



Geschäft Nr. FB000009/U

Einzelrichter b.V.

Bezirksrichter lic. iur. Felix Ziltener

Juristischer Sekretär lic. iur. Jean-Michel Kunz

Verfügung und Urteil vom 10. Januar 2003

in Sachen

█ **G** █, █

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt █, c/o █
█, Postfach █, █ Zürich

gegen

Konkursmasse der U █ Rückversicherungs-AG,

Beklagte

vertreten durch Ausseramtliche Konkursverwaltung, █, █
█, Postfach █, █ Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. █, c/o █,
█. █ █ Zürich

betreffend **Kollokation (ungesicherte Forderungen im Konkurs der █**
█ AG)

Bereinigtes Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei die vom Kläger im Konkurs über die U [REDACTED] [REDACTED] AG bei der ausseramtlichen Konkursverwaltung [REDACTED] AG angemeldete und von dieser mit Verfügung vom 17. Januar 2000 abgewiesene Forderung von Fr. 16'542'402.-- als begründet in der 5. Klasse zu kollozieren."

Der Einzelrichter zieht in Betracht:

I.

1. Bei der Beklagten handelt es sich um die Konkursmasse der U [REDACTED] [REDACTED]-AG. Die U [REDACTED] [REDACTED]-AG (nachstehend U [REDACTED]) mit Sitz in Zürich (act. 23/4) war spätestens seit Beginn der neunziger Jahre aufgrund missglückter Engagements in den USA in massive Zahlungsschwierigkeiten geraten. Der Kläger war einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der U [REDACTED] (act. 23/4), zudem Alleinaktionär der [REDACTED] AG für Wirtschaftsunternehmen, welche ihrerseits 100 % der Aktien der U [REDACTED] hielt (act. 22 S. 9, unbestritten in act. 44 S. 5). Aufgrund der misslichen Verhältnisse leistete der Kläger gemäss eigener Darstellung mehrere Jahre anstelle der U [REDACTED] umfangreiche Zahlungen, namentlich für Saläre, Anwaltshonorare und sonstige Verpflichtungen (dazu detailliert act. 11 S. 3 ff.). Dabei habe der Kläger entweder direkt Verpflichtungen der U [REDACTED] erfüllt, dieser zum Zwecke der Erfüllung von Verbindlichkeiten die notwendigen Mittel verschafft oder sich Forderungen gegen die U [REDACTED] abtreten lassen, ohne sie sogleich einzutreiben.

2. Am 8. Juni 1993 wurde der Verzicht der U [REDACTED] auf die Bewilligung zur Ausübung der Unternehmenstätigkeit im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (vgl. act. 23/49). Nachdem der Konkursrichter des Bezirks Zürich bereits mit Verfügung vom 15. Juli 1994 den Konkurs eröffnet hatte, diese Verfügung aber mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1994

aufgehoben worden war (act. 23/59 und 61; teilweise wiedergegeben in ZR 1995 Nr. 56 und 57), eröffnete das Obergericht mit Beschluss vom 22. Mai 1995 den Konkurs über die U [REDACTED] (act. 23/1). Die Gläubigerversammlung vom 8. September 1995 setzte sodann die [REDACTED] [REDACTED] AG als ausseramtliche Konkursverwaltung ein (vgl. act. 23/2).

3. Mit Eingabe vom 16. Oktober 1995 meldete der Kläger bei der ausseramtlichen Konkursverwaltung Forderungen im Umfang von gesamthaft Fr. 16'629'647.48 zur Kollokation an (act. 23/11) und reichte zur Verifizierung seiner Forderungen am 31. Juli 1996 bzw. am 22. August 1996 weitere Beweismittel ein (act. 23/12 und 13). Mit Verfügung Nr. 52 zum Kollokationsplan Nr. 215 vom 17. Januar 2000 wies die ausseramtliche Konkursverwaltung Forderungseingaben im Gesamtbetrag von Fr. 16'542'402.-- ab (act. 3/1). Zur Begründung führte die Konkursverwaltung einerseits aus, ein grosser Teil der eingegebenen Forderungen sei schon abzuweisen, weil der Kläger für deren Bestand keine rechtsgenügenden Beweismittel habe vorlegen können (act. 3/1 S. 1 f.). Soweit die eingegebenen Forderungen sodann aus Forderungskäufen herrührten, seien sie infolge unzulässigen Selbstkontrahierens und dem offensichtlichen Vorliegen von Interessenkollisionen als ungültig zu betrachten (act. 3/1 S. 2 f.). Mit Bezug auf die seitens des Klägers geltend gemachten Zuwendungen an [REDACTED] [REDACTED] wandte die Konkursverwaltung ein, hier hätten keinerlei vertragliche Verpflichtungen der U [REDACTED] [REDACTED] bestanden, weswegen auch keine Rückerstattungsansprüche gegen sie geltend gemacht werden könnten (act. 3/1 S. 3). Schliesslich würde eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Kläger angestrengt, so dass eventualiter im Umfang einer erfolgreichen Kollokationsklage Verrechnung mit den klägerischen Ansprüchen erklärt würde (act. 3/1 S. 3 f.).

4. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 21. Januar 2000 liess die Konkursverwaltung publizieren, dass der vierte Teilkollokationsplan (act. 23/67) zur Einsicht aufliege und allfällige Anfechtungsklagen innert 20 Tagen seit erfolgter Publikation anzuheben seien (act. 23/67 S. 10 und act. 11 S. 3).

II.

1. Mit Eingabe vom 10. Februar 2000 (Eingang am 14. Februar 2000) erhob der Kläger hierorts fristgerecht Klage mit obstehendem Rechtsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 15. Februar 2000 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Kläger Frist zur Klageergänzung angesetzt (act. 7). Die Klageergänzung datiert vom 6. März 2000 (Eingang am 7. März 2000; act. 11), nach Fristerstreckung ging alsdann mit Eingabe vom 5. Mai 2000 die Klageantwort (act. 22) ein.

2. Am 31. Juli 2000 beehrte der Kläger eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens, da die Beklagte zwischenzeitlich gegen den Kläger beim Bezirksgericht Zürich eine Verantwortlichkeitsklage erhoben habe und die geltend gemachten Klagegründe weitgehend mit jenen identisch seien, welche einer Kollokation der klägerischen Ansprüche verrechnungsweise entgegengehalten würden (act. 29). Mit Verfügung vom 2. August 2000 wurde der klägerische Sistierungsantrag abgewiesen mit der Begründung, dass einerseits im Kollokationsprozess primär zu prüfen sei, ob dem Kläger überhaupt eine Forderung gegen die Beklagte zustehe, und andererseits, dass eine Einstellung im beschleunigten Verfahren nur bei Vorliegen eines zwingenden Sistierungsgrundes zulässig sei (act. 31). In seiner Eingabe vom 13. September 2000 beantragte der Kläger sodann, die Verrechnungsforderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit vom vorliegenden Verfahren abzutrennen, da diese Frage bereits Gegenstand eines eigenen Verfahrens sei und die Gefahr widersprüchlicher Entscheide bestehe (act. 34). Die Beklagte führte in ihrer Stellungnahme vom 4. Oktober 2000 (Eingang am 5. Oktober 2000) aus, dass eine solche Abtrennung der Verrechnungseinrede vom Gesetz nicht vorgesehen sei und daher nicht möglich bzw. unzulässig sei (act. 39). Mit Verfügung vom 10. Oktober 2000 beschränkte der Einzelrichter unter Hinweis auf § 116 ZPO das Prozessthema im vorliegenden Verfahren auf die eigentliche Kollokationsklage und klammerte den verrechnungsweise geltend gemachten Verantwortlichkeitsanspruch einstweilen aus dem vorliegenden Verfahren aus (act. 40).

3. Am 8. Dezember 2000 ging hierorts die Replik datiert vom 7. Dezember 2000 ein (act. 44). Darin beehrte der klägerische Rechtsvertreter vorab, die be-

klagtischen Rechtsvertreter aus anwaltsrechtlichen Gründen aus dem vorliegenden Verfahren auszuschliessen, da die Gefahr von Interessenkollisionen bestehe (act. 44 S. 2 ff.). Am 8. Dezember 2000 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 45). Diese ging innert mehrfach erstreckter Frist am 18. April 2001 beim Gericht ein (act. 53). Mit Verfügung vom 19. April 2001 wurde dem Kläger Frist zur Triplik angesetzt, um "zu den rechtlichen Ausführungen und allfälligen Noven in der Duplik und zu den mit der Duplik eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen", wobei er mit neuen Behauptungen ausgeschlossen wurde (act. 55). Die Triplik ging innert wiederum mehrfach erstreckter Frist am 23. August 2001 beim Gericht ein (act. 62). Am 28. August 2001 wurde der Beklagten Frist zur Quadruplik angesetzt (act. 63). Diese ging am 23. Oktober 2001 beim Gericht ein (act. 67).

4. Am 7. November 2001 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich innert Frist zur Sistierung des vorliegenden Prozesses zu äussern (act. 69). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2001 wurden den Parteien je die Doppel der Stellungnahmen der Gegenpartei zugestellt (act. 78). Am 15. Januar 2002 verfügte der Einzelrichter die Sistierung des Prozesses bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verantwortlichkeitsprozesses am Bezirksgericht Zürich (act. 81). Auf Rekurs der Beklagten hin hob das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 11. April 2002 die Sistierung auf und wies den Einzelrichter an, den Kollokationsprozess beförderlich weiterzuführen (act. 85).

5. Mit Verfügung vom 21. Mai 2002 erging die Beweisaufgabe (act. 86). Innert beiden Parteien mehrfach erstreckter Frist gingen am 26. September 2002 die Beweisantragungsschriften ein (act. 94 und 96). Aufgrund der mutmasslichen Spruchreife des vorliegenden Prozesses wurde auf eine förmliche Beweisabnahme verzichtet, das Beweisverfahren als geschlossen erklärt und den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Beweisergebnis angesetzt (act. 98). Innert erstreckter Frist ging am 13. Dezember 2002 die Stellungnahme der Beklagten beim Gericht ein (act. 105). Obwohl dem Kläger mit Verfügung vom 26. November 2002 die Frist letztmals bis zum 12. Dezember 2002 erstreckt wurde (act. 103 S. 2),

reichte er innert Frist erneut ein Fristerstreckungsgesuch ein (act. 106). Eine Stellungnahme dieser Partei ging beim Gericht indes nicht ein.

6. Der Prozess erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend – soweit rechtserheblich – einzugehen.

III.

1. Der hiesige Einzelrichter im beschleunigten Verfahren ist für die vorliegende Klage örtlich, sachlich und funktionell zuständig (Art. 250 Abs. 2 SchKG, § 22 Ziff. 7 GVG).

