlungsrecht des Klägers, sondern wie dargestellt um eine Wandelungspflicht. Somit stand es grundsätzlich nicht mehr im Belieben des Klägers, sich das Darlehen zurückzahlen zu lassen und sich damit der Verrechnungsmöglichkeit im Rahmen der Liberierung bzw. der Bezahlung des Agios zu entziehen. Ebenso wenig kann dem Kläger gefolgt werden, wenn er die Wendung "erklärt sich bereit" als bedingt interpretieren will (act. 22 S. 6). Eine Verpflichtung zur Liberierung von Aktienkapital durch den Kläger indiziert denn auch die Verwendung des Begriffs "Zeichner" in der schriftlichen Version des Darlehensvertrages (act. 3/4). Auch der Kläger selber führt in der Folge aus, die vereinbarte Aktienkapitalerhöhung habe erst am 19. Oktober 2001 öffentlich beurkundet werden können, sei aber nie vollzogen worden. Aus diesem Grund sei der Kläger "gezwungen" gewesen, sein bis am 30. Juni 2001 befristetes Darlehen stillschweigend zu verlängern (act. 22 S. 12). Tatsache ist, dass der Kläger weder von der ihm zugestandenen Verzugs-, noch von den Cross-Default-, Material Adverse Change- oder von der Change of Ownership-Klausel (act. 3/4) Gebrauch machte. Damit aber ist das stehen gelassene Darlehen als (zwar nicht formelles, aber) von den Parteien gewolltes

funktionelles Eigenkapital anzusehen. Damit ist aber auch von konkludentem Rangrücktritt des Klägers bezüglich seines Darlehens auszugehen.

E. 4

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

Unbestrittenermassen hielt der Kläger im Frühjahr 2001 vor der Gewährung des fraglichen Darlehens 25 % der Aktien der Beklagten, die Parallel-Klägerin M2 Ca-

- 15 - pital Partners AG 13 % (act. 13 S. 5, unbestritten in act. 22). Der Kläger war so- dann seit dem 12. Mai 2000 Verwaltungsrat, ab dem 7. Dezember 2001 gar Prä- sident des Verwaltungsrates (act. 13 S. 5, unbestritten in act. 22). Als Verwal- tungsrat war er unbestrittenermassen über die finanziellen Verhältnisse der Be- klagten informiert, auch wenn er geltend macht, der damalige CEO Loeliger habe nicht alle Informationen auch dem Verwaltungsrat vorgelegt (act. 22 S. 8). Der Grund dafür, dass weder der Kläger noch die Parallelklägerin damals aus der eingegangenen Verpflichtung zur Zeichnung von Aktienkapital aussteigen wollten, lag eben darin, dass die Zukunftsaussichten der Commcare in jenem Zeitpunkt übereinstimmend noch als rosig angesehen wurden und von blossen Liquiditäts- problemen ausgegangen wurde. Dies änderte sich erst, als das Bundesgericht am 3. Oktober 2001 den grundsätzlichen Rechtsstreit mit der Swisscom zu Gunsten der Letzteren entschied. Zutreffend führt der Kläger an, mit diesem Entscheid habe nicht gerechnet (und von einer Verschuldung wegen entsprechender Rückstel- lung habe nicht ausgegangen) werden müssen, nachdem die Kommunikations- Kommission (Comcom) vorgängig dem Bundesgericht noch zugunsten der Commcare entschieden hatte. "Alle übrigen, durch den Aktionärsbindungsvertrag vom 9. Mai 2000 gebundenen Aktionäre" erklärten "insbesondere mit Ziff. 8 Abs. 1 der Vereinbarung" (der Akti- enkapitalerhöhung) ihr Einverständnis (act. 3/4 S. 9). Mit anderen Worten, die be- herrschende Stellung sollte sich, da die bisherigen Hauptaktionäre zu einem wei- teren Engagement entweder nicht in der Lage waren oder ein solches nicht woll- ten, in Richtung Kläger und M2 Capital Partners AG verlagern. Auch aufgrund dieser Tatsache müssen die Stellung sowohl des Klägers als auch von M2 Capital Partners AG als genügend gewichtig taxiert werden, um die (subsidiäre) Umdeu- tung in ein rangrücktrittsbelastetes Darlehen zu bejahen. Dies gilt umso mehr, als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das Rechtsinstitut der Vertrau- enshaftung keine solche Voraussetzung der beherrschenden Stellung gefordert ist. Vielmehr ist die beherrschende Stellung im Spezialfall der Umdeutung von Darlehen zu risikotragendem Eigenkapital lediglich ein normatives Element, wel- ches den Schutz des Vertrauens der Gläubiger rechtfertigt. Unter diesem Ge- - 16 - sichtspunkt muss aber auch eine blosser Beteiligung von 10% genügen in einem Fall, wo neue Investoren offensichtlich die Mehrheit anstreben wie im vorliegen- den Fall. Dabei wäre er ja immerhin mit der beabsichtigten zusätzlichen Beteili- gung von 1,04 % (vgl. act. 3/4) und den bisherigen 25 % auf eine solche von 26,04 % gekommen! Zusammen mit derjenigen der Parallelklägerin M2 Capital Partners AG von 19,82% (vgl. act. 3/4) hätte sich eine Gesamtbeteiligung von immerhin 45,86 % ergeben.

