

# RÜCKERSTATTUNG DES REVISIONSSTELLENHONORARS INFOLGE PAULIANISCHER ANFECHTUNG

## Sind die Leistungen der Revisionsstelle nichts wert? [1]

RICO A. CAMPONOVO

**Die paulianischen Anfechtungstatbestände der Art. 285 ff. des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuführen, die ihr durch bestimmte zivilrechtlich korrekte Rechtshandlungen entzogen worden sind. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen wurde durch einen Entscheid des Handelsgerichtes Zürich so stark ausgeweitet, dass die Erbringung von Dienstleistungen an Unternehmungen in finanziellen Krisen nicht mehr honoriert werden muss [2].**

Zuerst wird der Inhalt des Entscheides zusammengefasst und anschliessend die Problematik besprochen.

### 1. SACHVERHALT

R ist Revisionsstelle der X AG. R stellt verschiedene Rechnungen für erbrachte Dienstleistungen. Dazu gehören vor allem Aufwendungen für die Abschlussrevision des Geschäftsjahres 2000, Revisionsarbeiten zum Zwischenabschluss per 30. Juni 2000 für den konsolidierten Abschluss und den im Jahre 2000 geplanten *Initial Public Offering (IPO)*, Prüfungshandlungen für die Jahresrechnung 2001, steuerliche Abklärungen, Koordinationsarbeiten mit den Revisionsstellen der Auslandgesellschaften sowie Aufwendungen für die Sanierung der X AG. Alle diese Rechnungen wurden im März 2001 durch die X AG bezahlt. Am 21. Mai 2001 fiel die X AG in Konkurs.

Die Konkursverwaltung der X AG verlangt von der Revisionsstelle vollständige Rückerstattung aller im März 2001 bezahlten Honorare aufgrund einer objektiven Gläubigerschädigung im Sinne von Art. 288 SchKG. Gemäss diesem Artikel sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche die X AG innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Konkurseröffnung in der anderen Teilen erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Die Konkursverwal-

tung behauptet, dass diese Voraussetzungen erfüllt seien. Die Rechnungen wurden erst zwei Monate vor Konkurseröffnung bezahlt, die X AG habe mit diesen Zahlungen die Absicht verfolgt, einzelne Gläubiger, nämlich die R, zum Nachteil anderer Gläubiger zu begünstigen und die R habe diese Absicht der Gläubigerbegünstigung erkennen können.

Die R verweigert die Rückgabe der Honorare mit der Begründung, dass die Revisionsstelle als Organ zur Pflichterfüllung angehalten sei und bei einem finanziell angeschlagenen Kunden keineswegs ohne Risiko vom Mandat zurücktreten könne, weil sie sich selber dadurch zusätzlichen Haftungsrisiken aussetze (Rücktritt zur Unzeit und Verantwortlichkeit) und ein solcher Rücktritt daher für die Gläubiger und Aktionäre ebenso schädigend sein könne. Der grösste Teil der Honorarrechnung betrifft Revisionsarbeiten oder Sanierungsbemühungen. Sanierungsbemühungen gehören zwar nicht zum Pflichtenkatalog der Revisionsstelle, sie sind aber für die Rettung einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft unentbehrlich, und eine Rückerstattung von Sanierungshonoraren würde dazu führen, dass keine Sanierer mehr ihre Dienstleistungen erbringen.

### 2. BESPRECHUNG DES ENTSCHEIDES

**2.1 Argumente der Konkursverwaltung.** Die paulianischen Tatbestände hat der Gesetzgeber deswegen ins SchKG eingeführt, weil er die Exekutionsrechte der Gläubiger wahren will. Sie sind daher ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung der Gleichbehandlung der Gläubiger. Das SchKG legt in Art. 197 Abs. 1 nämlich den Grundsatz fest, dass das gesamte Vermögen des Schuldners zur Zeit der Konkurseröffnung eine einzige Masse bilde, die zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger diene. Wenn nun der Schuldner kurz vor der Konkurseröffnung oder jedenfalls mit Blick auf die Konkurseröffnung dieses Vermögen zugunsten einzelner Gläubiger vermindert, versteht es sich von selbst, dass die anderen Gläubiger dadurch benachteiligt werden. Deshalb wird es durch die paulianischen Tatbestände möglich, auf diese Weise zu Unrecht entzogenes Vermögen wieder in die Masse zurückzuführen.

Die von Art. 288 SchKG verlangte 5-Jahres-Frist ist hier eingehalten. Die Zahlungen erfolgten nur zwei Monate vor Konkurseröffnung.

