

[www.privilegien-praxis.ch](http://www.privilegien-praxis.ch)

BGE 134 III 615 = Entscheid 5A\_559/2007 vom 16. April 2008

Pra 2009 Nr. 44

Die Praxis

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes  
für Menschenrechte

ISSN 1017-8147 – Erscheint 12 x jährlich

[www.pra.ch](http://www.pra.ch)

[www.legalis.ch](http://www.legalis.ch)

Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, 4051 Basel

Der Helbing Lichtenhahn Verlag hat die Veröffentlichung der Übersetzung auf  
[www.privilegien-praxis.ch](http://www.privilegien-praxis.ch) genehmigt. Alle Rechte verbleiben beim Helbing Lichtenhahn  
Verlag.

## Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

**Nr. 44** Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung  
Urteil vom 16. April 2008 i.S. Tempus Concept SA in Nachlass-  
liquidation c. Price Waterhouse SA (5A\_559/2007)

---

Übersetzt von JENNY SCHWOB

---

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; BGE 134 III 615.)

**Anfechtung von ausgeführten Leistungen, die auf einem Dienstleistungsvertrag beruhen (Art. 288 SchKG).** *Voraussetzungen, unter welchen die Honorarzahung an das Revisionsorgan für seine Tätigkeit als Revisionsstelle (Art. 728a ff. OR) und als Berater anfechtbar ist (im konkreten Fall Ausarbeitung eines Businessplanes und des voraussichtlichen Rechnungsabschlusses; E. 3–5).*

### *Sachverhalt:*

Die Tempus Concept SA (nachstehend: Tempus), deren Aktienkapital CHF 1 000 000.– betrug, hatte als Zweck die Entwicklung, Herstellung und die Vermarktung von Uhrenkonzepten und Luxusprodukten.

Seit Dezember 2002 war PricewaterhouseCoopers SA (nachstehend: PWC) als Nachfolgerin der STG Coopers et Lybrand SA ihre Revisionsstelle.

Gemäss Revisionsbericht von PWC vom 6. Februar 2004 schloss das Geschäftsjahr 2003 von Tempus mit einem Verlust von CHF 3,4 Mio. ab, beim Eigenkapital bestand eine Unterdeckung von fast CHF 1,8 Mio.; die Revisionsstelle machte auf die sich aus Art. 725 Abs. 2 OR ergebende Pflicht aufmerksam, da ernsthafte Gründe zur Annahme bestanden, dass aufgrund einer Zwischenbilanz zu den Liquidationswerten eine Überschuldung vorlag.

Am 1. Juni 2004 benachrichtigte Tempus den Richter von der Überschuldung. Über ihr Gesuch um Konkursaufschub vom 22. Juni 2004 wurde kein Entscheid getroffen, da ihr auf ihr Begehren hin am 21. Juli 2004 eine Nachlassstundung von sechs Monaten bewilligt wurde. Der von ihr beantragte Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wurde am 24. Januar 2005 bestätigt.

Für ihre Tätigkeit als Revisionsstelle während des ersten Trimesters 2004 berechnete die PWC CHF 26 039.20 (zwei Rechnungen) und für ihre Beratungstätigkeit, vor allem für die Vorbereitung eines Businessplans und voraussichtlichen Rechnungsabschlusses, CHF 41 139.25 (drei Rechnungen), also insgesamt CHF 67 178.45. Sie nahm am 5. April 2004 CHF 24 581.20 und am 13. Mai 2004 Fr. 42 597.25 ein.

Am 16. Februar 2005 forderten die Liquidatoren von Tempus, welche im Nachlassverfahren als Sachwalter wirkten, PWC auf, diese Beträge zurückzuerstatten; sie machten geltend, die Zahlungen seien gemäss Art. 288 SchKG anfechtbar, denn PWC habe als Revisionsstelle sehr wohl von der Überschuldung gewusst. PWC weigerte sich, dieser Aufforderung nachzukommen.

Am 7. Juli 2005 reichte Tempus in Nachlassliquidation paulianische Anfechtungsklage gegen PWC ein und beantragte die Ungültigkeitserklärung der streitigen Zahlungen und die Rückerstattung der Beträge von CHF 24 581.20 nebst Zinsen zu 5 % seit 5. April 2004 und von CHF 42 597.25 nebst Zinsen zu 5 % seit 13. Mai 2004.

Mit Urteil vom 28. August 2007 wies die II. Zivilabteilung des Kantonsgerichts Neuenburg die Klage ab.

Mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht beantragt die Klägerin die Abänderung dieses Entscheides im Sinne der Gutheissung ihrer Klage.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Beschwerde.

#### *Aus den Erwägungen:*

1. [...]

2.

2.1 Gemäss dem angefochtenen Urteil liegt eine Schädigung i.S.v. Art. 288 SchKG vor, wenn die beanstandete Rechtshandlung in einem Vorgang besteht, der dem Schuldner nicht im Gegenzug eine gleichwertige Gegenleistung verschafft; im Allgemeinen liegt keine Schädigung vor, wenn diese Rechtshandlung im Austausch gleichwertiger Leistungen besteht. Die Vorinstanz schloss sich der Ansicht von DIETER ZOBL an und erwo, dass die Zahlung von geschuldeten Honoraren als Gegenleistung für Dienstleistungen unwiderruflich sei, wenn die Honorare in einem Gleichwertigkeitsverhältnis zu den erbrachten Diensten stünden, und dass kein Grund bestehe, die Erbringer von Dienstleistungen und die Lieferanten materieller Güter verschieden zu behandeln. Sie war der Ansicht, dass die Unterstellung der den Mandataren entrichteten Honorare unter die paulianische Anfechtung darauf hinaus laufe, jede Gesellschaft in schwieriger finanzieller Lage daran zu hindern, die Dienstleistungen von Fachpersonen in Anspruch zu nehmen, um zu versuchen, sich zu retten; denn keine kompetente und qualifizierte Person würde einwilligen, sich auf diese Weise zu verpflichten mit dem Risiko oder sogar der Gewissheit, nicht bezahlt zu werden; diese Gesellschaft könnte nur noch Verträge abschliessen, die ihr Güter, aber keine Dienstleistungen verschaffen würden, was nicht zulässig sei. Deshalb sei zu anerkennen, dass ein Honorar für die Erstellung eines Sanierungsplans geschuldet und paulianisch nicht anfechtbar sei, auch wenn die getroffenen Massnahmen nicht zum erwarteten Ergebnis führe. Vorzubehalten sei der Fall, in welchem es von vornherein offensichtlich erscheine, dass jeder Sanie-

rungsversuch zum Scheitern verurteilt sei; die aus dieser Perspektive geleistete Arbeit sei dann vergeblich.

Im vorliegenden Fall stellte das kantonale Gericht fest, dass die von den Parteien erbrachten Leistungen gleichwertig sind – ein Punkt, der nicht in Frage gestellt wurde – und dass die Klägerin nicht geltend macht, die Leistungen seien nutzlos oder überteuert gewesen. Was die Revisionstätigkeiten betreffe, wäre die Nutzlosigkeit schwer vorstellbar, und die Beteiligte habe weder behauptet noch bewiesen, dass die Kontrollen überflüssig, zu detailliert oder kostspielig gewesen seien. Hinsichtlich der Beratungstätigkeit – die Erstellung eines Businessplans, um die Gesellschaft potentiellen neuen Investoren vorzuschlagen – habe die Klägerin weder behauptet noch bewiesen, dass diese Vorkehrungen von vornherein und vollständig zum Scheitern verurteilt gewesen seien, so dass jede vernünftige und sorgfältige Fachperson sich geweigert hätte, sie vorzunehmen. Die Argumentation der Klägerin beruhe in Wirklichkeit auf einer angeblich beherrschenden Stellung der Beklagten, die ihr ermöglicht habe, Vorteile zu erlangen, in deren Genuss sie sonst nicht gekommen wäre. Schliesslich scheine die Abwicklung der Zahlung oder des Inkassos der streitigen Rechnungen ganz gewöhnlich verlaufen zu sein; auch wenn die Vertreter der Schuldnerin vielleicht einen gewissen Druck empfunden hätten, so ergäben sich aus den Akten keine Hinweise, dass die Beklagte aktiv bei der Klägerin interveniert habe, um eine Vorzugsbehandlung zu erlangen.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die beiden subjektiven Voraussetzungen der Schädigungsabsicht des Schuldners und ihrer Erkennbarkeit für den Begünstigten seien erfüllt. Denn als sie als damalige Schuldnerin die Rechnungen ihrer Revisionsstelle vollständig bezahlt habe, während sie mit finanziellen Schwierigkeiten kämpfte, die zum Liquidationsvergleich führten, habe sie sehr wohl gewusst, dass sie einen Gläubiger im Vergleich zu andern begünstige und dass sie folglich die andern Gläubiger benachteilige; wenn die wirtschaftliche Lage des Schuldners prekär sei, liege ein ernsthafter Anhaltspunkt für betrügerische Absicht vor. Was die Begünstigte betreffe – Erbringerin von für die Sanierung bestimmten Finanzdienstleistungen – so habe diese in Anbetracht ihrer Stellung als Revisionsstelle erkennen müssen, dass die Bezahlung ihrer Rechnungen die andern Gläubiger benachteiligen werde. Die Beschwerdeführerin ist schliesslich der Ansicht – ein Aspekt, der die objektive Voraussetzung des Nachteils betrifft –, es sei nicht davon auszugehen, dass eine Gleichwertigkeit zwischen den erbrachten Leistungen bestanden haben und die Zahlung ganz gewöhnlich erfolgt sei. Denn eine solche Argumentation komme der Feststellung gleich, dass die Revisionsstelle sich mit vollem Recht in einer günstigeren Lage befinde als die andern Erbringer von Dienstleistungen; sie bedeute die Einführung einer privilegierten Gläubigerklasse – der Mandatare, die Finanzdienstleistungen erbringen, sei es im Bereiche der Revision oder der Sanierung – die über eine beherrschende Stellung verfüge.

