

# **ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH FB000009-L vom 10. Januar 2003**

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2003-01-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_FB000009-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_FB000009-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH FB000009-L du 10 janvier 2003

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH FB000009-L del 10 gennaio 2003

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Bei der Beklagten handelt es sich um die Konkursmasse der Universale Rückversicherungs-AG. Die Universale Rückversicherungs-AG (nachstehend Universale) 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 Universale (act. 23/4), zudem Alleinaktionär der Zuger AG für Wirtschaftsunternehmen, welche ihrerseits 100 % der Aktien der Universale 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 Universale umfangreiche Zahlungen, namentlich für Saläre, Anwaltshonorare und sonstige Verpflichtungen (dazu detailliert act. 11 S. 3 ff.). Dabei habe der Kläger entweder direkt Verpflichtungen der Universale erfüllt, dieser zum Zwecke der Erfüllung von Verbindlichkeiten die notwendigen Mittel verschafft oder sich Forderungen gegen die Universale abtreten lassen, ohne sie sogleich einzutreiben.

#### **E. 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 Universale 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

- 10 - 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 (detailiert 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.

## **E. 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 Kapital einlagen 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 heraufbeschwo- ren werde, gleichzeitig aber auch versucht werde, mittels Kollokation der Zuwendungen das eingegangene Risiko zu mini-

- 11 - 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.).

### **E. 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.

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

### **E. 2**

Am 8. Juni 1993 wurde der Verzicht der Universale 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

- 3 - 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 Universale (act. 23/1). Die Gläubigerversammlung vom 8. September 1995 setzte sodann die ATAG Ernst & Young AG als ausseramtliche Konkursverwaltung ein (vgl. act. 23/2).

#### **E. 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.

#### **E. 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:

#### **E. 2.3**

Nachdem der Kläger jedoch die Oberbehauptung, bereits Ende 1990 sei die Universale 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 Beweisauflageverfügung 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,

Par- teibefragung und Gutachten in der Beweisantragungsschrift aufgelistet (act. 94 S. 11 bis 15). Demgegenüber begnügt sich der Kläger zu diesem Punkt (Beweis- satz 27) mit der Nennung des Beweismittels Gutachten und der Einreichung einer Offerte für einen Kaufvertrag zwischen Robert GGerling und DAS International Rückversicherungs- und Beteiligungs-Aktiengesellschaft und La Défense Auto- mobile et Sportive S.A. (DAS), Genf, Schweiz, welche genau besehen zu Unter- beweissatz 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, ver- hält 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 Fremdpässiven 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 wesent- lich 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 Unterbeweissät- zen 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 'Gifa establishment bzw. Etablissement', Vaduz, in der Bilanz 1990 mit Fr. 4 Mio. aufgeführt, aber unein- bringlich war und die Unterbeweissätze, zu welchen der Kläger gar keine Gegen- beweismittel nennt (act. 86 S. 15 und act. 96 S. 13). Und noch einmal das gleiche - 19 - ist anzuführen zu Beweissatz 29 d, wonach die liquiden Mittel sich per 31. De- zember 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.-- betragen, sondern der Kassabestand bloss Fr. 364.-- und das Post- checkguthaben 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 Be- weissätzen 31, wonach in der Bilanz 1990 die Passiven durch Kürzung der aus- stehenden Saldi und der Schadenreserven um cirka Fr. 11,46 Mio. unterbewertet wurden und 32, wonach die Erfolgsrechnung 1990 durch Kürzung der ausstehen- den Saldi und der Schadenreserven um cirka Fr. 4 Mio. aufge bessert 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 Detailbestrei- tungen 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 Ge- schäftsakten vorgefundenen sogenannten Bilanzerstellungshilfen, dass bereits der Jahresabschluss bzw. die Bilanz per Ende 1990 durch entsprechende "Mani- pulationen" beschönigt worden sei. Diese hätten dazu dienen sollen, den Jahres- abschluss (Erfolgsrechnung und Bilanz) 1991 zu erstellen. Man habe verschiede- ne Szenarien durchgespielt, sei jedoch nie zu einem "verkräftbaren", geschweige denn positiven Resultat gekommen, weshalb man schliesslich den Jahresab- schluss 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 Problemzeden oder "Problemfälle" ("PF") im erforderli-