2. Der Kläger liess den prozessualen Antrag stellen, die anwaltlichen Rechtsvertreter der Beklagten seien aus dem vorliegenden Verfahren auszuschliessen (act. 44 S. 2). Er begründete dies mit der Tatsache, dass ■■■. ■■. ■■■■■. ■■■■■ als Vorsitzender der Eidgenössischen Rekurskommission geamtet habe in Dingen, in welchen der Kläger Partei gewesen sei und in derselben Kanzlei arbeite wie die Vertreter der Beklagten (act. 44 S. 2 ff.). Die Beklagte widersetzte sich dem Antrag mit einer eigenen Sachdarstellung und verschiedenen rechtlichen Argumentationen; insbesondere fehle es für einen solchen Ausschluss an einer rechtlichen Grundlage (act. 53 S. 6 ff.). In der Triplik anerkannte der Kläger, dass die inzwischen von ihm angerufene Aufsichtsbehörde zuständig für die Sanktionierung von Rechtsanwälten sei, welche eine Rechtsvertretung im Widerspruch zum Anwaltsgesetz übernehmen würden. Die Beklagte trage das Risiko dafür, dass die eingereichten Rechtsschriften bei einer Gutheissung der Aufsichtsbeschwerde als widerrechtliche aus dem Recht zu weisen seien (act. 62 S. 3). Dem widersprach wiederum die Beklagte mit der Argumentation, selbst bei einer durch die Aufsichtsbehörde festgestellten Berufspflichtverletzung habe das erkennende Gericht zu entscheiden, was mit den Rechtsschriften zu geschehen habe, wobei das vom Kläger postulierte aus dem Recht weisen völlig unverhältnismässig wäre (act. 67 S. 4).

Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass keine gesetzliche Grundlage besteht, den beklaglichen Rechtsvertretern im vorliegenden Prozess die Zulassung

zu verweigern, sondern es sich dabei lediglich um eine standesrechtliche Frage handelt. Nachdem im Übrigen der Kläger bis heute nicht geltend macht, die von ihm erhobene Aufsichtsbeschwerde sei gutgeheissen worden, erübrigen sich Erwägungen darüber, ob die beklagischen Rechtsschriften aus dem Recht zu weisen seien. Mit der Beklagten wäre im Übrigen selbst bei einer Gutheissung der Aufsichtsbeschwerde davon auszugehen, dass ein aus dem Recht weisen der Rechtsschriften der beklagischen Rechtsvertreter als unverhältnismässig erschiene.

Dem Gesagten entsprechend ist der Antrag des Klägers auf Ausschluss der beklagischen Vertreter abzuweisen.

3. Wie bereits angeführt, wurde dem Kläger mit Verfügung vom 26. November 2002 letztmals bis zum 12. Dezember 2002 die Frist zur Einreichung seiner Stellungnahme zum Beweisergebnis erstreckt (act. 103 S. 2). Innert der genannten Frist reichte der Kläger erneut ein Fristerstreckungsgesuch ein (act. 106).

Als Begründung für eine weitere Fristerstreckung führte der klägerische Vertreter an, es sei ihm aufgrund Altersbeschwerden des Klägers seit Ansetzung der Frist nicht möglich gewesen, die Stellungnahme mit dem Kläger zu besprechen. Es sei ihm unmöglich, zur Zeit eine Stellungnahme einzureichen (act. 106 S. 2).

3.1. Ein Fristerstreckungsgesuch kann nur bei Vorliegen zureichender Gründe bewilligt werden und es gilt als Leitsatz, dass Fristerstreckungen nur zurückhaltend und nur dort gewährt werden sollen, wo dies als sachlich gerechtfertigt erscheint. Der Richter hat dabei seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen. Wurde aber einer Partei – wie vorliegend – eine *letztmalige* Fristerstreckung gewährt, so ist zwar eine weitere Erstreckung nicht schlechthin ausgeschlossen, doch sind dafür schwerwiegende Gründe erforderlich; letztmalige Fristerstreckungen haben wirklich als letztmalig zu gelten und eine weitere Erstreckung ist nur ausnahmsweise möglich (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 195 N 25, 27 und 39).

Das vorliegende Verfahren wird im beschleunigten Verfahren durchgeführt (Art. 250 Abs. 3 SchKG und Art. 22 Ziff. 1 SchKG, § 22 Ziff. 7 GVG). Das beschleunigte Verfahren ist u.a. dadurch charakterisiert, dass ein Prozess binnen sechs Monaten seit Klageanhebung durch Haupturteil der letzten kantonalen Instanz erledigt werden soll (Art. 25 Ziff. 1 SchKG). Auch wenn sich die bundesrechtliche Frist aus praktischen Gründen vielfach nicht einhalten lässt, muss möglichst versucht werden, diesem Beschleunigungsgebot nachzukommen. Zudem hat vorliegend das Obergericht des Kantons Zürich den Einzelrichter – entsprechend § 53 Abs. 1 ZPO – angewiesen, den Kollokationsprozess beförderlich zu führen (act. 85). Dem Gesagten entsprechend kann im vorliegenden Verfahren einem weiteren Fristerstreckungsgesuch nur mit äusserster Zurückhaltung entsprochen werden.

3.2. Die Begründung des klägerischen Vertreters erscheint angesichts der angeführten Voraussetzungen für eine weitere Fristerstreckung als nicht genügend: Dem Gesuch wurde kein die Altersbeschwerden bestätigendes Arztzeugnis beigelegt. Doch auch wenn ein solches Arztzeugnis dem Gericht eingereicht worden wäre, hätte der Richter von einer weiteren Fristerstreckung absehen müssen, da für die Stellungnahme zum Beweisergebnis eine Besprechung des klägerischen Vertreters mit dem Kläger für den vorliegenden Fall nicht als unerlässlich erscheint. Aufgrund der mutmasslichen Spruchreife des Prozesses hatte der Einzelrichter mit Verfügung vom 9. November 2002 auf eine förmliche Beweisabnahme verzichtet (act. 98). Damit aber beschränkte sich das Beweisergebnis – mit Ausnahme von act. 95/5 (Rekonstruktion der Buchhaltung) – auf die bereits früher ins Recht gelegten und dem Kläger entsprechend bekannten Urkunden. Angesichts dieser Tatsache ist davon auszugehen, dass der klägerische Vertreter anlässlich des lange andauernden Prozesses genügend Zeit hatte, die von der Beklagten in ihrer Beweisantrittungsschrift angeführten und sich bereits im Recht befindenden Urkunden mit dem Kläger zu sichten und entsprechende Instruktionen von diesem einzuholen. Dementsprechend wäre der klägerische Vertreter aber nun durchaus in der Lage gewesen, selbständig zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Schwerwiegende Gründe, die die beantragte Fristerstreckung rechtfertigen würden, liegen somit nicht vor.

Aufgrund dieser Erwägungen ist das Fristerstreckungsgesuch des Klägers abzuweisen.

IV.

Mit der Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG bestreitet ein Gläubiger, dass die Konkursverwaltung über die Zulassung seiner Forderung beziehungsweise über ihren Betrag oder die Rangverhältnisse richtig entschieden habe und verlangt die dem materiellen Recht entsprechende Teilnahme dieser Forderung am Konkursergebnis.

1.1. a) Die Beklagte wendet gegen die klägerischen Forderungsanmeldungen in grundsätzlicher Hinsicht ein, diese seien deshalb nicht kollozierbar, weil die gemachten Zuwendungen samt und sonders als sogenannte "Kapitalersetzende Darlehen" zu qualifizieren seien. Bezüglich solcher Darlehen gingen Rechtsprechung und Judikatur mehrheitlich davon aus, dass sie im Konkursfalle wie Eigenkapital zu behandeln seien, weswegen ihre Aufnahme in den Kollokationsplan zu unterbleiben habe (act. 22 S. 15 f.). Zur Begründung ihrer Vorbringen argumentiert die Beklagte, der Kläger sei im Zeitpunkt der Gewährung der Zuwendungen über die Überschuldung der U[REDACTED] und deren aussichtslosen Lage im Klaren gewesen (vgl. act. 22 S. 32, 35, 66 und 71 ff. sowie act. 53 S. 33 ff. und 41). Somit wäre er bereits in jenem Zeitpunkt gehalten gewesen, im Verwaltungsrat darauf hinzuwirken, entweder die Überschuldungsanzeige nach Massgabe von Art. 725 Abs. 2 OR abzugeben oder geeignete Sanierungsmassnahmen einzuleiten (act. 22 S. 98 f.). Die Darlehensgewährung erscheine als bedenkliches "venire contra factum proprium", sei damit doch eine überschuldete Unternehmung künstlich am Leben erhalten worden, ohne dass durch das klägerische Vorgehen eine reelle Chance auf Sanierung bestanden habe. Der Kläger habe es sonach zu vertreten, dass durch die künstliche Fortführung der Unternehmungstätigkeit den Drittgläubigern zusätzlicher Schaden entstanden sei. Es erschiene folglich vollkommen unbillig, den Kläger für sein Vorgehen zusätzlich dadurch zu honorieren, dass man ihm mit Hilfe der Kollokation seiner Zuwendungen noch gestatte, sein

eigenes Risiko zu minimieren und an der Auszahlung einer Konkursdividende zu partizipieren (act. 53 S. 37 ff.).

b) Der Kläger rügt die beklaglichen Vorbringen als bundesrechtswidrig (detailliert act. 44 S. 9 ff.). Massgebend für die Qualifikation eines Rechtsgeschäftes sei gemäss Art. 18 Abs. 1 OR einzig der wirkliche Wille der Parteien; es gehe nicht an, als Darlehensgewährung verstandene Zuwendungen für den Insolvenzfall des Empfängers plötzlich als Zuschüsse ins Eigenkapital umzudeuten. Diese Umdeutung des klar geäusserten Parteiwillens erscheine vorliegendenfalls angesichts seiner Unzweifelhaftigkeit als besonders stossend.