2.3 In Bezug auf die subjektive Voraussetzung der Absicht betont die Beschwerdegegnerin, dass ihre Revisionstätigkeit gesetzlich vorgeschrieben sei und nicht unentgeltlich ausgeführt werde; zudem habe die Schuldnerin keine Schädigungsabsicht haben können, indem sie eine vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Aufgabe, deren wesentlicher Zweck im Schutz der Gläubiger bestehe, bezahlt habe. Würde man der Beschwerdeführerin folgen, so wäre die Kategorie der Revisionsstellen sehr wohl eine systematisch benachteiligte Gläubigerklasse. Was die Sanierungstätigkeit betreffe, so könne sie nicht als schädigend qualifiziert werden, da sie gerade darauf gerichtet sei, das Interesse der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren oder zu begünstigen; ausserdem seien diese Bestrebungen nicht völlig gescheitert, da die Gesellschaft einen Liquidationsvergleich habe abschliessen können.

Bezüglich der objektiven Voraussetzung macht die Beschwerdegegnerin geltend, es liege keine Benachteiligung vor, wenn ein Gleichgewicht zwischen den Leistungen des Schuldners und des Dritten bestehe. Sie bezieht sich auf Lehrmeinungen, wonach bezüglich des Urhebers eines erfolglosen Sanierungsversuchs nicht gelten könne, dass er die andern Gläubiger benachteiligt habe. Der sich in einer schwierigen Lage befindliche Schuldner dürfe nicht daran gehindert werden, die sich aufdrängenden Massnahmen zu treffen, um aus seiner Lage heraus zu kommen, andernfalls werde sich niemand mehr finden, um ihm zu Hilfe zu kommen und ihm flüssiges Geld gegen Sachwerte zu Verfügung zu stellen. Die Massnahmen, die getroffen worden seien, um einem Schuldner zu helfen, aus einer schwierigen Situation herauszukommen, seien nicht paulianisch anfechtbar, wenn die Protagonisten gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben handelten. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen, dass eine Absicht, andere Gläubiger zu schädigen bestanden habe, und auch nicht den geringsten Anhaltspunkt betreffend die – beachtete oder nicht beachtete – Fälligkeit der Forderungen der weiteren Gläubiger. Es lasse sich deshalb nicht behaupten, die Beschwerdegegnerin sei zum Nachteil anderer Gläubiger bevorzugt worden; die blosser Tatsache, dass einige von ihnen nicht befriedigt wurden – eine Gegebenheit, die jeder Liquidation in der Folge einer Überschuldung inhärent sei – genüge nicht.

### 3.

Gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG unterliegen die vom Schuldner vor der Bestätigung des Nachlassvertrages vorgenommenen Rechtshandlungen der Anfechtung nach den Grundsätzen der Art. 285–292 SchKG.

3.1 Die Anfechtung bezweckt, Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Art. 286–288 SchKG entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Die Zahlungen, die in bar oder durch anderweitige übliche Zahlungsformen erfolgten, sind nicht gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG anfechtbar, aber sie können es aufgrund von

Art. 288 SchKG sein (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. IV, N 39 zu Art. 287 SchKG).

Gemäss Art. 288 SchKG i.V.m. Art. 331 Abs. 2 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Bewilligung der Nachlassstundung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Diese Bestimmung setzt somit die Verwirklichung von drei Voraussetzungen voraus: die Schädigung des Gläubigers (Klägers), die Absicht des Schuldners, diesen Schaden zu verursachen (Schädigungsabsicht) und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten (Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht) (BGE 30 II 160 E. 4 S. 163; 85 III 185 E. 2a S. 190 = Pra 49 Nr. 80).