E. 5

Drittmannstest a) Auch wenn die Hürden für eine Anwendung der Vertrauenshaftung wie gesagt hoch anzusetzen sind, so erscheinen sie doch im vorliegenden Fall erfüllt. Wenn ein Aktionärsdarlehen nach Umfang, Ausgestaltung oder Zeitpunkt der Gewährung von einem unabhängigen Dritten – namentlich einem Kreditinstitut – der Gesellschaft im Zuwendungszeitpunkt keine Kredite mehr gewährt worden wäre (sog. Drittmannstest), so ist das Darlehen nach Meinung des Obergerichts des Kantons Zürich in risikotragendes Eigenkapital umzudeuten, bzw. nach der etwas weniger strengen Lehrmeinung zumindest als im Rang zurückgesetzt zu kollozieren. Diese Bevorzugung der übrigen Gläubiger gegenüber dem Aktionärsdarleiher rechtfertigt sich darum, weil erstere nicht mit einer Verschleppung des Konkurses und einer entsprechenden Reduktion des Haftungssubstrates rechnen müssen, sondern darauf vertrauen dürfen, dass in dieser Situation – wo wie gesagt "normale" Gläubiger bzw. Kreditinstitute das Risiko als zu hoch einschätzen – das Einschliessen finanzieller Mittel durch den Aktionär risikotragend ist und dieser im Konkursfall nicht mehr mit ihnen als Gläubiger konkurriert. Vielfach wird nämlich in einem solchen Fall das Haftungssubstrat trotz des Einschliessens von Mitteln kleiner sein, weil sich die Situation durch den Aufschub und das Eingehen zusätzlicher Verpflichtungen in dieser Zeit erheblich verschlechtert. b) Unbestrittenermassen lag von Seiten der UBS AG im April 2001 ein Kreditangebot vor, welches einen kurzfristigen Überbrückungskredit in Höhe von Fr. 3 Mio. gewährt hätte, welcher am 31. Juli 2001 ausgelaufen wäre (act. 13 S. 10). Während sich Betrag und Fälligkeit mit den Krediten des Klägers und der M2 Capital Partners AG gesamthaft decken, ist ein markanter Unterschied in der Sicher-