1.2. a) Die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Konsequenzen Darlehen und darlehensähnliche Zuwendungen Dritter – welche der notleidenden Gesellschaft namentlich als Alleinaktionäre nahestehen – im Falle des Konkurses in Eigenkapital oder gegebenenfalls in anderer Art und Weise umzuqualifizieren seien, wird – soweit sich Rechtsprechung und Lehre überhaupt mit der Frage auseinandergesetzt haben – nicht vollkommen einheitlich beantwortet. Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in einem nicht (selber) veröffentlichten Entscheid (vgl. SZW 65 [1993] S. 299) mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Es hat sich dafür ausgesprochen, solche Darlehen jeweils dann umzuqualifizieren, wenn aufgrund von Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt der Darlehenshingabe davon auszugehen sei, dass aussenstehende Dritte – namentlich Kreditinstitute – der Gesellschaft im Zuwendungszeitpunkt keine Kredite mehr gewährt hätten (sog. Drittmannstest) oder das Darlehen ohnehin bereits im Zeitpunkt der Überschuldung gewährt worden sei, wo grundsätzlich nur noch Kapitaleinlagen sanierende Wirkung gezeitigt hätten (sog. Sanierungstest). Eine Umqualifizierung rechtfertige sich aufgrund der Tatsache, dass durch die geleisteten Zuwendungen einer an sich nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft zunächst die Weiterexistenz und Teilnahme am Wirtschaftsleben ermöglicht werde, wodurch die Gefahr der Eingehung neuer Verpflichtungen und damit die zusätzliche Schädigung der Gläubiger heraufbeschworen werde, gleichzeitig aber auch versucht werde, mittels Kollokation der Zuwendungen das eingegangene Risiko zu mini-

mieren. Solches Verhalten sei widersprüchlich und deshalb als rechtsmissbräuchlich zu werten. Es erscheine deshalb als sachgerecht, den Darlehensgeber nach Treu und Glauben auf dem für Dritte erweckten Rechtsschein zu behaften, dass er mit seiner Zuwendung eine Einlage ins Eigenkapital beabsichtigt habe.

b) Das Obergericht folgt in seinen Überlegungen in grossen Zügen der Auffassung von von Greyerz (von Greyerz, Kapitalersetzende Darlehen, in: FS F. Vischer, Zürich 1983, S. 547). Dieser Autor entlehnt seine relativ weit reichenden Folgerungen der deutschen Gesetzgebung und Doktrin und rechtfertigt sie mit der Überlegung, dass aufgrund des im Handelsrecht besonders bedeutsamen Rechtsscheinprinzips derjenige, welcher künstlich den Anschein einer liquiden und rentablen Unternehmung schafft, sich auf dem dadurch erzeugten Anschein behaften lassen muss (von Greyerz, a.a.O., S. 555 f.). Der obergerichtliche Entscheid und die darauf fussende Begründung haben im handelsrechtlichen Schrifttum aufgrund vertrauenstheoretischer Überlegungen zum Schutze der Gläubiger im Ansatz mehrheitlich Zustimmung gefunden (vgl. Vogel, Kapitalersetzende "Sanierungs" – Darlehen im Konzern, SZW 65 (1993) S. 299 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1698a; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 344 Anm. 80; ablehnend indes OR-Neuhaus, Art. 663a N 13). Abweichend werden freilich teilweise die Rechtsfolgen der sogenannten Umqualifizierung beurteilt: Geäussert wird auch die Auffassung, dass die Gewährung solcher Darlehen nicht als Einlage ins Eigenkapital zu qualifizieren ist, sondern in ihnen vielmehr die Gewährung konkludenter Rangrücktritte zu erblicken sei: Damit werde den ins Spiel gebrachten Wertungen in befriedigender Weise Rechnung getragen, indem der Zuwendende rangmässig erst nach den Kurrentgläubigern befriedigt werde; andererseits stellen sich nicht die im Zusammenhang mit der Umqualifizierung in Eigenkapital auftauchenden schwierigen Fragen (Vogel, a.a.O.; Böckli, a.a.O.).

1.3. Der vorliegende Entscheid folgt der obergerichtlichen Rechtsauffassung, wonach kapitalersetzende Darlehen aus Gründen des Vertrauensschutzes bezüglich des geschaffenen Rechtsscheins als Eigenkapital zu qualifizieren sind.

2. Eine weitere wichtige Rechtsfrage des vorliegenden Falles ist, wer die Beweislast für die obigen Voraussetzungen des sogenannten Drittmannstestes bzw. Sanierungstestes trägt.

2.1. Die Beklagte anerkennt, dass dies nach der allgemeinen Vorschrift über die Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB – da sie daraus Rechte ableitet – grundsätzlich sie selber wäre. Werde allerdings einer Partei der Beweis dadurch vereitelt, dass ein verantwortliches Organ bzw. verantwortliche Organe in Verletzung von Art. 962 OR Geschäftsdokumente beiseite geschafft hätten, so führe dies bei der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Lehre und Praxis zur Umkehr der Beweislast. Soweit von den Organen eine ordnungsgemässe Buchhaltung in Missachtung von Art. 957 f. OR schon gar nicht erst geführt worden sei, könne nichts anderes gelten (act. 22 S. 70, Ziff. 172 und dortige Literaturhinweise). Im Falle der Beweisvereitelung werde nämlich Art. 2 Abs. 2 ZGB als besondere Beweislastvorschrift verstanden, die – in Abweichung von Art. 8 ZGB – unmittelbar eine Beweislastzuteilung an den Fehlbaren gebiete. Im Falle der Beweislosigkeit zufolge Beweisvereitelung werde unterstellt, die Beweisführung wäre zugunsten desjenigen ausgefallen, der aus der behaupteten, nicht bewiesenen Tatsache Rechte ableitet, sofern der Fehlbare den entsprechenden Gegenbeweis nicht erbringt (act. 22 S. 70, Ziff. 173 und dortige Literaturhinweise).

2.2. Eine schuldhafte Beweisvereitelung durch ihn wird vom Kläger bestritten (act. 62 S. 16 und 35 f.). Die dazu von der Beklagten in der Klageantwort gemachten Ausführungen waren unter dem Titel Verantwortlichkeitsansprüche erfolgt (vgl. act. 22 S. 68 ff.). Dieser Teil war einstweilen aus dem Prozess ausgeklammert worden (act. 40). Anders als in Bezug auf die Überschuldung, auf die Abhängigkeit der Revisionsstelle und auf den Konkurs (vgl. act. 22 S. 11 f. mit den entsprechenden Verweisen auf Abschnitt V. des eben genannten act.) hatte die Beklagte diesbezüglich in der Klageantwort auch keinen Verweis auf die Ziffern 166 bis 171 gemacht. Dies tat sie allerdings in der Duplik (act. 53 S. 39). Damit sind die nachfolgend wiedergegebenen Behauptungen zum Gegenstand auch des einstweilen eingeschränkten Prozessstoffes geworden:

Die Konkursverwaltung – so die Beklagte (act. 53 S. 39 i.V.m. act. 22 S. 68 ff.) – habe praktisch keine Geschäftsunterlagen aus den letzten fünf Jahren vor Eröffnung des Konkurses mehr vorgefunden. Der Kläger habe in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 25. August 1995 zum Konkurs ausgeführt, ■■■■■ habe die Buchhaltung zuletzt geführt; er – der Kläger – könne sich nicht erinnern, wo sich die Buchhaltungsunterlagen befinden würden. ■■■■■ habe seinerseits in seiner Konkurseinvernahme zwar bestätigt, dass er die Buchhaltung eine Zeit lang betreut habe. Nach dem Verbleib der Buchhaltungsunterlagen gefragt, habe er sibyllinisch geantwortet, diese seien von ihm "übergeben" worden; an wen, könne er aber nicht beantworten. Gemäss Aussage ■■■■■ hätten sich die Geschäftsunterlagen aber immer beim Kläger und bei ■■■■■ befunden. In der Zeit vor der Konkursöffnung sei bloss ■■■■■ in den Geschäftsräumlichkeiten anzutreffen gewesen, und zwar fast täglich. Unter diesen Umständen sei es völlig realitätsfremd, wenn man ■■■■■ abnehmen würde, dass er nicht mehr wisse, wem er die Buchhaltung und die übrigen Geschäftsunterlagen übergeben habe. Ebenso wenig sei glaubhaft, dass der Kläger, welcher mit ■■■■■ stets in Kontakt geblieben sei, nicht wisse, wo die Unterlagen verblieben seien. Vielmehr müsse mit einem wissentlichen und willentlichen Beiseite schaffen der wesentlichen Gesellschaftsdokumente, insbesondere der ganzen Korrespondenz mit dem Bundesamt für Privatversicherungen (nachstehend BPV) und der Unterlagen über Verhandlungen mit Gläubigern über die Ablösung ihrer Forderungen ausgegangen werden. Vorhanden seien lediglich Unterlagen, die sich auf die technische Abwicklung der noch laufenden Versicherungsverträge beziehen würden.

2.3. Aufgrund des Einbezugs dieser Ausführungen in der Duplik hätte für den Kläger in der Triplik Anlass bestanden, auf die entsprechenden, wiederum detaillierten Behauptungen einzugehen. Er tat es mit der Bemerkung: "Bestritten" (act. 62 S. 16) bzw. später mit der Bestreitung der Beweislastumkehr und der Bemerkung, sämtliche Unterlagen würden sich bei der Beklagten und auf jeden Fall nicht beim Kläger befinden (act. 62 S. 35 f.). Es sei im Übrigen falsch, dass der Kläger allein und bzw. oder in Zusammenarbeit mit ■■■■■ Geschäftsdokumente der U■■■■■ offensichtlich habe verschwinden lassen. Der Kläger ha-

be auch die Belege für die Buchhaltung nicht beseitigen bzw. beiseite schaffen lassen (act. 62 S. 36). Unbestritten blieb, dass ab 1991 keine Jahresabschlüsse mehr erstellt wurden und ab dem Jahr 1992 keine Buchhaltung mehr geführt wurde und der Kläger verpflichtet gewesen wäre, beides sicherzustellen und durchzusetzen (vgl. act. 53 S. 77 und act. 62 S. 35 f.).

2.4. Aufgrund dieser Bestreitungen bleibt es dabei, dass der entsprechende Hauptbeweis von der Beklagten zu leisten ist. Die postulierte Beweislastumkehr würde erst eintreten, wenn der Beklagten der Beweis für die behauptete, vom Kläger zu verantwortende Beweisvereitelung gelingen würde. Immerhin ergibt sich aus den von der Beklagten eingereichten Beilegerakten, dass die gesamte von ihr eingereichte Korrespondenz zwischen dem Kläger und dem BPV aus den Akten des BPV stammt (vgl. Beilagen zur Klageantwort, act. 23). Den Aufwand dieses Bezugs hätte sich die Beklagte wohl erspart, wären diese – wie zu zeigen sein wird sehr aussagekräftigen Akten – vorhanden gewesen.

Da die Klage auch ohne die Bejahung einer schuldhaften Beweisvereitelung durch den Kläger abzuweisen sein wird (vgl. V. nachstehend), kann offen gelassen werden, ob eine solche erfolgte.

V.

1. Der Kläger hat nicht bestritten, dass es zufolge Ausdehnung des Tätigkeitsgebietes der U [REDACTED] auf den US-amerikanischen Markt zu Verlusten gekommen ist. Er macht allerdings geltend, dies sei nicht von zufolge fehlender Weit-sicht des Klägers abgeschlossenen sehr riskanten Versicherungsverträgen, insbesondere in der Bereichen Aviatik und Umweltschutz geschehen, sondern rund 200 europäische Rückversicherungsgesellschaften in Europa hätten solche Verluste ebenfalls erlitten (act. 44 S. 6).