3.2 Auch wenn sich die Argumentation der Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf die Voraussetzungen der Benachteiligungsabsicht des Schuldners und ihrer Erkennbarkeit für den Begünstigten bezieht – Voraussetzungen, welche das kantonale Gericht nicht als solche prüfte, da es das Vorliegen eines Schadens verneinte – behauptet sie dennoch, die erbrachten Leistungen seien weder gleichwertig gewesen noch lasse sich behaupten, die Zahlung sei ganz gewöhnlich abgewickelt worden, denn eine solche Argumentation komme einer Anerkennung gleich, dass die Revisionsstelle mit vollem Recht in einer günstigeren Lage sei als die andern Dienstleistungserbringer und sie bedeute die Einführung einer privilegierten Gläubigerklasse.

Wie auch immer sich die Beschwerdegegnerin diesbezüglich äussert – es ist auf die Sache einzutreten (Art. 42 Abs. 2 und 106 Abs. 1 BGG) und zu prüfen, ob die Zahlung der Honorare der Revisionsstelle für ihre Revisions- und Beratungstätigkeiten den Gläubigern einen Nachteil verursachte.

#### 4.

Um paulianisch anfechtbar zu sein, muss die Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen begünstigen (Art. 288 Abs. 1 SchKG).

4.1 Diese Voraussetzung der Schädigung wird zu Gunsten des Verlustschein-gläubigers und der Konkursmasse vermutet (BGE 99 III 27 E. 3 S. 33 = Pra 63 Nr. 44), so dass der Kläger nicht zu beweisen hat, dass das angefochtene Geschäft tatsächlich ihn oder mehrere Gläubiger geschädigt hat (BGE 85 III 185 E. 2a S. 189 = Pra 49 Nr. 80).

Jedoch kann der Anfechtungsbeklagte diese Vermutung umstossen und beweisen, dass das Geschäft im speziellen Falle keine solche Schädigung zur Folge hatte, weil der Kläger selbst dann einen Schaden erlitten hätte, wenn das anfechtbare Geschäft nicht vollzogen worden wäre. Denn das Recht, eine paulianische Anfechtungsklage einzureichen, wird nur dem Gläubiger gewährt, der

sich im Verfahren der Zwangsvollstreckung in einer schlechteren Lage befindet, als wenn das angefochtene Geschäft nicht abgewickelt worden wäre. Die Anfechtungsklage dient nicht der Bestrafung des Beklagten, sondern der Wiederherstellung des Zustandes, in welchem sich das Vermögen des Schuldners ohne das angefochtene Geschäft im Zeitpunkt des Konkurses oder der Pfändung befunden und es dem anfechtenden Gläubiger zu seiner Befriedigung gedient hätte. Es ist folglich logisch, die Klage nicht zuzulassen, wenn auch bei richtigem Verhalten des Schuldners der Kläger einen Verlust erlitten hätte. Die Pauliana setzt eine Schädigung der Exekutionsrechte des anfechtenden Gläubigers gegenüber seinem Schuldner voraus, welche die Folge der angefochtenen Rechtshandlung ist; es ist folglich Sache des Anfechtungsbeklagten zu beweisen, dass diese Handlung im speziellen Fall keine solche Benachteiligung zur Folge haben konnte. Wenn dieser Beweis erbracht worden ist, muss die Klage abgewiesen werden (BGE 99 III 27 E. 3 S. 33 = Pra 63 Nr. 44; BGE 85 III 185 E. 2a S. 189 f. = Pra 49 Nr. 80).

4.2 Die angefochtene Handlung kann die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich schädigen, indem sie das Vollstreckungsergebnis oder ihren Anteil daran vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren verschlechtert (BGE 101 III 92 E. 4a S. 94 = Pra 64 Nr. 191).