- 20 - chen Ausmass gekürzt worden seien. Es seien die Erstversicherer gewesen, die der Universale als Rückversicherer Probleme einerseits in bezug auf die Deckungsfrage, andererseits wegen des Ausmasses der angemeldeten Forderungen bereitet hätten. Solche Problemfälle seien die Bermuda, die Ins. Co. of Ireland, die Mission Ins., die Sayre & Toso, NERCO, John Hancock und TOPA 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 angemeldeten, 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 Problemzeden 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-

- 21 - 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 haben 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.

- 22 - 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 Ins. ein Problemfall gewesen sei, ergebe sich schon allein deshalb, dass diese selbst in Konkurs gefallen sei und sich daraus für die Universale 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 beklagtischen Beilagen (act. 54/10 und 54/11) offensichtlich nicht – könnten nicht jene schweren Vorwürfe abgeleitet werden, welche die Beklagte erhebe. Schliesslich seien die beklagtischen 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

- 23 - 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 Bilanzherstellungsvorläufe 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 Arthur Karli und Alfred Vogelsang – 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.

- 24 - Auffallend an der Erfolgsrechnung der Universale 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.

- 25 - e) Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Abschlüsse der Universale nicht ordnungsgemäss revidiert wurden (act. 22 S. 11 und 99 ff., act. 53 S. 24). Seitens des Klägers blieb unbestritten, dass die Intermercaria AG während der gesamten, hier interessierenden Zeitperiode die alleinige Kontroll- bzw. Revisionsstelle der Universale war und wirtschaftlich ihm gehörte. Deren einziger Verwaltungsrat war Alfred Vogelsang, welcher zugleich seit 1987 Mitglied des Verwaltungsrates der Universale war. Der Kläger bestritt auch nicht, dass die gleichen Personen, welche für die Buchführung bzw. Buchhaltung der Universale 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).

#### **E. 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 Universale auf den US-amerikanischen Markt zu Verlusten gekommen ist. Er macht allerdings geltend, dies sei nicht von zufolge fehlender Weitsicht des Klägers abgeschlossenen sehr riskanten Versicherungsverträgen, insbesondere in den Bereichen Aviatik und Umweltschutz geschehen, sondern rund 200 europäische Rückversicherungsgesellschaften in Europa hätten solche Verluste ebenfalls erlitten (act. 44 S. 6).

#### **E. 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 Fritz Pfister wandte die Konkursverwaltung ein, hier hätten keinerlei vertragliche Verpflichtungen der Universalen 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.).

### **E. 3.1**

Damit sei auf den Gesamtzusammenhang zurückgekommen: Während die Beklagte behauptet, die zwischen dem Oktober 1992 und der Konkurseröffnung vom 22. Mai 1995 erfolgten Zahlungen des Klägers seien allesamt zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Universalen 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).

- 26 - Selbst wenn der Kläger im damaligen Zeitpunkt den von ihm behaupteten Glauben (die Universalen 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. hiervor). Hat der Kläger effektiv den Glauben gehabt, die Universalen 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.

### **E. 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 Universalen 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) hiervor). Unter diesen Umständen ist gänzlich undenkbar, dass aussenstehende Dritte noch Darlehen der Universale 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 Universale und Subrogation) noch bei Variante B (Darlehen an die

