

**Jodok Wicki**

Dr. iur., RA
 CMS von Erlach Henrici AG, Zürich
 www.cms-veh.com

Sanierung gescheitert – Rückerstattung der Honorare der Revisionsstelle und von Beratern?

Gelingt eine Sanierung nicht, laufen beauftragte Spezialisten Gefahr, bezogene Honorare der Konkursmasse zurückerstatten zu müssen. Ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts scheint das Risiko für Revisionsstellen zu verringern. Durch regelmässige Rechnungsstellung und durch Bevorschussung von Arbeiten kann das Risiko auch für andere Berater reduziert werden.

Haftungsvoraussetzungen im Überblick

Die Anfechtungsklagen dienen gemäss Art. 285 SchKG dem Zweck, Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen, die ihr aufgrund einer Rechtshandlung gemäss Art. 286 bis 288 SchKG entzogen wurden. Unterschieden werden die Schenkungs-, die Überschuldungs- und die Absichtsanfechtung. Durch die **Schenkungsanfechtung** können unentgeltliche Zuwendungen angefochten werden, die innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung¹ erfolgten bzw. wenn die Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis standen. Die **Überschuldungsanfechtung** erlaubt die Rückforderung, wenn innerhalb der Jahresfrist ohne entsprechende Verpflichtung für vorbestehende Verbindlichkeiten Sicherheiten bestellt werden, Geldschulden durch unübliche Zahlungsmittel gedeckt oder nicht fällige Schulden beglichen werden. Zudem können insbesondere der Überschuldungsanfechtung unterstehende Handlungen gemäss Art. 167 StGB auch strafrechtliche Konsequenzen haben.² Demgegenüber hat die **Absichtsanfechtung** einen wesentlich weiter gefassten Anwendungsbereich. Gemäss ihr sind anfechtbar: «alle Rechtshandlungen,

Die derzeitige Wirtschaftskrise wird wieder mehr Gesellschaften in wirtschaftliche Schieflage bringen. Diese werden in aller Regel auf die Unterstützung durch externe Spezialisten setzen, um die Schwierigkeiten zu bewältigen. Je nach Ausgangslage wird es sich dabei um Sanierer, Bücherexperten, Spezialisten in Finanzierungsfragen oder für Unternehmensverkäufe handeln. Eine wichtige Rolle kommt in der Krise immer auch der Revisionsstelle zu. Einerseits werden aktuelle revidierte Zahlen der Gesellschaft für Gespräche mit Banken vorausgesetzt, andererseits verlangt das Gesetz verschiedentlich Tätigwerden der Revisionsstelle. Dienstleistungen solcher Spezialisten erfolgen gegen Bezahlung eines Honorars. Gelingt der Turnaround nicht, besteht aufgrund des Instruments der sog. **paulianischen Anfechtungsklage** gemäss Art. 288 SchKG ein wesentliches Risiko, dass bezogene Honorare zurückerstattet werden müssen. Im Folgenden soll gezeigt werden, wann ein solches Rückerstattungsrisiko besteht und wie es reduziert werden kann.

welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen».³

Mit anderen Worten muss (1) eine Absicht des Schuldners vorliegen, mit der Zahlung an den Gläubiger seine anderen Gläubiger zu schädigen, (2) der Schuldner diese Absicht erkennen können und (3) eine Schädigung der Gläubiger eintreten.

Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung wohl fest, dass die Anfechtungsklage nicht zum Zweck habe, «alle Versuche zur Rettung eines Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen», und anerkennt, dass es im Interesse der Gläubiger liege, «dass Dritte versuchen, dem Schuldner zu Hilfe zu kommen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle der Nutzlosigkeit der Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen».⁴ Dennoch hat die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte und des Bundesgerichts den Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung in den letzten Jahren auf Sachverhalte ausgedehnt, die nicht ohne Weiteres auf der Hand liegen und die immer wieder dazu führen, dass Berater die

ihnen bezahlten Honorare zurückerstatten müssen. Deshalb soll nun auf die drei Voraussetzungen der Absichtsanfechtung näher eingegangen werden.

Schädigungsabsicht

Eine Schädigungsabsicht des Schuldners liegt vor, wenn dieser voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung (hier regelmässig die Zahlung von Honorarforderungen) Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner die Benachteiligung von Gläubigern bzw. die Begünstigung Einzelner von ihnen geradezu beabsichtigt. Das Bundesgericht lässt es vielmehr genügen, wenn sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlung Gläubiger geschädigt werden.⁵ Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes kann also nicht mehr von einer eigentlichen Absichtsanfechtung gesprochen werden. Vielmehr wurde diese Voraussetzung zum Eventualvorsatz aufgeweicht, um eine weitergehende Gleichbehandlung der Gläubiger zu erreichen. Weil die Absicht des Schuldners eine innere Tatsache ist und als solche nur schwer erkannt werden kann, stellen die Gerichte im Prozessfall auf Indizien ab, welche auf die jeweilige Absicht hindeuten.