2.1. a) Die Beklagte argumentiert, die U [REDACTED] sei aufgrund dieser Verluste in grosse finanzielle Schwierigkeiten gekommen und sanierungsbedürftig gewor-

den. Verwaltung und Geschäftsleitung, allen voran der Kläger, hätten es indessen unterlassen, angemessene Schritte zur Sanierung einzuleiten. Die von der ausseramtlichen Konkursverwaltung (■■■■ ■■■■ & ■■■■ AG) durchgeführte Untersuchung habe ergeben, dass die U■■■■ schon Anfang der neunziger Jahre im Umfang von über Fr. 6 Mio. überschuldet gewesen sei. Angemessene Sanierungsmassnahmen seien aber auch damals, trotz der Offenkundigkeit der Überschuldung, nicht eingeleitet worden. Statt dessen hätten die Organe der U■■■■ offensichtlich den Bilanzverlust kaschiert, indem sie etwa in der Bilanz per Ende 1990 die Aktiven der Gesellschaft in Millionenhöhe überbewertet hätten. Ihren durch das Gesetz statuierten Pflichten im Falle der Überschuldung – insbesondere derjenigen, den Richter zu benachrichtigen – seien sie in schuldhafter Weise nicht nachgekommen (act. 22 S. 11).

b) Der Kläger bestreitet, angemessene Schritte zur Sanierung unterlassen zu haben; das Gegenteil sei der Fall, beides aber sei für die Frage der Kollokation irrelevant. An der Generalversammlung vom 25. Oktober 1991 sei beschlossen worden, keine weiteren Versicherungsverträge mehr abzuschliessen. Man habe sich auf einen "run-off" des Versicherungsgeschäftes geeinigt. Die U■■■■ sei weder überschuldet, noch offensichtlich überschuldet gewesen. Weder seien Bilanzverluste kaschiert, noch Aktiven überbewertet worden. Die Organe der U■■■■ seien den ihnen durch das Gesetz auferlegten Pflichten jederzeit nachgekommen (act. 44 S. 6).

Mit anderen Worten behauptet hier der Kläger unter Berufung auf die Konkurseinvernahme der Verwaltungsratsmitglieder ■■■■ ■■■■ und ■■■■ ■■■■ vom 29. August 1995 (act. 23/22; act. 44 S. 6), dass bereits im Oktober 1991 die stille Liquidation der U■■■■ beschlossen worden sei, denn um nichts anderes handelt es sich, wenn die einzig im (Rück-) Versicherungsbereich tätige U■■■■ den run-off eben dieses Geschäftes beschliesst. In der Tat bestätigte denn auch ■■■■ ■■■■ unter Hinweis auf die Straffolgen unwahrer Aussagen, 1991 sei auf die Fortführung des Geschäftes verzichtet worden (act. 23/22 S. 2). Sowohl ■■■■ ■■■■ als auch ■■■■ ■■■■ halten in dieser Einvernahme im Übrigen fest, dass der Kläger über die finanziellen Belange uneingeschränkt und alleine

entschied (ebenda). Auch der Kläger selber äusserte in seiner Konkurseinvernahme vom 30. August 1995, schon ein bis zwei Jahre vor dem Verzicht auf die Betriebsbewilligung im Mai 1993 seien praktisch keine neuen Verträge mehr abgeschlossen und etliche aufgelöst worden (act. 23/19 S. 4). Die Buchhaltung bis zur Konkureröffnung sei nicht nachgeführt worden, weil man sich im Einvernehmen mit dem BPV daran befunden habe, die Konkursitin zu liquidieren (ebenda, S. 6).

c) Für ihre Behauptung, die U [REDACTED] sei schon Anfang der neunziger Jahre im Umfang von über Fr. 6 Mio. überschuldet gewesen, verweist die Beklagte sodann auf die Ziffern 176 ff. ihrer Klageantwort: "(vgl. dazu unten Ziff. 176 ff.)" (act. 22 S. 11). Der Kläger geht auf die dort angeführte, ausserordentlich detaillierte Darstellung der Beklagten in seiner Replik mit keinem Wort ein (siehe act. 44 S. 6). Gegenteils erklärt er, nachdem das Prozessthema auf die Kollokationsklage beschränkt und die von der Beklagten erhobene Verrechnungseinrede einstweilen vom Verfahren ausgeklammert worden sei, behalte sich der Kläger Entgegnungen zu den Ausführungen in der Klageantwort S. 47 ff. bzw. Ziffern 112 ff. ausdrücklich vor (act. 44 S. 35). In der Triplik wiederum verweist der Kläger bei der Stellungnahme zur Überschuldung auf "seine ausführliche Darstellung zu den Ziffern 176 bis 213 der Klageantwort in seiner Replik" (act. 62 S. 4). Wie dargetan existiert aber eine solche ausführliche Darstellung des Klägers gar nicht.

d) Eine allgemeine Bestreitung der von der Gegenpartei aufgestellten Behauptungen genügt in prozessualer Hinsicht nicht als Bestreitung. Diejenigen Behauptungen, denen für die Beurteilung des Prozesses eine gewisse Bedeutung zuzumessen ist, müssen einzeln bestritten werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 113 N 4a und dortige ZR-Hinweise). Dies erübrigt sich indessen, wenn die Darstellung der Gegenpartei durch eine eigene abweichende Darstellung der Tatsachen widerlegt wird (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O.). Gegenüber spezifischen und detaillierten Behauptungen genügt eine allgemeine Bestreitung nicht (ZR 89 [1990] Nr. 50 und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8). Die Anforderungen an die Substanziierung einer Bestreitung sind Gegenstand des kantonalen Rechts, solange dieses damit

nicht in Widerspruch zu Art. 8 ZGB gerät (BGE 108 II 340 E. d und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8). Allerdings darf die Bestreitungslast nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen (BGE 115 II 2 und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 8). Die noch in BGE 105 II 146 geäusserte Erklärung, statt einer einmaligen generellen Bestreitung gegnerischer Behauptungen könne vom Beklagten erwartet werden, dass er rechtsrelevanten Sachvorbringen des Klägers mit konkreten Angaben widerspreche, korrigierte das Bundesgericht zehn Jahre später im Anschluss an die Kritik Kummers zumindest teilweise. Eine "Pflicht" des Beweisgegners, an der Beweisführung mitzuwirken, sei höchst fragwürdig und nur dort erwägenswert, wo der ein Recht behauptende sich im Beweisnotstand befindet und sein Gegner näher am Beweis steht (BGE 115 II 1, vgl. Pra 1989 Nr. 252). Dies ist insofern bemerkenswert, als der Kläger als damaliger Verwaltungsratspräsident und wirtschaftlich Beherrschender der damaligen juristischen Person (U[REDACTED]) näher am Beweis steht, als die heutige Beklagte als Konkursmasse selber. Darauf wird zurückzukommen sein.

2.2. Unbestritten blieb seitens des Klägers (in der Replik, Bestreitungen in der Triplik sind – da die Behauptungen in der Klageantwort erhoben wurden – verspätet; vgl. Verfügung vom 19. April 2001, act. 55 und II. 3. hiervor) insbesondere die Behauptung, 500 Aktien der [REDACTED] (REDACTED), Genf, mit je Fr. 19'000.--, total Fr. 9'500'000.--, seien in der Bilanz 1990 völlig überbewertet gewesen und der innere Wert, falls überhaupt noch ein solcher vorhanden, sei äusserst bescheiden gewesen (act. 22 S. 72 ff.). Ebenso unbestritten blieb, dass ein Darlehen an eine "[REDACTED]", Vaduz, in der Bilanz 1990 mit Fr. 4'000'000.-- aufgeführt, uneinbringlich gewesen sei (act. 22 S. 77 ff.). Schliesslich blieb als dritte Behauptung unbestritten, dass die liquiden Mittel sich per 31. Dezember 1990 nicht – wie bilanziert – auf Fr. 24'237'913.71, sondern bloss auf total Fr. 19'190'254.91 beliefen, indem Kassabestand und Postcheckguthaben nicht Fr. 5'503'276.-- betrogen, sondern der Kassabestand bloss Fr. 364.-- und das Postcheckguthaben lediglich Fr. 17'073.51 (act. 22 S. 81 ff.). Diese drei Detailbehauptungen blieben unbestritten, obwohl sie von weiteren Detailbehauptungen begleitet waren.

2.3. Nachdem der Kläger jedoch die Oberbehauptung, bereits Ende 1990 sei die U [REDACTED] mit Fr. 6 Mio. überschuldet gewesen, bestritten hatte (act. 44 S. 6 und act. 62 S. 4), wurden dennoch sowohl die Oberbehauptung als auch die entsprechenden Unterbehauptungen in der Beweisaufanlageverfügung zum Beweis gestellt, wobei entsprechend Art. 8 ZGB, wonach wer Rechte aus einer Tatsache ableitet, diese auch zu beweisen hat, grundsätzlich der Beklagten der Beweis aufzuerlegen war (act. 86 S. 13). Die Beklagte hat denn auch minutiös bereits von ihr eingereichte Beweismittel als auch neue Beilagen (wobei mit Ausnahme von act. 95/5 alle Beilagen bereits früher ins Recht gelegt worden sind), Zeugen, Parteibefragung und Gutachten in der Beweisantragungsschrift aufgelistet (act. 94 S. 11 bis 15). Demgegenüber begnügt sich der Kläger zu diesem Punkt (Beweissatz 27) mit der Nennung des Beweismittels Gutachten und der Einreichung einer Offerte für einen Kaufvertrag zwischen [REDACTED] G [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED]-Aktiengesellschaft und [REDACTED] [REDACTED], Genf, Schweiz, welche genau besehen zu Unterbeweissatz 29 b gehört und dort auch wieder aufgeführt wird (act. 96 S. 12 und 13). Zu Beweissatz 28 dazu, dass angemessene Sanierungsmassnahmen trotz der Offenkundigkeit der Überschuldung vom Kläger nicht eingeleitet wurden, verhält es sich wiederum gleich: Die grundsätzlich beweisbelastete Beklagte führt über drei Seiten Beweismittel auf, wogegen sich der Kläger zum Gegenbeweis auf die gleichen Beweismittel wie zu Beweissatz 27 stützt (act. 86 S. 13, act. 94 S. 15 ff und act. 96 S. 13). Zum Gegenbeweis für Beweissatz 29 a, dafür, dass den Fremdpassiven bzw. dem Fremdkapital von Fr. 133'104'371.-- bei korrekter Bewertung nicht – wie in der Bilanz angegeben – Aktiven von Fr. 145'644'016.12, sondern bloss solche im Betrag von Fr. 127'096'357.32 oder einem nicht wesentlich höheren Betrag gegenüber standen, nennt der Kläger gar kein Beweismittel (act. 86 S. 13 und act. 96 S. 13). Ebenso verhält es sich mit den Unterbeweissätzen 29 b aa) bis mm) (act. 86 S. 13 ff. und act. 96 S. 13). Wiederum das Gleiche gilt für Beweissatz 29 c dafür, dass ein Darlehen an eine [REDACTED] bzw. [REDACTED], Vaduz, in der Bilanz 1990 mit Fr. 4 Mio. aufgeführt, aber uneinbringlich war und die Unterbeweissätze, zu welchen der Kläger gar keine Gegenbeweismittel nennt (act. 86 S. 15 und act. 96 S. 13). Und noch einmal das gleiche