4.2.1 Grundsätzlich besteht kein solcher Schaden, wenn die angefochtene Rechtshandlung im Austausch einer Leistung des Schuldners und einer gleichwertigen Gegenleistung des Vertragspartners besteht. So liegt ein Austausch gleichwertiger Leistungen bei der Gewährung von Krediten gegen Pfandbestellung oder gegen die Abtretung von Guthaben vor, dann jedoch nicht, wenn ein ursprünglich ohne Sicherheiten gewährtes Darlehen später durch die Bestellung eines Pfandes oder die Abtretung von Forderungen sichergestellt wird; es besteht ebenfalls ein Austausch gleichwertiger Leistungen, wenn der vom Schuldner erlangte Preis dem Wert der verkauften Sache entspricht (BGE 101 III 92 E. 4a S. 94 = Pra 64 Nr. 191; BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 = Pra 63 Nr. 44). Selbst im Falle einer gleichwertigen Gegenleistung ist das Geschäft dennoch anfechtbar, wenn der Schuldner bezweckte, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger zu verfügen (BGE 130 III 235 E. 2.1.2 S. 238; 101 III 92 E. 4a S. 94 = Pra 64 Nr. 191; BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 = Pra 63 Nr. 44); denn, wenn bereits die Absicht bestand, die Gegenleistung seinem Vermögen zu entziehen, besteht ein Kausalzusammenhang zwischen dem Geschäft und dem Schaden der Gläubiger (BGE 53 III 78 S. 79 = Pra 16 Nr. 93).

Wenn der Schuldner hingegen als Gegenleistung für die von ihm veräussernten Vermögensstücke nur eine Forderung erwirbt oder über einen Geldbetrag oder andere Vermögenswerte verfügt, um eine Schuld zu tilgen, erhält er im Austausch für seine Leistung keine Gegenleistung, die von vornherein jede Schädigung der Gläubiger ausschliessen würde. Wenn sich der Schuldner be-

reits in einer schwierigen finanziellen Lage befindet, verursacht selbst die Zahlung einer fälligen Schuld im Allgemeinen eine Schädigung der übrigen Gläubiger (BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 = Pra 63 Nr. 44). Damit die Zahlung einen Nachteil zur Folge hat, muss nachgewiesen sein, dass die Beträge, welche die Begünstigten erhalten haben, sich in der Masse wiederfinden und unter den Gläubigern hätten verteilt werden können, wenn sie nicht geflossen wären (BGE 78 III 83 E. 1 S. 85 = Pra 41 Nr. 88).

4.2.2 In der Lehre schlug DIETER ZOBL vor, Dienstleistungen speziell zu behandeln, insbesondere die Honorarforderungen von Ärzten, Unternehmenssanierern, Anwälten etc.; er macht geltend, das Bundesgericht habe zumindest indirekt bereits so entschieden, als es festgehalten habe, dass es nicht Sinn der Anfechtungsklage sei, Versuche zur Rettung des Schuldners zu verhindern und folglich die Dritten zu verpflichten, im Falle der Nutzlosigkeit ihrer Bemühungen die empfangenen Leistungen wieder zurückzugeben. Dieser Autor ist der Ansicht, dass diese Dienstleistungserbringer nicht weniger gut behandelt werden dürfen als die Warenlieferanten, da keine rechtsethische Rechtfertigung dies gebiete; das Bundesgericht habe im Übrigen befunden, dass eine Treuhandgesellschaft ein kaufmännisches Retentionsrecht i.S.v. Art. 895 Abs. 2 ZGB für eine Honorarforderung betreffend ihre Bemühungen zur Sanierung einer Gesellschaft und zum Abschluss eines Nachlassvertrages an Aktien habe, die ihr von dieser Gesellschaft vor der Konkursöffnung zur Aufbewahrung übergeben worden seien (BGE 105 II 188 = Pra 69 Nr. 67). Wie immer es sich damit verhält – ZOBL betont, dass es, auch wenn man nicht davon ausgehen könne, es sei kein Schaden entstanden, in jedem Fall an der Voraussetzung der Schädigungsabsicht des Schuldners fehle. Denn es sei zu berücksichtigen, dass keine Treuhandgesellschaft bereit wäre, einen Sanierungsplan auszuarbeiten oder Ratschläge zu erteilen, wenn sie das Risiko eingehen müsste, die bezahlten Honorare im Falle des Scheiterns des Sanierungsversuches zurückerstatten zu müssen; das Bundesgericht selbst habe betont, dass die paulianische Anfechtungsklage Sanierungsversuche nicht verhindern dürfe. Selbst wenn ein Schaden vorliegen sollte, wäre folglich die Voraussetzung der Schädigungsabsicht des Schuldners auf jeden Fall nicht erfüllt (Fragen zur paulianischen Anfechtung, in: SJZ 96/2000, S. 25 ff., insbes. 31 f.: idem: CAMPONOVO, Rückerstattung des Revisionsstellenhonorars infolge paulianischer Anfechtung, Der Schweizer Treuhänder 2006, S. 533 ff.: a.M. REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 2004, N 584).