Erkennbarkeit

Die Gerichte nehmen an, dass der Gläubiger die Schädigungsabsicht des Schuldners erkennen konnte, wenn er bei Anwendung der im konkreten Fall gebotenen Aufmerksamkeit diese ohne Fahrlässigkeit erkennen konnte. Das Bundesgericht lässt es aber genügen, wenn der Gläubiger «bei der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung hätte voraussehen können und müssen».⁶ Auch hier ist unschwer ersichtlich, dass es nicht viel braucht, damit ein Gläubiger einzelne Indizien erkennen kann, die darauf hindeuten, dass der Schuldner eine Bevorzugung von ihm bzw. eine Benachteiligung anderer Gläubiger in Kauf nehmen könnte.

Schaden

Fällt eine Gesellschaft letztlich in Konkurs oder wird ihr ein Nachlassvertrag bewilligt, so wird das Element der Schädigung in aller Regel erfüllt sein, weil Gläubiger für ihre Forderungen

nicht vollständig gedeckt werden und die erfolgte Zahlung die Konkursmasse verringert.⁷ Eine Schädigung kann nach der Rechtsprechung hingegen verneint werden, wenn die angefochtene Rechtshandlung auf einem Austausch mit gleichwertigen Leistungen beruht,⁸ z.B. wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sachleistung zum Marktpreis in einem Zug-um-Zug-Geschäft abkauft. Diesfalls wird angenommen, dass die gekaufte Sache in die Aktiven des Schuldners übergeht und deren Verwertungserlös in einem Konkursfall den übrigen Gläubigern zur Verfügung steht.

Besonders exponiert: Revisionsstellen und Berater

Wie aufgrund der oben dargestellten Gerichtspraxis rasch ersichtlich wird, sind Revisionsstellen und im Krisenfall beigezogene Berater besonders exponiert: Durch ihren Beizug belegt der Schuldner, dass er um seine kritische Situation weiss, und die beauftragten Spezialisten erhalten im Rahmen ihres Mandats meist detaillierte Kenntnis der wirtschaftlichen bzw. finanziellen Situation des Schuldners. Es ist nicht verwunderlich, dass sich deshalb Anfechtungsklagen gegen von ihnen bezogene Honorare gehäuft haben. Deshalb sollen im Folgenden fünf Spezialfragen besprochen werden, die sich in solchen Zusammenhängen vermehrt stellen.

Gleichwertigkeit

Wie oben erwähnt, kann eine Schädigung unter Umständen verneint werden, wenn die Leistung des Schuldners im Austausch gegen eine gleichwertige Gegenleistung erfolgt.⁹ Die Rechtsprechung beschränkt dieses Austauschprinzip allerdings auf Sachleistungen, wohl vor dem Hintergrund eines antiquierten Verständnisses, dass die vom Schuldner erstandene Sache in seiner Bilanz als Aktivum erscheint und im Konkurs zugunsten der Gläubigergesamtheit veräussert werden kann.

Die Beschränkung auf Sachleistungen erscheint aus mehreren Gründen aber nicht als sachgerecht. **Erstens** erfahren Sachen im Konkursfall bekannterweise regelmässig einen massiven Wertverlust. Je nachdem wird für den Gegenstand sogar kein Veräusserungserlös erzielt werden können, so z.B. für speziell gefertigte Teile einer Maschine, die wegen Produktionsaufgabe verschrottet werden muss. **Zweitens** wird in der Rechtsprechung und auch der Literatur bei Sachleistungen der gesamte vom Schuldner bezahlte (den Marktbedingungen entsprechende) Kaufpreis von der Anfechtbarkeit ausgenommen, unabhängig davon, ob und welchen Wertverlust die verkaufte Sache im Konkursfall erleidet. Eine Unterscheidung

wäre auch kaum praktikabel und hätte für die Verkehrssicherheit verheerende Folgen. Werden nun aber Sachleistungen mit einem im Konkursfall stark unterschiedlichen Wiederveräusserungswert gleich behandelt, stellt sich die Frage, was eine derartige Privilegierung der Lieferanten von Sachleistungen im Verhältnis zu Dienstleistungsanbietern rechtfertigen soll. Und **drittens** schliesslich bleibt damit die Entwicklung der Wirtschaft vom zweiten zum dritten Sektor unbeachtet. Unternehmen brauchen heute für ihren Fortbestand nicht nur Sachleistungen, sondern auch «Produkte» geistiger Leistungen, seien dies nun Revisions-, Steuerberatungs- oder Finanzierungsdienstleistungen. Die Künstlichkeit und Unzulässigkeit der Unterscheidung zwischen Sach- und Dienstleistungen wird offensichtlich, wenn ein Unternehmen eine Software von einem Dritten einkauft oder von einem Softwarespezialisten programmieren lässt.