ist anzuführen zu Beweissatz 29 d, wonach die liquiden Mittel sich per 31. Dezember 1990 nicht – wie bilanziert – auf Fr. 24'237'913.71, sondern bloss auf total Fr. 19'190'254.91 beliefen, indem Kassabestand und Postcheckguthaben nicht Fr. 5'503'276.-- betrugten, sondern der Kassabestand bloss Fr. 364.-- und das Postcheckguthaben lediglich Fr. 17'073.51 (act. 86 S. 16 und act. 96 S. 13). Ebenso unterliess es der Kläger, überhaupt Gegenbeweismittel zu nennen zu den Beweissätzen 31, wonach in der Bilanz 1990 die Passiven durch Kürzung der ausstehenden Saldi und der Schadenreserven um cirka Fr. 11,46 Mio. unterbewertet wurden und 32, wonach die Erfolgsrechnung 1990 durch Kürzung der ausstehenden Saldi und der Schadenreserven um cirka Fr. 4 Mio. aufgebessert wurde, nämlich die ausstehenden Saldi um Fr. 2'461'389.-- und die Schadenreserven um cirka Fr. 1,5 Mio. (act. 86 S. 17 und act. 96 S. 13).

Sollte sich ergeben, dass der Beklagten der Hauptbeweis in den angeführten Punkten gelungen ist, so entfällt dementsprechend der Gegenbeweis. Obwohl auch die Beklagte zu Beweissatz 27 grundsätzlich ein Gutachten als Beweismittel nennt, erübrigt sich ein solches, wenn der Hauptbeweis auch ohne Gutachten als geleistet erscheint und nachdem der Kläger, wie dargetan, jegliche Detailbestreitungen unterlassen und auch durchgehend keine Detailgegenbeweismittel (zum Teil nicht einmal Hauptgegenbeweismittel) genannt hat.

a) In der Duplik ergänzte die Beklagte ihre Behauptungen zur Überschuldung insoweit, als sie behauptete, es ergebe sich ausserdem auch aus den in den Geschäftsakten vorgefundenen sogenannten Bilanzerstellungshilfen, dass bereits der Jahresabschluss bzw. die Bilanz per Ende 1990 durch entsprechende "Manipulationen" beschönigt worden sei. Diese hätten dazu dienen sollen, den Jahresabschluss (Erfolgsrechnung und Bilanz) 1991 zu erstellen. Man habe verschiedene Szenarien durchgespielt, sei jedoch nie zu einem "verkräftbaren", geschweige denn positiven Resultat gekommen, weshalb man schliesslich den Jahresabschluss 1991 nie fertiggestellt habe (act. 53 S. 20).

Die Beschönigung der Bilanz sei unter anderem dadurch vorgenommen worden, dass die Schadenlast (d.h. die Verpflichtung, Erstversicherern Schäden zu ersetzen) der sogenannten Problemzedenten oder "Problemfälle" ("PF") im erforderli-

chen Ausmass gekürzt worden seien. Es seien die Erstversicherer gewesen, die der U [REDACTED] als Rückversicherer Probleme einerseits in bezug auf die Deckungsfrage, andererseits wegen des Ausmasses der angemeldeten Forderungen bereitet hätten. Solche Problemfälle seien die [REDACTED], die [REDACTED], die [REDACTED], die [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] gewesen. Die Schadenlast bestehe bei Rückversicherern jeweils aus den von den Erstversicherern bereits bezahlten, zu ersetzenden Schäden (sogenannten "ausstehende Saldi" oder "Liquide Saldi") und aus den von ihnen bereits angemeldet, aber noch nicht bezahlten Schäden, für welche die Rückversicherung "Schadenreserven" bilden müsse (und zwar in Höhe der angemeldeten Forderung). Ausserdem müsse die Versicherung für die eingegangenen, verlustträchtigen Risiken entsprechende Rücklagen für Verluste bilden, die bereits entstanden seien, aber der Erstversicherung noch nicht gemeldet seien, sogenannten IBNR (Insurent but not Reported Losses). Aus der ins Recht gelegten Aufstellung der Problemfälle für die Bilanzentwürfe 1991 sei ersichtlich, dass im Jahr 1991 bei den sogenannten Problemzedenten ausstehende Saldi von insgesamt Fr. 15'432'914.04 angefallen sowie noch nicht bezahlte Schäden von Fr. 11'686'265.85 angemeldet worden seien. Um diese Zahlen in der Erfolgsrechnung und folglich auch in der Bilanz zu beschönigen, seien diese Passivbeträge jeweils einfach mit einem gewissen Prozentsatz reduziert worden, ohne dass dafür irgendeine Rechtfertigung bestanden habe. Aus den aufgefundenen Unterlagen für das Jahr 1991 sei ersichtlich, dass mit verschiedensten Prozentsätzen "gespielt" worden sei, so etwa mit einer Reduktion um 75,5% oder 76,4%. Die so erhaltene Kürzung der ausstehenden Saldi sei jeweils in die Erfolgsrechnung als Position "Korr. Saldi 'PF' NEU" übertragen und mit der bereits für das Vorjahr vorgenommenen entsprechenden Wertberichtigung ("Korr. Saldi 'PF' Vortrag") verrechnet worden. Das Resultat sei als Ertrag in die Erfolgsrechnung integriert worden und habe diese sowie folglich die Bilanz verfälscht (act. 53 S. 20 f.).

Aus den erwähnten Erfolgsrechnungen für 1991 sei – so die Beklagte – klar ersichtlich, dass schon im Jahr 1990 (Vorjahr) die ausstehenden Saldi um Fr. 6'961'256.-- gekürzt worden seien, was nach Abzug der bereits 1989 vorgenommenen Wertberichtigung (offenbar Fr. 4'499'866.54) eine Beschönigung der Er-

folgsrechnung 1990 um Fr. 2'461'389.35 ergeben habe. Zusätzlich seien offensichtlich auch schon in der Erfolgsrechnung 1990 die sogenannten Schadenreserven mit einer entsprechenden "Reduktion" gekürzt worden. Der gesamte Betrag, um welchen diese Kürzung die Erfolgsrechnung beschönigt habe, lasse sich nicht ohne weiteres den "Erfolgsrechnungen 1991" entnehmen, weil er – nebst der Korrektur der liquiden Saldi im Posten "Wertberichtigungen" global – im Posten "Schadenreserven" der diversen Versicherungstypen (Elementar, Leben) als Abzug enthalten sei. Mittels Extrapolation lasse sich die Kürzung der Schadenreserven auf cirka Fr. 1,5 bis 2 Mio. schätzen. Damit sei klar, dass schon 1990 die Erfolgsrechnung durch Kürzung der ausstehenden Saldi und der Schadenreserven um cirka Fr. 4 Mio. (Fr. 2'461'389.-- plus cirka Fr. 1,5 Mio.) aufgebessert worden sei. In der Bilanz per Ende 1990 seien damit die Passiven gleichzeitig um cirka Fr. 11,46 Mio. (Fr. 6'961'256.-- zuzüglich Wertberichtigung des Vorjahres von Fr. 4'499'866.54) unterbewertet worden (act. 53 S. 22).

Bezüglich des Jahresabschlusses für das Jahr 1991 sei zwecks Aufbesserung die Rechnung mit der Reduktion um verschiedene Prozentsätze durchgespielt worden. Ein erster am 7. Oktober 1992 vorgenommener Versuch ohne Reduktion habe noch zu einem technischen Ergebnis von minus Fr. 23'133'088.63 geführt, die am 30. Dezember 1992 durchgespielte Variante ein Ergebnis von minus Fr. 9'545'573.69. Am 22. und 25. Januar 1993 seien dann die letzten Bilanzerstellungsversuche durchgeführt worden, mit Reduktionsquoten von 75,50% und 76,40% hätten diese technische Ergebnisse von minus Fr. 4'895'564.50 bzw. minus Fr. 4'651'491.88 gebracht. Da man nach diesen Versuchen klar habe einsehen müssen, dass ein vertretbarer Abschluss nicht mehr zu konstruieren gewesen sei, habe man die Herumspielerei offenbar abgebrochen und für 1991 gar keinen Jahresabschluss mehr erstellt (act. 53 S. 22).

b) Der Kläger begnügt sich auch bezüglich dieser detaillierten Behauptungen mit pauschalen Bestreitungen: Es sei bestritten, dass die Bilanz per Ende 1990 durch Manipulationen beschönigt und eine Überschuldung kaschiert worden sei. Falsch sei, dass sich aus den von der Beklagten genannten Unterlagen ergebe, dass der Abschluss 1990 beschönigt und dies auch 1991 versucht worden sei.

Die Darstellung betreffend Jahresabschluss 1991 werde bestritten (act. 62 S. 4). Zutreffend sei, dass es Problemfälle gegeben habe. Solche gebe es in jeder Gesellschaft. Dass die Mission ■■■ ein Problemfall gewesen sei, ergebe sich schon allein deshalb, dass diese selbst in Konkurs gefallen sei und sich daraus für die U■■■■ im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren die allergrössten Probleme ergeben hätten. Es werde aber ausdrücklich bestritten, dass Problemfälle irgendwie falsch verbucht worden wären bzw. zu einer Beschönigung der Bilanz geführt hätten. Bestritten und falsch sei, dass mit den verschiedensten Prozentsätzen gespielt worden sei, sondern Erfolgsrechnung und Bilanz seien immer lege artis erstellt worden. Die Problemfälle gemäss von der Beklagten eingereichter Aufstellung seien alle intensiv mit Fachleuten besprochen und analysiert worden. Aufgrund der Besprechungen seien derartige Reduktionen markiert worden. Die Tatsache, dass man Reduktionen um 75,5% bzw. 76,4% angenommen habe, spreche für die Seriosität der Reduktion und eben gerade nicht für "Spielereien". Aus einem Entwurf für eine Erfolgsrechnung – mehr seien die beklagischen Beilagen (act. 54/10 und 54/11) offensichtlich nicht – könnten nicht jene schweren Vorwürfe abgeleitet werden, welche die Beklagte erhebe. Schliesslich seien die beklagischen Ausführungen unter Ziff. 70 (act. 53 S. 22) auch mit viel Fachwissen unverständlich. Es werde bestritten, dass in der Bilanz per Ende 1990 das stehe, was die Beklagte ausführe. Die Ausführungen der Beklagten seien haltlos und bestritten, die Problemfälle seien genauso behandelt worden, wie sie auch in jeder anderen Gesellschaft behandelt würden. Insbesondere sei falsch, dass man Abschlüsse zu konstruieren versucht und diese abgebrochen habe, als man gesehen habe, dass keine vertretbaren Abschlüsse hätten gemacht werden können (act. 62 S. 5 f.).