Die kantonale Behörde schloss sich bezüglich der Dienstleistungen der Revisionsstelle diesem Standpunkt an. Andere kantonale Gerichte nahmen die gegenteilige Lösung an. So erwog das Zürcher Handelsgericht, dass die Gläubiger gleich behandelt werden müssten, wenn der Schuldner in einer angespannten finanziellen Situation sei, und dass nur die privilegierten Forderungen der ersten



Klasse vollständig bezahlt werden könnten. Wenn auch der Austausch von Aktiven gleichen Wertes keinen Nachteil für die Gläubiger zur Folge habe, so verhalte es sich nicht gleich bei den Verträgen betreffend Dienstleistungen, da der Schuldner, der eine Honorarforderung begliche, gewöhnlich keinen verwertbaren Vermögenswert erhalte. Unter Vorbehalt der in Art. 219 SchKG vorgesehenen Ausnahmen bezwecke das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, alle Gläubiger gleich zu befriedigen. Die Vergütung für die Revisionsstelle stelle gewisse Probleme, wenn die finanzielle Lage der Gesellschaft angespannt sei. Immer noch gemäss dem Zürcher Gericht sei es vielleicht unbefriedigend, dass die Revisionsstelle die Bezahlung ihrer Honorare aus der Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten (Art. 728 ff. OR) nicht erwirken könne oder riskiere, sie in der Folge einer paulianischen Anfechtung zurückerstatten zu müssen. Die Stellung als Organ der Gesellschaft sei jedoch kein Grund für die Anerkennung eines Privilegs in der Schuldbetreibung und im Konkurs, und was für den Verwaltungsrat gelte, dessen Forderungen nicht privilegiert seien, müsse auch für die Revisionsstelle gelten. Das Zürcher Handelsgericht liess die Frage offen, ob es diesbezüglich einer gesetzlichen Regelung bedürfe oder ob sich die Revisionsstelle gegen das Risiko des Verlusts ihrer Honorare schützen könne; es erwog, dass kein zusätzliches Kollokationsprivileg auf dem Wege der Rechtsprechung einzuführen sei (ZR 104/2005, S. 299 ff. N 78). Ein früherer Basler Entscheid geht in dieselbe Richtung (BJM 1983, S. 240 ff.).

4.3 Nach der Auffassung von GILLIÉRON hat das Kriterium der Gleichwertigkeit von Leistungen keine eigene Bedeutung im Rahmen von Art. 288 SchKG, da ein Rechtsgeschäft (oder eine Verknüpfung von gleichzeitigen oder aufeinander folgenden Rechtsgeschäften), dessen Leistungen ausgeglichen sind, die Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der übrigen zur Folge haben kann (a.a.O., N 26 zu Art. 288 SchKG). Die Dienstleistungen seien somit anfechtbar, nicht weil sie keinen Wert hätten, der sich in den der Zwangsvollstreckung unterliegenden Werten wiederfinde, sondern weil der Schuldner, indem er diese Dienstleistungen bezahlt habe, deren Erbringer gegenüber den andern Gläubigern bevorzuge. Nun sei aber die ratio legis von Art. 288 SchKG die Gleichbehandlung der Gläubiger. Art. 219 Abs. 4 SchKG sehe für die Forderungen der Revisionsstelle kein Privileg vor; die bundesgerichtliche Rechtsprechung verweigere ein solches übrigens auch denjenigen, welche selbst aufgrund eines Arbeitsvertrages – als Direktor und Mitglied des Verwaltungsrates – formell die Stellung eines Organs bekleideten (BGE 118 III 46 E. 2 und 3 S. 48 ff. = Pra 82 Nr. 118; Urteil des Bundesgerichts 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005 E. 3.2 = SJ 2006 I, S. 81 ff.).

Es ist auch kein Vergleich mit dem Sachwalter möglich, denn dieser ist nicht Beauftragter im Sinne des Obligationenrechts, sondern ein vom Richter bezeichnetes Organ der Zwangsvollstreckung, dessen Honorare, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt wird, Teil der Schulden der Masse

bildet (Art. 55 GebV SchKG; Art. 262 Abs. 1 SchKG analog; BGE 113 III 148 E. 2 und 3 S. 150 ff. = Pra 77 Nr. 87).