- 17 - rung des Kredites festzustellen. Die UBS AG hätte entweder die Verpfändung kuranter Wertschriften im Gesamtbetrag von Fr. 3,3 Mio. d. h. mit einer Sicherheitsmarge von 10 % verlangt oder eine Solidarbürgschaft des Klägers zusammen mit der M2 Capital Partners AG im selben Betrag (act. 3/9). Demgegenüber sah der Vertrag zwischen den Parteien in Ziffer 7 als Sicherstellung die Verpfändung von Aktien der Beklagten für ihre eigene Darlehensschuld vor (act. 3/4 S. 4). Diese Sicherheit wurde nie in Anspruch genommen. Die Beklagte führt zu Recht aus, im Sanierungsfall hätten die Aktien der Gesellschaft eben gerade keinen Wert mehr, so dass es sich dabei um eine pure Scheinsicherheit handle. Die Anfrage des Klägers und M2 Capital Partners AG auf Herabsetzung der Sicherheiten wies die UBS im April 2001 zurück (act. 13 S. 11, unbestritten in act. 22). Diese Ausführungen der Beklagten werden vom Kläger bemerkenswert kurz behandelt mit der Argumentation, ob die Sicherheiten werthaltig gewesen seien oder nicht, sei eine Frage von vielen, die im Zusammenhang mit dem Drittmannstest von gewissen Autoren gestellt werde. Sie alleine sei aber nicht ausschlaggebend für die Frage, ob ein Dritter im gleichen Umfang ein Darlehen gewährt hätte (act. 22 S. 17). Dem kann wiederum nicht gefolgt werden. Ist die Diskrepanz dermassen deutlich wie im vorliegenden Fall, dass nämlich das Kreditinstitut die Sicherung zu 110% verlangt, während der durch den Aktionär gewährte Kredit faktisch ohne Sicherheit auskommen muss, so kann zweifelsfrei geschlossen werden, dass das Kreditinstitut unter den gegebenen Umständen (eben keine Sicherheit) auch keinen Kredit gewährt hätte. Damit ist im vorliegenden Fall der Drittmannstest als erfüllt anzusehen. c) Die Zinsfrage ist unter diesen Umständen nur noch sekundärer bzw. tertiärer Natur. Der Kläger argumentiert, der von den Parteien vereinbarte Zins von 7,5 % sei damals marktüblich und die Höhe des Darlehens des Klägers sei nicht proportional zu seiner Beteiligung gewesen (act. 22 S. 16). Letzteres wurde bereits als unwesentlich abgehandelt. Ersteres deutet tatsächlich wiederum darauf hin, dass vorliegend nicht an Überschuldung gedacht wurde, sondern für die

Beklagte lukrative Aussichten bestanden. Die Beklagte führt zumindest als Möglichkeit aber zu

- 18 - Recht an, der hohe Zins könne auch eine Risikokomponente beinhalten und in diesem Fall weiteres Indiz dafür sein, dass es sich bei dem fraglichen Darlehen funktionell um Eigenkapital gehandelt habe (act. 30 S. 14 f.). Wesentlich ist aber auch hier der Vergleich mit den Konditionen, welche allfällige Kreditinstitute gewährt hätten. Der Kläger beschränkt sich in der Klagebegründung darauf, die 7,5 % als damals marktüblich zu bezeichnen (act. 1 S. 8 und act. 22 S. 16). Auch die Beklagte nennt keinen Zinssatz für das Darlehen, welches die UBS AG angeboten hätte (act. 13 S. 11). In der Duplik beschränkt sie sich auf die Bestreitung der klägerischen These, je tiefer der Zins sei, desto eher liege ein eigenkapitalersetzendes Darlehen vor (act. 22 S. 16) und erklärt, das Gegenteil sei der Fall, weil der Zins die Prämie sei, welche das hohe Risiko (von Eigenkapital) abgelte. Entsprechend bestreitet die Beklagte auch die Marktüblichkeit (act. 30 S. 14). Geht man aufgrund der Parteibehauptungen und als Hypothese zugunsten des Klägers von der Marktüblichkeit des unbestrittenen Zinssatzes von 7,5 % aus, so erschöpft sich die Differenz zwischen den vom Kläger bzw. der Parallel-Klägerin M2 Capital Partners AG gewährten Darlehen und dem Darlehensangebot der UBS AG auf die Sicherheiten. Damit bleibt es beim Resultat, dass die UBS AG das Darlehen zu den Konditionen, welche der Kläger und die M2 Capital Partners AG diesbezüglich einging, kein Darlehen gewährt hätte. Damit fällt der Drittmannstest zu Ungunsten der Klägerschaft aus, und es wäre auch subsidiär mittels Vertrauenshaftung auf Rangrücktritt zu schliessen. Das Term Sheet der UBS AG vom 12. April 2001 nennt keinen Zinssatz, verweist aber für die Auflagen auf einen früheren Kreditvertrag vom 5. Januar 2001 bzw. 4. April 2001 (act. 3/9). Aus dem Situationsbericht der UBS AG über die Beklagte vom 11. Mai 2001 ergibt sich ein Zinssatz (kalkulatorische Fremdkapitalkosten) von 6 % (act. 15/9 S. 3). Da von den Parteien nicht behauptet, ist dieser Tatsache hier auch nicht Rechnung zu tragen. Selbst wenn sie berücksichtigt werden müssten, würde sie aber am Gesagten nichts ändern.