c) Auch hier ist die Frage berechtigt, ob der Kläger die detaillierten Behauptungen der Beklagten genügend detailliert bestritten hat. Insbesondere nennt der Kläger für die erwähnten Prozentzahlen keinen anderen Grund, nachdem die Beklagte ausdrücklich denjenigen der Bilanzbeschönigung genannt hat. Immerhin macht er geltend, diese seien nach intensiver Besprechung mit Fachleuten genauso behandelt worden, wie sie in jeder anderen Gesellschaft behandelt würden. Da der Kläger daraus Rechte ableitet, wurde ihm entsprechend mit Beweissatz 22

der Beweis auferlegt dafür, dass die in den Entwürfen zur Erfolgsrechnung 1991 enthaltenen Reduktionen der Schadenlasten bei Problemfällen um 75,5% bzw. 76,4% buchhalterisch in Ordnung waren, bzw. von jeder anderen Gesellschaft (in den Jahren 1990 bis 1993) ebenfalls so behandelt wurden (act. 86 S. 12). Der Kläger hat keine Beweismittel zu diesem Beweissatz genannt (act. 96 S. 12). Dies stützt die beklagliche Darstellung; entsprechend ist davon auszugehen, dass die angeführten Prozentsätze willkürlich gewählt wurden.

Unbestritten blieb aber schliesslich vor allem die Tatsache, dass die letzten Bilanzierungsversuche vom 22. und 25. Januar 1993 in der Erfolgsrechnung technische Resultate von rund minus Fr. 4,9 Mio. bzw. noch Fr. 4,6 Mio. zur Folge hatten. Ebenso, dass der erste Versuch aus dem Dezember 1992 noch ein technisches Ergebnis von rund minus Fr. 23 Mio. zur Folge hatte, die im Dezember 1992 durchgespielte Variante ein Ergebnis von rund minus Fr. 9,5 Mio. Schliesslich hat der Kläger auch keinen anderen als den von der Beklagten angeführten Grund (Überschuldung, Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters) genannt, warum in der Folge auf die Erstellung einer Bilanz verzichtet wurde, obwohl das BPV mit Vehemenz auf die Erstellung dieses Abschlusses drängte (vgl. V. 3.2. e) nachstehend). Damit muss beweisrechtlich der von der Beklagten angeführte Grund für den Verzicht – eine schon damals bestehende Überschuldung – als unbestritten gelten.

d) Nach dem vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung statuierten Kriterium der Nähe zum Beweis kennt aber der Kläger als Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident, welcher in finanziellen Belangen gemäss Aussagen [REDACTED] und [REDACTED] – auf die er sich selber beruft –, uneingeschränkt und alleine entschied, dieses Motiv – so es denn ein anderes als das von der Beklagten behauptete ist – allein und ausschliesslich. Mithin darf auch von ihm verlangt werden, dass er es in der gegebenen Situation nennt. Vorliegendenfalls ist jedenfalls im Gesamtzusammenhang davon auszugehen, dass für den Abbruch der Bilanzierungsversuche 1991 kein anderes Motiv des Klägers bestand als dasjenige der Überschuldung und der Verpflichtung zur Anzeige an den Konkursrichter.

Auffallend an der Erfolgsrechnung der U [REDACTED] für das Jahr 1990 ist, dass auch in diesem Geschäftsjahr – trotz dem Eingeständnis des Klägers, dass Verluste auftraten – noch ein Gewinn von Fr. 69'602.86 ausgewiesen wurde (Fr. 839'645.09 minus Gewinnvortrag aus dem Jahre 1989 von 770'042.23; act. 23/28 S. 6). Noch auffälliger ist, dass in der Sparte "Veränderung Schadenreserve übrige Sparten" ein Erlös von Fr. 6,246 Mio. ausgewiesen wird, bei einem Aufwand im Vorjahr 1989 von Fr. 9,206 Mio. Wenn sich diese Position tatsächlich vom Geschäftsjahr 1989 zum Geschäftsjahr 1990 um rund Fr. 15,4 Mio. verbessert hätte, so wäre in keiner Art und Weise einzusehen, warum die Gesellschaft – immer gemäss Version des Klägers – an der GV vom 25. Oktober 1991 den run-off hätte beschliessen sollen, also die stille Liquidation. Dies gilt umso mehr, als in der Position "Kapitalerträge und Wertberichtigungen" sowohl im Jahre 1989 mit Fr. 9'331'142.25 als auch im Jahre 1990 mit Fr. 10'767'547.07 erhebliche Erträge ausgewiesen wurden (ebenda). Dass diese primär aus Wertberichtigungen und nicht aus Kapitalerträgen bestanden, ergibt sich schon daraus, dass Liquiditätsprobleme vom Kläger zugestanden wurden. Auch der Geschäftsbericht 1990 spricht von Konsolidierung der Gesellschaft, welche 1990 ihren Fortgang genommen habe, und von einer äusserst restriktiven Zeichnungspolitik. Die Faktoren, welche zur gegenwärtigen Marktlage geführt hätten, würden wirksam bleiben, so dass kaum eine Trendwende zu besseren technischen Resultaten zu erwarten sei. Die in den letzten Jahren zunehmende Frequenz von Wirbelstürmen, von Überschwemmungen sowie von Erdbeben würden es notwendig machen, die Engagements laufend zu überprüfen. Die unverhältnismässige Belastung der Rückversicherung könne durch Erhöhung der Prämien nicht mehr wettgemacht werden und rufe daher nach neuen versicherungstechnischen Methoden. Dank Renditeverbesserungen seien die Erträge stärker gestiegen als der Bestand, so dass die Gesellschaft mit dem finanziellen Ergebnis zufrieden sei (alles act. 23/28 S. 3). Wie diese Renditeverbesserungen erzielt wurden, ist hiervor aufgezeigt worden. Unter den gegebenen Umständen ist rechtsgenügend erstellt, dass die erwähnten Erträge zu einem Grossteil durch günstigere Bewertungsmassstäbe im Hinblick auf ein positives Ergebnis erzielt wurden. Ein Anlass zu günstigerer Bewertung bestand aber, wie dargetan, nicht.

e) Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Abschlüsse der U [REDACTED] nicht ordnungsgemäss revidiert wurden (act. 22 S. 11 und 99 ff., act. 53 S. 24). Seitens des Klägers blieb unbestritten, dass die [REDACTED] AG während der gesamten, hier interessierenden Zeitperiode die alleinige Kontroll- bzw. Revisionsstelle der U [REDACTED] war und wirtschaftlich ihm gehörte. Deren einziger Verwaltungsrat war [REDACTED] [REDACTED], welcher zugleich seit 1987 Mitglied des Verwaltungsrates der U [REDACTED] war. Der Kläger bestritt auch nicht, dass die gleichen Personen, welche für die Buchführung bzw. Buchhaltung der U [REDACTED] zuständig waren, auch zu deren Buchprüfung bzw. Revision berufen waren (act. 22 S. 11, act. 44 S. 7, act. 53 S. 24 und act. 62 S. 7 sowie act. 23/29). Seine pauschale Behauptung, die Unabhängigkeit der Revisionsstelle sei jederzeit gegeben gewesen, genügt angesichts der konkreten Behauptungen der Beklagten wiederum nicht (act. 44 S. 7).

3.1. Damit sei auf den Gesamtzusammenhang zurückgekommen: Während die Beklagte behauptet, die zwischen dem Oktober 1992 und der Konkursöffnung vom 22. Mai 1995 erfolgten Zahlungen des Klägers seien allesamt zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die U [REDACTED] bereits überschuldet gewesen sei und hätten dazu gedient, den Konkurs hinauszuzögern, behauptet der Kläger, er habe die Zahlungen geleistet in der Meinung, damit einen ordentlichen run-off der Gesellschaft zu sichern und weil er angenommen habe, die Gesellschaft sei nicht liquid (act. 22 S. 12 und act. 44 S. 13).

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

Selbst wenn der Kläger im damaligen Zeitpunkt den von ihm behaupteten Glauben (die U [REDACTED] sei lediglich illiquid, nicht aber überschuldet) gehabt haben sollte (was angesichts der angeführten Umstände und seiner beherrschenden Stellung höchst zweifelhaft ist), fragt es sich, ob dieser Glaube überhaupt massgebend ist. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Meinung ist beim Drittmannstest, wie der Name bereits sagt, der Massstab eines aussenstehenden Dritten wesentlich. Abzustellen ist auf Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt der Darlehenshingabe. Aber auch beim Sanierungstest ist ein objektiver Massstab gefordert (vgl. auch IV. 1.2. hiervoor). Hat der Kläger effektiv den Glauben gehabt, die Gesellschaft sei lediglich illiquid und war sie in Tat und Wahrheit überschuldet, so gereicht ihm angesichts seiner Stellung eben dies zum Verschulden, bzw. führt im Rahmen der hier zu behandelnden Kollokationsklage dazu, dass seine Forderung, wie weiter oben dargetan, als Eigenkapital umzuqualifizieren ist.