Da die Gerichte Dienstleistungen allerdings noch nicht als gleichwertige Gegenleistungen anerkennen, bleibt es vorerst dabei, dass Dienstleister weiterhin ein im Vergleich zu Lieferanten von Sachleistungen ungleich höheres Anfechtungsrisiko tragen.

Sanierungsausschuss

Unternehmen in der Krise berufen verschiedentlich einen Sanierungsausschuss ein, der besondere Erfahrungen und Kenntnisse seiner Mitglieder zugunsten des Unternehmens vereinigen soll. Eine Aufgabe eines Sanierungsausschusses wird es oft auch sein, sicherzustellen, dass nur für den Weiterbetrieb des Unternehmens absolut notwendige Zahlungen veranlasst werden. Durch die Weiterführung des Geschäftsbetriebs soll die Grundlage geschaffen werden, dass das Unternehmen die Krise meistern kann, wodurch für die Gläubiger ein Ausfall ihrer Forderungen vermieden (oder zumindest reduziert) wird. Qualifiziert nun der Sanierungsausschuss eine Zahlung für die Weiterführung des Betriebs als absolut notwendig, sollte dies eigentlich die Bevorzugungsabsicht des Schuldners ausschliessen; die Zahlung erfolgt nämlich gerade deshalb, um die Gläubigergesamtheit durch Ermöglichung der Fortführung des Betriebs zu schützen. Und sollte der Gläubiger Kenntnis vom Beschluss des Sanierungsausschusses erhalten, sollte dies entsprechend auch die Erkennbarkeit ausschliessen.

Allerdings ist dem Autor derzeit kein Entscheid eines Schweizer Gerichts bekannt, in welchem ein Gericht die Anfechtbarkeit einer Zahlung aufgrund ihrer Genehmigung durch einen Sanierungsausschuss geprüft hat. Auch wenn ein kompetenter Sanierungsausschuss mit klaren Vorgaben eine sinnvolle Massnahme im Krisenfall darstellen kann, steht vorderhand nicht fest,

ob seine Genehmigung von Zahlungen letztlich gegen Anfechtungsklagen schützen wird.

Notwendigkeit der Dienstleistungen, insbesondere der Revisionsstelle

Besonders stossend erscheint die Anfechtung der Zahlung von Honoraren der Revisionsstelle für Arbeiten, die diese gemäss dem gesetzlichen Auftrag erfüllt hat. Dies hat nun in einem Entscheid vom April letzten Jahres auch das Bundesgericht erkannt und festgehalten: «Gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung [...] muss anerkannt werden, dass die Schuldnerin [mit der Bezahlung der Honorare für die Tätigkeit als Revisionsstelle] nicht mit dem Ziel der Schädigung ihrer (anderen) Gläubiger gehandelt hat. Tatsächlich, wenn der Schuldner die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben wahrnehmen lässt und die Überweisung der entsprechenden Honorare garantiert oder diese nach Ausführung der Arbeiten begleicht, handelt er nicht mit der Absicht, seinen Gläubigern zu schaden, und akzeptiert die Schädigung aus einem objektiven Gesichtspunkt auch nicht, sondern lässt eine Aufgabe ausführen, die gesetzlich vorgesehen ist und im Interesse sämtlicher Gläubiger liegt. Nachdem die Berufungsklägerin den in Rechnung gestellten und bezahlten Betrag nicht kritisiert hat, muss ihre Berufung in diesem Punkt abgewiesen werden, ohne Notwendigkeit der Prüfung der Voraussetzung der Erkennbarkeit für den Gläubiger.»¹⁰

Entsprechend diesen Ausführungen des Bundesgerichts kann also die Voraussetzung der Schädigungsabsicht nicht angenommen werden bei der Begleichung von Kosten für Revisionsdienstleistungen, die vom Gesetz vorgeschrieben werden. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass diese nicht unnütz oder übersteuert sind.

Eine Revisionsstelle wird deshalb gut daran tun, das ihr geschuldete Honorar in einer Honorarvereinbarung zu regeln und ihren Aufwand im Rahmen des Mandats detailliert zu dokumentieren, ebenso wie die von ihr ausgeführten Arbeiten.