In Anbetracht des Gesagten ist zu anerkennen, dass die Bezahlung der Dienstleistungen der Revisionsstelle, selbst wenn diese dem entrichteten Betrag gleichwertig sind, den andern Gläubigern einen Nachteil verursacht, da die Letzteren sich mit einer Dividende begnügen müssen, während die Forderung der Revisionsstelle vollständig bezahlt wird. Im vorliegenden Falle ergibt sich daraus, dass die von der Schuldnerin vorgenommenen streitigen Zahlungen den übrigen Gläubigern, deren Ansprüche nicht vollständig beglichen werden, sehr wohl einen Schaden verursacht haben.

## 5.

5.1 Damit die paulianische Anfechtung gutgeheissen werden kann, muss der Kläger auch den Beweis der folgenden Voraussetzungen erbringen: die Absicht des Schuldners, zu benachteiligen, und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Begünstigten (BGE 85 III 185 E. 2a S. 189 = Pra 49 Nr. 80).

5.1.1 Die Schädigungsabsicht des Schuldners ist erstellt, wenn dieser «vorhersehen konnte und musste», dass seine Rechtshandlung als natürliche Folge die Gläubiger benachteiligen oder einzelne unter ihnen zum Nachteil der andern bevorzugen werde. Es ist nicht erforderlich, dass er mit dem Ziel gehandelt hat, die Gläubigerrechte zu schädigen oder einzelne unter ihnen zu begünstigen (dolus directus; BGE 83 III 82 E. 3a S. 85); es reicht, dass er den Nachteil als mögliche Folge seiner Handlung hingenommen hat (dolus eventualis; BGE 83 III 82 E. 3a S. 85; 21 I 660 E. 4 S. 669). Die Anfechtungsklage hat jedoch nicht zum Zweck, den sich in Schwierigkeiten befindenden Schuldner zu hindern, die nach Treu und Glauben gerechtfertigten Massnahmen zur Überwindung einer angespannten Lage zu treffen, und, wenn die im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung gegebenen Voraussetzungen aufgrund einer objektiven Prüfung auf eine Sanierung zu hoffen erlaubten, sollte man von einem Misserfolg nicht auf eine Schädigungsabsicht des Schuldners schliessen (CASTELLA, La connivence du bénéficiaire de l'acte révocable de l'art. 288 LP, JdT 1956 II, S. 67 ff., bes. 79).

5.2 Im vorliegenden Fall prüfte die kantonale Behörde die Voraussetzung der Benachteiligung und stellte betreffend die der Beklagten für ihre Tätigkeit als Revisionsstelle während des ersten Trimesters 2004 entrichteten Honorare (d.h. CHF 26 039.20) fest, dass die Klägerin nicht behauptete, die erbrachten Leistungen seien nutzlos gewesen, was im Übrigen bei der betreffenden Tätigkeit auch schwer vorstellbar wäre. Die Klägerin habe auch weder behauptet noch bewiesen, dass die Beklagte überflüssige, zu detaillierte oder zu kostspielige Kontrollen durchgeführt habe. Indem man sich ausschliesslich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützt – was eine Rechtsfrage ist (BGE 133 V 477 E. 6.1 S. 485;

132 III 715 E. 2.3 S. 719) – ist zu anerkennen, dass die Schuldnerin nicht mit dem Ziel gehandelt hat, ihre (übrigen) Gläubiger zu benachteiligen. Denn, wenn der Schuldner die gesetzlichen Massnahmen vornehmen lässt und die Entrichtung der entsprechenden Honorare garantiert oder diese nach der Vollendung dieser Massnahmen bezahlt, handelt er weder in der Absicht, seinen Gläubigern zu schaden noch nimmt er den Schaden objektiv als mögliche Folge seiner Handlung hin, sondern lässt eine vom Gesetz vorgeschriebene Aufgabe ausführen, die im Interesse aller Gläubiger liegt. Da die Beschwerdeführerin den dafür berechneten und bezahlten Betrag nicht beanstandet hat, muss ihre Beschwerde in diesem Punkt abgewiesen werden, ohne dass die Voraussetzung der Erkennbarkeit für den Begünstigten zu prüfen ist.