3.2. a) Im vorliegenden Fall spricht schon der Umfang der vom Kläger gemäss seiner Behauptung eingeschossenen Liquidität von über Fr. 16 Mio. eher dagegen, dass ein Dritter sich entsprechend engagiert hätte. Dies gilt trotz des Aktienkapitals von Fr. 7,5 Mio. und der Bilanzsumme von insgesamt über Fr. 145 Mio. der U [REDACTED] gemäss Bilanz per 31. Dezember 1990 (act. 23/28 S. 7). Die Berufung des Klägers auf seinen wirklichen Willen geht insofern fehl, als für ihn als Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident nicht die gleiche Interessenlage wie für einen aussenstehenden Dritten besteht. Insbesondere als Verwaltungsratspräsident hat er ein persönliches Interesse, den Makel eines Konkurses zu vermeiden oder zumindest hinauszuzögern. Wie bereits weiter oben angeführt, sagte er selber in seiner Konkurseinvernahme aus, man habe sich praktisch seit 1991 daran befunden, die Konkursitin zu liquidieren (vgl. V. 2.1. b) hiervoor). Unter diesen Umständen ist gänzlich undenkbar, dass aussenstehende Dritte noch Darlehen der U [REDACTED] gegeben hätten, schon gar nicht im Umfang von Fr. 16 Mio.

b) Was die Ausgestaltung der vom Kläger behaupteten Kreditierung anbelangt, so muss differenziert werden: Weder bei Variante A (Bezahlung von Forderungen anstelle der U [REDACTED] und Subrogation) noch bei Variante B (Darlehen an die

tiert. Im massgeblichen Zeitpunkt Oktober 1992 lag der Abschluss 1990 vor, nicht aber derjenige des Jahres 1991. Es bestand mithin zumindest ein Erklärungsbedarf, warum noch keine Bilanz vorlag. Darauf wird bei der nachfolgend angeführten Auseinandersetzung der U [REDACTED] mit dem BPV zurückzukommen sein.

e) Es ist aktenkundig, dass die [REDACTED] [REDACTED] di [REDACTED] mit Sitz in [REDACTED], Italien, bereits am 9. Oktober 1991 beim BPV rügte, die U [REDACTED] er-scheine in jeder Hinsicht handlungsunfähig und es sei fraglich, ob sie im Hinblick auf Solvenz, Organisation und Geschäftsführung noch die notwendigen versicherungsaufsichtsrechtlichen Garantien biete, nachdem dieser Gesellschaft offenbar bereits im November 1990 eine endgültige und abschliessende Schlusszahlung auf "cut-off" Basis angeboten worden, Ende Mai 1991 aber darauf zurückgekommen worden war (act. 23/36). Für die Berichterstattung 1991 ersuchte die U [REDACTED] [REDACTED] mit Schreiben vom 26. Juni 1992 (die gesetzliche Frist dafür lief gemäss VAG bis zum 30. Juni 1992) um Fristerstreckung bis zum 31. August 1992 und begründete diese mit "erforderliche Umstellung im Informatikbereich" (act. 23/38). Wegen "noch nicht beendeter Computerinstallation" wurde mit Schreiben vom 2. September 1992 um erneuter Fristerstreckung bis zum 31. Oktober 1992 ersucht (act. 23/39). Die Fristerstreckung wurde vom BPV bis 30. September 1992 bewilligt (act. 23/40). Am 29. September 1992 verfügte das BPV – da mit einer fristgerechten Einreichung der Berichterstattung nicht mehr gerechnet werden könne und bei der [REDACTED], einer Tochtergesellschaft der U [REDACTED], finanzielle und organisatorische Unzulänglichkeiten zu vermuten seien –, die U [REDACTED] habe einen Zwischenabschluss per 30. September 1992 vorzunehmen, wobei die aussenstehende Schweizerische Treuhandgesellschaft - [REDACTED] & [REDACTED] ([REDACTED]) mit verschiedenen Überprüfungen beauftragt wurde (act. 23/41). Mit Schreiben vom 9. November 1992 stellte das BPV fest, es sei anlässlich der Sitzung vom 5. November 1992 von einem möglichen Verkauf der U [REDACTED] informiert worden, wobei dem BPV die mögliche Käuferschaft vorenthalten worden sei und mahnte die U [REDACTED] unter Androhung des Bewilligungsentzugs, bzw. entsprechender Antragsstellung an das EJPD erneut zur Berichterstattung bis 16. November 1992 (act. 23/42). Am 8. Januar 1993 mahnte das BPV erneut die Berichterstattung 1991 und Antworten auf zwei Schreiben betreffend Drittgesellschaften bis 15. Ja-

nuar 1993 an (act. 23/43). Gleichzeitig erging ein Schreiben an RA [REDACTED], in dem von beharrlichem Schweigen der U [REDACTED] die Rede ist (act. 23/44). In einem Schreiben vom 4. März 1993 nahm das BPV Kenntnis davon, dass innerhalb der U [REDACTED] der Grundsatzentscheid auf Bewilligungsverzicht gefallen sei, was nichts an den aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen ändere. Bei fristgerechter Einreichung der geschäftsplanmässigen Erklärung über den Bewilligungsverzicht entfalle die Verpflichtung, den Status per 30. September 1992 zu erstellen und werde ersetzt durch die Verpflichtung der Vornahme eines Status per Datum Bewilligungsverzicht (act. 23/45). Mit Schreiben des BPV vom 10. März 1993 wurde die U [REDACTED] einmal mehr aufgefordert, Bilanz und Berichterstattung 1991, eine Liste der Verträge sowie eine solche der hängigen Schadenfälle und die Erklärung über den Bewilligungsverzicht einzureichen (act. 23/46).

Mit Datum vom 7. Mai 1993 erliess das BPV eine Verfügung an die U [REDACTED], worin sie eine Verfügungssperre über die Vermögenswerte der U [REDACTED] anordnete (act. 23/9). Damit verbunden war insbesondere auch eine Meldepflicht der U [REDACTED] über ihre Vermögenswerte sowie die Pflicht, die Depotbanken mit Kopie an das BPV aufzufordern, dem BPV das Formular über die Bestätigung von Geschäftsbeziehungen mit der U [REDACTED] zuzustellen (Frist bis zum 17. Mai 1993; act. 23/9 S. 2 und act. 23/56 S. 1). Das BPV begründete die Verfügung mit der Weigerung der U [REDACTED], Bilanz und Berichterstattung für das Jahr 1991 einzureichen, der Tatsache, dass die U [REDACTED] dem BPV entgegen ausdrücklicher schriftlicher Aufforderung keine Auskunft über hängige Schadenfälle gab, mit Anfragen von Erstversicherern, welche sich beschwerten, dass sich die U [REDACTED] zu geltend gemachten Forderungen nicht äusserte und der Tatsache, dass verschiedene Beteiligungen gegen die U [REDACTED] hängig seien, ohne dass diese gegenüber dem BPV bisher dazu umfassend und plausibel Stellung genommen hätte (act. 23/9 S. 1). In der Verfügung wurde weiter festgehalten, die Aufstellung einer Bilanz und die Berichterstattung gegenüber dem BPV gehörten zu den elementaren Pflichten jeder aufsichtspflichtigen Versicherungseinrichtung, deren Einhaltung es dem BPV überhaupt erst ermögliche, seinen Aufgaben bezüglich der Solvenzprüfung nachzukommen, welche Pflicht die U [REDACTED] offensichtlich verletzt habe. Die U [REDACTED] dokumentiere damit, zu einer solchen Aufstellung

nicht mehr willig und fähig zu sein. Dieser Eindruck werde durch das Schweigen der U [REDACTED] zu diversen gegen sie geltend gemachten Forderungen von Erstversicherern bestätigt. Aufgrund der Unterlagen bestehe insgesamt der Eindruck, dass sich die U [REDACTED] in einer prekären finanziellen Situation befinde (alles act. 23/9 S. 1 f.). Mit Schreiben vom 18. Mai 1993 wurde der U [REDACTED] vom damaligen Vorsteher des EJPD, Bundesrat [REDACTED] [REDACTED], erneut unter Androhung des Bewilligungsentzugs Frist bis zum 31. Mai 1993 angesetzt, um den gesetzmässigen Zustand durch Einreichung von Bilanz und Berichterstattung 1991 und Liste der hängigen Schadenfälle wiederherzustellen (act. 23/47). Mit Schreiben vom 19. Mai 1993 verzichtete die U [REDACTED] (mit Unterschrift der Verwaltungsräte [REDACTED] G [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED]) auf die Bewilligung zum Betrieb des Rückversicherungsgeschäftes per 31. Mai 1993 (act. 23/48). Zudem wurde die Verpflichtung eingereicht, dem BPV bis Ende November 1993 einen Status über Aktiven und Passiven der U [REDACTED] per 31. Mai 1993 zu erstellen und dem Amt vorzulegen (ebenda). Mit Anzeige vom 2. Juni 1993 ersuchte das BPV die Bezirksanwaltschaft Zürich (nachstehend BAZ) um Einleitung einer Strafuntersuchung gegen die verantwortlichen Personen der U [REDACTED] wegen Verschleierung, ev. unwahrer Darstellung der Geschäftsverhältnisse einer Versicherungseinrichtung gegenüber der Aufsichtsbehörde und ergänzte diese mit Schreiben vom 17. Dezember 1993 (act. 23/17 und act. 23/58). Darin ist das Ganze noch einmal umfassend dargestellt. In der genannten Anzeige führt das BPV aus, gemäss Erklärungen von RA Fischer anlässlich einer Sitzung vom 19. Mai 1993 auf dem BPV (worüber eine Notiz des BPV besteht, vgl. act. 23/17 S. 5 und 10), befinde sich die U [REDACTED] [REDACTED] in einer sehr ernsten finanziellen Lage, welche die Gesellschaft veranlasse, mit den Gläubigern einen aussergerichtlichen Nachlass anzustreben. Die U [REDACTED] [REDACTED] wolle gemäss deren Vertreter RA Fischer die Bilanz 1991 nicht erstellen, weil dies nach den obligationenrechtlichen Vorschriften (Art. 725 OR) die Pflicht zu deren sofortigen Deponierung beim Richter auslösen würde (act. 23/17 S. 5). Diese Äusserung wurde im vorliegenden Prozess allerdings vom Kläger bestritten, so dass sie als unbewiesen gewertet werden muss (act. 63 S. 7); wobei der Kläger in seiner Triplik bemerkenswerterweise ausführte, RA [REDACTED] habe möglicherweise auf eine finanzielle Situation aufmerksam gemacht, allerdings ebenfalls höchstens

im Sinne eines Liquiditätsengpasses. Sollte er als Vertreter der U [REDACTED] weitere Äusserungen gemacht haben, so widersprüchen diese einerseits dem ihm erteilten Auftrag aber auch dem, was der Kläger damals gewusst habe (act. 62 S. 13). Die heutigen Erkenntnisse des Amtes – so ist der Anzeige des BPV weiter zu entnehmen – liessen zwingend darauf schliessen, dass in Wirklichkeit nicht die Computerinstallation, sondern die schon damals desolate Finanzlage die U [REDACTED] [REDACTED] veranlasst habe, auf eine ordnungsgemässe Berichterstattung zu verzichten (act. 23/17 S. 7).