- 19 -

E. 6

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

E. 7

Schutzwürdiges Vertrauen setzt nach der bereits mehrfach angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken. Trifft der Geschädigte sich als nachteilig erweisende Dispositionen, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen. Vorliegendenfalls ist dies für das Verhältnis zwischen dem Kläger und den übrigen Gläubigern zu bejahen. Letztere Voraussetzung ist dabei zufolge der funktionalen Einstufung der klägerischen Kreditierung als risikotragendes Eigenkapital insofern pauschalisiert zu bejahen, indem eben Schaden der übrigen Gläubiger im Rahmen des Konkurses bzw. der Nachlassliquidation vermieden wird mit der Behandlung der klägerischen Forderung als rangrücktrittsbelastet, womit die Quote der übrigen Drittklassgläubiger mittels Einbezug des funktionalen Eigenkapitals erhöht

wird entsprechend der Situation, wie sie gewesen wäre, hätte der Kläger seinen Kredit nicht formell als Darlehen statt in der Form von Eigenkapital eingeschossen. Diese Rechtsfolge gebietet sich (wie gesagt subsidiär) gestützt auf Art. 2 ZGB. Das Vertrauen der Gläubiger gründet sich dabei vorliegend nicht in der Beseitigung einer Überschuldung, sondern der Begegnung eines Liquiditätsengpasses zufolge Expansion mittels Unterlegung mit funktionalem Eigenkapital. Diese Rechtsfolge (einer richterlichen Umdeutung im Konkursfall) entspricht dem bundesgerichtlichen Konzept der zwischen Vertrag und ausservertraglicher Haftung anzusiedelnden Vertrauenshaftung und wird im vorliegenden Fall subsidiär

- 20 - angewandt. Demgegenüber wurde hier auf Grund der besonderen Konstellation, dass die Parteien von Anfang an Eigenkapital schaffen wollten, entsprechend dem seitens von der Crone bei der Konzernhaftung postulierten Konzept einer vertraglichen Haftung ein konkludenter Rangrücktritt bezüglich des Darlehens angenommen.

E. 8

Eine allfällige Berufung des Klägers auf die Bestimmung von Art. 220 Abs. 1 SchKG helfe ihm 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.

E. 9

Nach dem Gesagten ist die Klage vollumfänglich abzuweisen und die Kollokation der klägerischen Forderung wie vorgenommen zu bestätigen. V. (Kostenfolgen)
Ausgangsgemäss wird der Kläger basierend auf einem Streitwert von Fr. 160'000.-- kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO). Der Einzelrichter erkennt:

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