5.3 Hinsichtlich der Honorare, welche der Beklagten für ihre Beratungstätigkeit bezahlt wurden, vor allem für die Ausarbeitung eines Businessplans und die Erstellung eines voraussichtlichen Rechnungsabschlusses, um die Fortsetzung der Tätigkeit der Gesellschaft zu ermöglichen (CHF 41 139.25), stellte die kantonale Behörde fest, die Klägerin habe weder behauptet noch bewiesen, dass diese Tätigkeit von vornherein und vollständig zum Scheitern verurteilt gewesen seien, so dass jede vernünftige und vorsichtige Fachperson sich geweigert hätte, sie zu beginnen; sie berücksichtigte auch, dass die Beschwerdeführerin nicht bewiesen habe, dass die Suche nach jemandem, der die Gesellschaft übernehme, im Hinblick auf die finanzielle und geschäftliche Lage der Schuldnerin ein ungeeignetes Vorgehen gewesen sei, und auch nicht, dass die Ausarbeitung eines Businessplans zu diesem Zweck als sinnlose Geschäftstätigkeit zu werten sei; die Erklärungen des ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsrates, der lange an das Überleben der Gesellschaft geglaubt habe, bestärke diese Demarche; sie würden durch kein Aktenstück klar dementiert. In Wirklichkeit beruhe die ganze Argumentation der Klägerin auf einer angeblichen beherrschenden Stellung der Beklagten, die ihr ermöglicht hätte, von Vorteilen zu profitieren, die sie ohne diese besondere beherrschende Stellung nicht erlangt hätte. Die Abwicklung der Zahlung und des Inkassos der bestrittenen Rechnungen scheine zudem ganz gewöhnlich abgelaufen zu sein. Wenn die Vertreter der Schuldnerin vielleicht einen gewissen Druck empfunden haben, so weist nichts in den Akten darauf hin, dass die Beklagte sich bei der Schuldnerin aktiv eingeschaltet habe, um eine Vorzugsbehandlung zu erlangen.

So stellte das kantonale Gericht einerseits fest, dass die Beschwerdeführerin weder behauptet noch bewiesen hat, dass die Schuldnerin wusste, dass die getroffenen Massnahmen in diesem Stadium nutzlos waren und dass sie im Interesse der Gläubiger sie nach Treu und Glauben nicht hätte durchführen dürfen, und andererseits, dass kein Aktenstück den Erklärungen des ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsrates widerspricht, der an das Überleben der Gesellschaft glaubte. Diesbezüglich wendet die Beschwerdeführerin nur ein, es lägen «ernsthafte Indizien für eine betrügerische Absicht» vor, da die Schuldnerin die Rech-

nungen ihrer Revisionsstelle vollständig bezahlt habe, obwohl sie sich in einer prekären Situation befand. Sie legt jedoch nicht dar, inwiefern sie behauptet hätte und mit welchen Mitteln sie den Beweis für die Indizien einer Schädigungsabsicht der Schuldnerin angeboten hätte; sie beweist auch nicht, dass das kantonale Gericht die Erklärungen des ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsrates willkürlich anerkannt habe. Auf der Grundlage des Sachverhalts im angefochtenen Urteil kann nicht auf eine Schädigungsabsicht der Schuldnerin geschlossen werden. Die Beschwerde muss auch in diesem Punkt abgewiesen werden.

6. [...]

**Nr. 45** Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung  
Urteil vom 9. Januar 2009 i.S. X. und Y. c. Z. (5A\_545/2007)

---

Bearbeitet von KARL SPÜHLER

---

(Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.)

**Arresteinsprache; Beginn bei der Kenntnisnahme der Verarrestierung oder erst mit Erhalt der gesetzlich vorgesehen Zustellung einer Kopie der Arresturkunde (Art. 278 Abs. 1 SchKG).** *Es ist nicht willkürlich, die Frist erst bei der schriftlichen Mitteilung des Arrestes beginnen zu lassen, selbst wenn der Einsprecher bei der Arrestnahme anwesend gewesen ist.*

*Sachverhalt:*

Auf Ersuchen von Z. (Gesuchstellerin) erliess der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises XIII Obersimmental-Saanen als Arrestrichter am 9. Februar 2007 gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG einen Arrestbefehl gegen X. und Y. (Gesuchsgegner) über eine Forderung von CHF 8 002 221.– nebst Zins zu 5% seit dem 19. Oktober 2003.

Da sich das Gesuch gegen zwei Personen richtete, wurden zwei Arreste erfasst (Arrest-Nr. 1 und Arrest-Nr. 2) und am 12. Februar 2007 vom Betreibungsamt Berner Oberland, Dienststelle Obersimmental-Saanen, Blankenburg, vollzogen. Anlässlich des Vollzuges waren die Gesuchsgegner persönlich und ihr Rechtsvertreter anwesend. Das handschriftliche Arrestvollzugsprotokoll wurde von den Gesuchsgegnern unterzeichnet. Am gleichen Tag bestätigte der Rechtsvertreter der Gesuchsgegner den Empfang der Arrestakten, welche die Arrestbeilagen und den Arrestbefehl enthielten. Am 28. Februar 2007 holte er für die