Der Verzicht der U [REDACTED] auf die Bewilligung wurde am 8. Juni 1993 im SHAB publiziert (act. 23/49). Am 9. Juli 1993 erliess das BPV ein Schlussprotokoll gegen den Kläger als Beschuldigten und bestrafte diesen mit Strafbescheid vom 10. August 1993 zu einer Busse von Fr. 4'500.-- wegen Verletzung von Meldepflichten, insbesondere habe die U [REDACTED] weder Vermögenswerte gemeldet noch die Briefkopien der Aufforderungen an die Banken vorgelegt (act. 23/56 und 57). Mit Schreiben vom 24. August 1993 gelangte der damalige Direktor des BPV, [REDACTED], persönlich an den Kläger und stellte bezüglich des run-off der U [REDACTED] fest, dieser werde höchst dilatorisch und mit wenig erkennbarem Professionalismus gehandhabt. Es sei nicht auszuschliessen, dass eine aussenstehende Firma damit beauftragt werden müsse (act. 23/50 S. 2). In seinem Schreiben vom 27. August 1993 verwahrte sich RA [REDACTED] als Vertreter der U [REDACTED] gegen diese Wortwahl und stellte fest, es sei auch nicht selbstverständlich, dass ein Aktionär Millionenbeträge ohne Verpflichtung in die Gesellschaft einschiess (act. 23/51). Mit Schreiben vom 1. Oktober 1993 nahm RA [REDACTED] nochmals im Namen des Verwaltungsrates der U [REDACTED] Stellung: Der run-off verlaufe insofern einheitlich, als die einzelnen Quoten nicht mehr als um 20% differierten, die allermeisten Verträge seien gekündigt. Der Verwaltungsrat sei nicht bereit, mitzuteilen, unter welchen Konditionen die bisherigen Auflösungen erfolgt seien (act. 23/52 S. 2). Am 11. Oktober 1993 verfügte das BPV unter Androhung von Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.--, die U [REDACTED] habe im einzelnen angeführte Angaben zum run-off zu liefern (act. 23/53). Gegen diese Verfügung erhob RA Fischer für die U [REDACTED] Beschwerde ans EJPD (act. 23/54). Am 17. Dezember 1993 stellte das BPV zuhanden der BAZ fest, weder für das Jahr 1991 noch für 1992 seien von der U [REDACTED]

■■■■ Bilanz und Berichterstattung eingereicht worden, ebensowenig der Status per Datum des Bewilligungsverzichtes (act. 23/58). Am 5. August 1994 stellte die BAZ das Strafverfahren gegen den Kläger betreffend Widerhandlung gegen das Versicherungsaufsichtsgesetz einstweilen ein, weil dieser in der Schweiz nicht greifbar und auch sein Aufenthaltsort nicht bekannt sei, weshalb er am 22. Juli 1994 zur Verhaftung ausgeschrieben worden sei (act. 23/18). Am 25. Juli 1994 erstattete RA ■■■■ Bericht ans BPV "betreffend der Liquidierung der bestehenden Versicherungsverträge" (act. 23/20). Erwähnenswert daraus ist, dass der Kläger eine beträchtliche Summe zur Verfügung gestellt habe, damit die Gläubiger hätten abgegolten werden können. Man lege ausserordentlichen Wert darauf, dass alle Gläubiger gleich behandelt würden wobei die grundsätzliche Basis für den Übergang der Forderungen 25% seien, zahlbar innert zwei Monaten (act. 23/20 S. 1). In der Folge werden die Gesellschaften, mit denen Vergleiche abgeschlossen wurden und es zur Zahlung gekommen sei, diejenigen, in denen das Konkurserkennnis zu sistierten Vereinbarungen geführt habe, und schliesslich die Gesellschaften, mit denen man in Verhandlung sei, angeführt (act. 23/20 S. 2 f.). Mit Schreiben vom 5. September 1994 bedankte sich das BPV für diese Angaben bei RA ■■■■, mit denen er der Verfügung vom 11. Oktober 1993 recht weitgehend nachgekommen sei. Inzwischen habe sich die Situation infolge des Konkursöffnungsentscheides (vom 15. Juli 1994, welcher in der Folge durch das Obergericht aufgehoben wurde) verändert (act. 23/55).

Nach dieser chronologischen Zusammenstellung steht fest, dass die U■■■■ – wofür der Kläger verantwortlich ist – ihre Informationspflichten gegenüber dem BPV fortgesetzt verletzt hat. Was die Bilanz 1991 anbelangt, so datiert die Pflichtverletzung spätestens seit dem 29. September 1992 an, indem das BPV mit diesem Datum feststellte, die Berichterstattung könne nicht mehr innert bis zum 30. September 1992 erstreckter Frist erfolgen und entsprechend eine Ersatzvornahme verfügte (act. 23/41).

f) Ein Weiteres Indiz für die Situation der U■■■■ im Jahre 1992 stellt die Tatsache dar, dass gemäss Konkurserkennnis vom 15. Juli 1994, bzw. dem dort zitierten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 2 gegen die

U [REDACTED] im Jahre 1992 sieben Betreibungen für Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 2'586'653.21 eingeleitet wurden. Eine davon sei von der Schuldnerin nach Konkursandrohung bezahlt, während die anderen durch Rechtsvorschlag gehemmt worden seien (act. 23/59 S. 6). Im Jahre 1993 waren es bereits 23 Betreibungen für Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 50'368'869.--. Davon seien zwei von der Schuldnerin nach erfolgter Konkursandrohung bezahlt, während die anderen wiederum durch Rechtsvorschlag gehemmt worden seien (ebenda, S. 7; act. 53 S. 29, unbestritten in act. 62 S. 9). Das Obergericht des Kantons Zürich stellte im Beschluss vom 2. Dezember 1994 auf diese Darstellung ab (act. 23/61).

Mit einer lediglich allgemeinen Bestreitung begegnete der Kläger auch der Behauptung der Beklagten, eine Übersicht über Forderungen und Verpflichtungen per Oktober 1993 ergebe eine Nettoverpflichtung von Fr. 43'145'341.-- (act. 53 S. 30 und act. 62 S. 9). Ebenso einen Nettolastensaldo von Fr. 44'092'607.-- per 9. November 1994 (ebenda). Unbestritten blieb des weiteren, dass anlässlich der Sitzung vom 15. Januar 1993 – anwesend waren der Kläger, dessen Tochter [REDACTED] G [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] – zur Sprache kam, dass das Prämienvolumen der U [REDACTED] nur noch cirka Fr. 4 Mio. betrug, während allein schon die Schulden gegenüber den "Londoner Geschäftspartnern" diesen Betrag überstiegen, wozu etliche andere dem Kläger bekannte Verpflichtungen in Millionenhöhe kamen und dem Kläger beispielsweise am 10. Dezember 1992 per Fax eine Liste derjenigen Schulden in mehrfacher Millionenhöhe der U [REDACTED] zugesandt worden waren, die zwischen dem 14. und 18. Dezember 1992 sofort hätten bezahlt werden müssen (act. 53 S. 32 f. und act. 62 S. 11; siehe auch act. 54/14 S. 2 f.).

g) Unbestritten blieb seitens des Klägers auch, dass [REDACTED] [REDACTED] in der hiervor angeführten Sitzung vom 15. Januar 1993 den Gläubigern der U [REDACTED] anlässlich einer Sitzung in London die Wahrheit sagen und eingestehen wollte, dass die U [REDACTED] nicht mehr überlebensfähig sei (siehe act. 53 S. 23 und act. 62 S. 6; siehe auch act. 54/14 S. 2 f.). Der Kläger trat für eine "Tour d'horizon"

ein; dass dabei über Konkurs nicht gesprochen werden sollte, sei eigentlich klar (act. 62 S. 6).

4. Dass Dritte in Kenntnis der angeführten Umstände der U [REDACTED] zu den vom Kläger eingegangenen Bedingungen noch Kredit gewährt hätten, kann ausgeschlossen werden. Wie bereits angeführt, ist für einen Darlehensgeber erster Anhaltspunkt für die Kreditwürdigkeit einer Gesellschaft deren Bilanz und Erfolgsrechnung. Wenn eine Rückversicherungsgesellschaft wie die U [REDACTED] auch vier Monate nach dem gesetzlichen Termin diese Informationen noch nicht liefern kann, so sind Zweifel im Übrigen nicht nur bezüglich ihrer Kreditwürdigkeit, sondern auch bezüglich ihrer Managementfähigkeiten angebracht. Auch dies führt im Rahmen des Drittmannstestes zur Feststellung, dass aussenstehende Dritte bereits zu Beginn der vom Kläger vorgenommenen Kapitalzuschüsse (Oktober 1992) an die U [REDACTED] solche nicht mehr vorgenommen hätten. Bezeichnend ist auch in diesem im Rahmen der obergerichtlichen Rechtsprechung absolut entscheidenden Punkt, dass der Kläger zu Beweissatz 30, dass ab dem 30. Oktober 1992, bzw. ab welchem Zeitpunkt, kein Kreditinstitut mehr Kredit an die U [REDACTED] gewährt hätte, kein Gegenbeweismittel nennt (act. 96 S. 13).

Unter diesen Umständen braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob bereits per Ende 1990 eine Überschuldung der U [REDACTED] bestand, und ob die vom Kläger behaupteten Zahlungen überhaupt erfolgt sind und dafür auch eine Rechtsgrundlage bestand. Die Kollokationsklage ist schon aus den angeführten, grundsätzlichen Überlegungen zufolge fehlender Kollozierbarkeit der vom Kläger behaupteten Kapitaleinschüsse abzuweisen.

VI.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO).
2. Für die Berechnung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung ist in der Regel vom Streitwert der Klage auszugehen. Dieser bemisst sich für den Kollokationsprozess nicht nach dem Forderungsbetrag, sondern nach der mut-

masslichen Konkursdividende zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 18 N 13 ZPO). Die mutmassliche Konkursdividende ist durch die Konkursverwaltung zu errechnen und wird mit der Auflage des Kollokationsplanes bekannt gegeben (Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 54 f.). Massgebend für die vorliegende Bestimmung des Streitwertes ist der am 21. Januar 2000 aufgelegte vierte Teilkollokationsplan (act. 23/67). Darin wird die mutmassliche Konkursdividende für die 5. Klasse mit 16% angeführt (act. 23/67 S. 8), weshalb vorliegend von einem Streitwert von Fr. 2'646'785.-- auszugehen ist.

2.1. Gemäss § 1 in Verbindung § 3 und § 5 der Verordnung über die Gerichtsgebühr vom 30. Juni 1993 ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 35'300.-- festzusetzen.

2.2. In Anwendung von § 2 in Verbindung mit dem §§ 4 und 5 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987 ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine um die Hälfte erhöhte Prozessentschädigung von Fr. 71'770.-- (inkl. 7,6% MwSt) zu bezahlen.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Der Antrag des Klägers auf Ausschluss der beklagtischen Vertreter wird abgewiesen.
2. Das Fristerstreckungsgesuch des Klägers zur Einreichung der Stellungnahme zum Beweisergebnis wird abgewiesen.

und erkennt sodann:

1. Die Klage wird abgewiesen.

Demzufolge ist die vom Kläger im Konkurs der U [REDACTED] Rückversicherungs-AG angemeldete Forderung im Betrage Fr. 16'542'402.-- nicht zu kollozieren.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 35300.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 0.00 Vorladungsgebühr

Fr. 2085.00 Schreibgebühr

Fr. 1273.00 Zustellungsgebühr

Fr. 38658.00 Kosten total.

3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 71'770.-- (inkl. 7,6% MwSt) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Rückschein.

6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Einzelrichter im beschleunigten Verfahren, erklärt werden.

Der Einzelrichter

Der juristische Sekretär

lic. iur. F. Ziltener

lic. iur. J.-M. Kunz