- 27 - Universale) behauptet der Kläger eine Verzinsung. Warum ein aussenstehender Dritter unter diesen Umständen die vom Kläger angeblich geleisteten Kredite an die Universale hätte gewähren sollen, bleibt unersichtlich. Was die vom Kläger angeblich käuflich erworbenen Forderungen gegen die Universale anbelangt (Variante C), so spricht hier schon der unbestrittenermassen erzielte Einschlag von gegen 70% gegen die Darstellung des Klägers (vgl. act. 4/I/12-20, act. 22 S. 35 und act. 44 S. 29). Einen solchen Einschlag zu gewähren ist ein Gläubiger nur bereit, wenn ihm als Alternative der Konkurs mit noch geringeren Dividenden vor Augen geführt wird. Hätte der Kläger bei diesen Käufen tatsächlich den Glauben gehabt, beim Ganzen handle es sich lediglich um ein Liquiditätsproblem und die Gesellschaft sei nicht überschuldet, so stellte sich bei diesen Forderungskäufen wohl die strafrechtliche Frage eines Betrugs bzw. eines untauglichen Versuchs dazu. In bezug auf den Drittmannstest aber bleibt es dabei, dass der Dritte unter den vom Kläger eingegangenen Umständen die Forderungen nur erworben hätte, wenn Aussicht auf höhere Dividende (sei es im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages) bestanden hätte. Von einer solchen Aussicht kann aber, wie bereits oben und wiederum unten (unter dem Zeitpunkt) dargetan wird, nicht die Rede sein. c) Der Kläger hat nicht bestritten, dass aufgrund des "heutigen" (Klageantwort vom 5. Mai 2000) Standes des Konkursverfahrens mit ungedeckt bleibenden Forderungen von bis zu Fr. 71'454'900.95 gerechnet werden muss (act. 22 S. 12 und 61 ff., act. 44 S. 8 f.). In der Replik führt er sogar aus, die Konkursdividende werde 5,68 % (statt der anfänglich erwarteten von 16 %, vgl. act. 23/67 S. 8) betragen (act. 44 S. 12). Auch dies darf als gewichtiges Indiz dafür gesehen werden, dass die Universale schon im Jahre 1990 oder kurz danach überschuldet, jedenfalls aber im Oktober 1992, also zu Beginn der klägerischen Zahlungen, in einem Zustand war, in welchem ein Dritter nicht mehr kreditiert hätte. d) Das gleiche gilt für die unbestrittene Tatsache, dass ab dem Jahre 1991 keine Bilanzen mehr erstellt wurden (vgl. IV. 2.3. hiervor). Es erscheint mehr als selbstverständlich, dass ein aussenstehender investitionswilliger Dritter sich über die Kreditwürdigkeit einer Gesellschaft zunächst anhand der Abschlüsse orien-

- 28 - 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 Universale mit dem BPV zurückzukommen sein. e) Es ist aktenkundig, dass die Compagnia Italiana di Assicurazione mit Sitz in Genua, Italien, bereits am 9. Oktober 1991 beim BPV rügte, die Universale erscheine 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 Univer-sale 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 DAS, einer Tochtergesellschaft der Univer-sale, finanzielle und organisatorische Unzulänglichkeiten zu vermuten seien –, die Univer-sale habe einen Zwischenabschluss per 30. September 1992 vorzunehmen, wobei die aussenstehende Schweizerische Treuhandgesellschaft - Coopers & Lybrand (STG-C&L) mit verschiedenen Überprüfungen beauftragt wurde (act. 23/41). Mit Schreiben vom

#### **E. 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).

#### **E. 5**

Mit Verfügung vom 21. Mai 2002 erging die Beweisaufgabe (act. 86). Innert beiden Parteien mehrfach erstreckter Frist gingen am 26. September 2002 die Beweisantworten 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),

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

#### **E. 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 Prof. Dr. Anton K. Schnyder 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

- 7 - 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 beklaglichen 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 beklaglichen Rechtsvertreter als unverhältnismässig erschiene. Dem Gesagten entsprechend ist der Antrag des Klägers auf Ausschluss der beklaglichen 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).