Regelmässige Rechnungsstellung

Während für Honorare der Revisionsstelle die Schädigungsabsicht in Zukunft verneint werden könnte, sind Zahlungen für andere Dienstleistungen weiterhin gefährdet.

Ein verhältnismässig einfaches Mittel liegt in einer Rechnungsstellung in kurzen regelmässigen Abständen und der strikten Überwachung der Zahlungseingänge. Hierdurch können zwei Fliegen auf einen Schlag erlegt werden. Erstens wird vermieden, dass ein grösserer Betrag aufläuft, der das finanzielle Risiko einer allfälligen Anfechtungsklage erhöht. Und zweitens wird dadurch sichergestellt, dass die Rechnungen

früher bezahlt werden und damit in grösserer zeitlicher Distanz zu einem allfälligen Konkurs liegen, was das Anfechtungsrisiko reduzieren sollte.

Vorschusszahlungen

Ein Mittel, um die Anfechtung ihrer Zahlung zu verhindern, besteht für Dienstleister derzeit wohl darin, auf Vorschussbasis zu arbeiten und im Umfang ihrer Rechnungen jeweils Verrechnung zu erklären.¹¹ Dadurch können sie vermeiden, in die Stellung ungesicherter Kurantgläubiger zu gelangen, deren Bezahlung dann als Ungleichbehandlung qualifiziert und sie zur Rückleistung verpflichtet werden könnten. Dass dies gerade einem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Schuldner nicht einfach zu erklären sein wird, liegt auf der Hand, erhöht die Bevorschussung doch den Liquiditätsbedarf in einer Situation, in welcher Mittel knapp sind. Unterlässt es der Dienstleister allerdings, auf Vorschüssen zu bestehen und nach der Tilgung einer Rechnung die Vorschüsse im erforderlichen Rahmen wieder aufstocken zu lassen, läuft er beim Scheitern der Sanierung das Risiko, die erhaltenen Honorare zurückerstatten zu müssen.

Schlussbemerkungen

Krisen stellen Ausnahmesituationen für die betroffenen Unternehmen dar, die von den Führungskräften und auch den Beratern vollen Einsatz verlangen. Gelingt der Turnaround nicht, unterliegen die Berater aufgrund der paulianischen Anfechtungsklage einem erheblichen Risiko, das bereits erhaltene Honorar zurückerstatten und sich mit der Honorarforderung in die Kurantgläubiger einordnen zu müssen. Immerhin anerkennt die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass Revisionsstellen mit gesetzlichem Auftrag und im Interesse der Gläubiger tätig werden. Die Zahlung angemessener Honorare für notwendige Revisionsarbeiten scheint deshalb neuerdings nicht mehr unter allen Umständen anfechtbar zu sein. Jedenfalls muss Beratern aber empfohlen werden, bei Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zumindest regelmässig Rechnung zu stellen oder, besser, ausschliesslich auf Vorschussbasis tätig zu werden. ■

¹ Bzw. vor der Pfändung oder vor der Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubes (Art. 725a, 764, 817 oder 903 OR), wenn ein solcher der Nachlassstundung vorausgegangen ist (Art. 331 Abs. 2 SchKG).

² Art. 167 StGB besagt: «Der Schuldner, der im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt, insbesondere nicht verfallene Schulden bezahlt, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgt, eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellt,

ohne dass er dazu verpflichtet war, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.» Während der Gläubiger von der Bestimmung nicht direkt erfasst wird, kann er sich mittels Anstiftung oder Gehilfenchaft ebenfalls strafbar machen.

³ Art. 288 SchKG.

⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2008, 5A_29/2007/bnm, E. 5.2.

⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2008, 5A_29/2007/bnm, E. 4.1.; Galliker/von der Crone, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW/RSDA 6/2008, 602 ff., 606.

⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2008, 5A_29/2007/bnm, E. 4.2.; Galliker/von der Crone, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW/RSDA 6/2008, 602 ff., 609.

⁷ Galliker/von der Crone, Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW/RSDA 6/2008, 602 ff., 606.

⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2008, 5A_29/2007/bnm, E. 3.1.

⁹ Zudem wird verlangt, dass der Schuldner mit dem Geschäft nicht zum Schaden seiner Gläubiger über seine letzten Aktiven verfügt hat und sein Geschäftspartner dies erkannt hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen konnte. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2008, 5A_29/2007/bnm, E. 3.1.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 16. April 2008, BGE 134 III 615, E.5.2, Übersetzung durch den Autor, Original auf Französisch.

¹¹ Vgl. auch Camponovo, Rückerstattung des Revisionsstellenhonorars infolge paulianischer Anfechtung – Sind die Leistungen der Revisionsstelle nichts wert?, ST 2006 533 ff., 536.