## **E. 9**

November 1992 stellte das BPV fest, es sei anlässlich der Sitzung vom 5. November 1992 von einem möglichen Verkauf der Universale informiert worden, wobei dem BPV die mögliche Käuferschaft vorenthalten worden sei und mahnte die Universale 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-

- 29 - nuar 1993 an (act. 23/43). Gleichzeitig erging ein Schreiben an RA Fischer, in dem von beharrlichem Schweigen der Universale die Rede ist (act. 23/44). In einem Schreiben vom 4. März 1993 nahm das BPV Kenntnis davon, dass innerhalb der Universale der Grundsatzentscheid auf Bewilligungsverzicht gefallen sei, was nichts an den aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen ändere. Bei fristgerechter Einreichung der geschäftsplanmässigen Erklärung über den Bewilligungsverzicht falle 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 Universale 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 Universale, worin sie eine Verfügungssperre über die Vermögenswerte der Universale anordnete (act. 23/9). Damit verbunden war insbesondere auch eine Meldepflicht der Universale 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 Universale 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 Universale, Bilanz und Berichterstattung für das Jahr 1991 einzureichen, der Tatsache, dass die Universale dem BPV entgegen ausdrücklicher schriftlicher Aufforderung keine Auskunft über hängige Schadenfälle gab, mit Anfragen von Erstversicherern, welche sich beschwerten, dass sich die Universale zu geltend gemachten Forderungen nicht äusserte und der Tatsache, dass verschiedene Betreibungen gegen die Universale 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 Universale offensichtlich verletzt habe. Die Universale dokumentiere damit, zu einer solchen Aufstellung

- 30 - nicht mehr willig und fähig zu sein. Dieser Eindruck werde durch das Schweigen der Universale zu diversen gegen sie geltend gemachten Forderungen von Erstversicherern bestätigt. Aufgrund der Unterlagen bestehe insgesamt der Eindruck, dass sich die Universale in einer prekären finanziellen Situation befinde (alles act. 23/9 S. 1 f.). Mit Schreiben vom 18. Mai 1993 wurde der Universale vom damaligen Vorsteher des EJPD, Bundesrat Arnold Koller, 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 Universale (mit Unterschrift der Verwaltungsräte Robert Gerling und Robert Pfiffner) 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 Universale 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 Universale wegen Verschleierung, ev. unwarer 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 Universale in einer sehr ernsten finanziellen Lage, welche die Gesellschaft veranlasse, mit den Gläubigern einen aussergerichtlichen Nachlass anzustreben. Die Universale 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 Fischer habe möglicherweise auf eine finanzielle Situation aufmerksam gemacht, allerdings ebenfalls höchstens

- 31 - im Sinne eines Liquiditätsengpasses. Sollte er als Vertreter der Universale weitere Äusserungen gemacht haben, so widersprächen 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 desolante Finanzlage die Universale veranlasst habe, auf eine ordnungsgemässe Berichterstattung zu verzichten (act. 23/17 S. 7). Der Verzicht der Universale 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 Universale 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, P. Pfund, persönlich an den Kläger und stellte bezüglich des run-off der Universale 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 Fischer als Vertreter der Universale gegen diese Wortwahl und stellte fest, es sei auch nicht selbstverständlich, dass ein Aktionär Millionenbeträge ohne Verpflichtung in die Gesellschaft einschiesse (act. 23/51). Mit Schreiben vom 1. Oktober 1993 nahm RA Fischer nochmals im Namen des Verwaltungsrates der Universale 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

## **E. 11**

Oktober 1993 verfügte das BPV unter Androhung von Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.--, die Universale habe im einzelnen angeführte Angaben zum run-off zu liefern (act. 23/53). Gegen diese Verfügung erhob RA Fischer für die Universale 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 Uni-

- 32 - versale 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 Fischer 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 Fischer, 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 Universale – 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 Universale 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

- 33 - Universale 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 Victoria Gerling, Fritz Pfister und Van Puijenbroeck – zur Sprache kam, dass das Prämienvolumen der Universale 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 Universale 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 Van Puijenbroeck in der hiervor angeführten Sitzung vom 15. Januar 1993 den Gläubigern der Universale anlässlich einer Sitzung in London die Wahrheit sagen und eingestehen wollte, dass die Universale 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"

- 34 - 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 Universale 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 Universale 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 Universale 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 Universale 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 Universale 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-

- 35 - 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.

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