Die Konkursverwaltung (und das Zürcher Handelsgericht) argumentierte folgendermassen: Bei einer überschuldeten Aktiengesellschaft führt jede Zahlung (auch einer fälligen und ausgewiesenen Schuld) zu einer weiteren Schmälerung der Masse und damit zu einer Benachteiligung der zurückbleibenden Gläubiger, ausser wenn der Zahlungsempfänger sowieso ein Privileg gemäss Art. 219 SchKG besitze, wie es z. B. die Arbeitnehmer tun [3].



RICO A. CAMPONOVO,  
RECHTSANWALT,  
LIC. IUR. ET OEC. PUBL.,  
STV. DIREKTOR UND  
LEITER DES FACHTEAMS  
REVISIONSRECHT,  
KPMG LEGAL, ZÜRICH

Allerdings könne eine Schädigung der Gläubiger dann verneint werden, wenn für die Zahlung dem Schuldner eine gleichwertige Gegenleistung zuflüsse. Dahinter steht der Gedanke, dass der Austausch von gleichwertigen, verwertbaren Aktiven bloss zu einem Aktivtausch führt und daher den Deckungsgrad für die Gläubiger nicht verändert.

Die Konkursverwaltung ist der Ansicht, dass die Bezahlung von Dienstleistungen (egal welcher Art) nie zu einem gleichwertigen Austausch von Aktiven führe. Der Schuldner erwerbe dadurch ja keinen aktivierbaren und im Konkurs verwertbaren Vermögenswert. Eine Dienstleistung besitze zwar einen Marktwert, was allerdings für eine Verwertung im Konkurs unwichtig sei, denn Dienstleistungen lassen sich

*«Das Gericht ist sich bewusst, dass diese unterschiedliche Behandlung der Sachleistung und der Dienstleistung in der Literatur teilweise kritisiert worden ist.»*

nicht verwerten. Es spiele daher auch keine Rolle, ob es sich um einen Sanierer handle, der seine Dienstleistung einzig in der Hoffnung erbringe, dass die Gesellschaft den Turnaround schaffe. Falls sie trotzdem in Konkurs fällt, habe der Sanierer daher sein Honorar zurückzuerstatten.

Das Gericht ist sich bewusst, dass diese unterschiedliche Behandlung der Sachleistung und der Dienstleistung in der Literatur teilweise kritisiert worden ist. Das Bundesgericht hat einmalig nebenbei in einem Entscheid erwähnt, dass das Institut der Anfechtungsklage nicht den Zweck habe, alle Versuche zur Rettung des Schuldners zu verunmöglichen oder sehr gefährlich zu machen. Es liege nämlich im Interesse der Gläubiger, dass Dritte versuchen können, dem Schuldner zu helfen, ohne Gefahr laufen zu müssen, im Falle der Nutzlosigkeit ihrer Bemühungen das Recht zu verlieren, ihre Vorstüsse wiederzuerlangen [4].

Auch vom Basler Zivilgericht gibt es unterschiedliche Urteile. Im Jahre 1983 hat es die Gleichbehandlung von Dienstleistungen und Sachleistungen abgelehnt, im Jahr 1999 hat es sie akzeptiert. Im Entscheid von 1999 hat das Basler Zivilgericht [5] erwogen, dass Dienstleistungen gleichermaßen wie Sachleistungen ein Marktwert zukomme und die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht im Hinblick auf die Liquidation des Vermögens des Schuldners, sondern unter dem Aspekt der Fortführung zu beurteilen sei. Somit könne auch eine Dienstleistung eine gleichwertige Gegenleistung für das bezahlte Honorar darstellen.

Das Zürcher Handelsgericht verwirft diese Meinung des Basler Gerichtes und meint, es gehe bei der paulianischen Anfechtung darum, den Liquidationszweck im Konkurs zu gewährleisten und daher sei der Marktwert bzw. der Fortführungsgedanke nicht relevant. Es glaubt die Lösung darin zu finden, dass das Konkursrecht das Ziel der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung sehr hoch bewerte und damit auch die paulianische Anfechtung nicht aufgeweicht werden

dürfe. Wenn der Gesetzgeber Ausnahmen von diesem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger gewollt hätte, so hätte er dies im Gesetz statuieren müssen. Er habe dies z. B. mit den Konkursprivilegien und den dinglichen Vorrechten getan, weitere Ausnahmen kenne das Gesetz nicht.

Das Handelsgericht anerkennt allerdings, dass sich bei den gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben einer Revisionsstelle ein zusätzliches Problem stelle. So müsse die Revisionsstelle Aufgaben besonders dann zum Schutze der Gläubiger und Aktionäre erfüllen können, wenn die finanzielle Lage der Gesellschaft gewisse Probleme aufwerfe. Dies gelte insbesondere deshalb, weil ein Rücktritt der Revisionsstelle in einem solchem Fall als zur Unzeit gelten könnte und Schadenersatzforderungen nach sich ziehen würde. Ausserdem habe die Revisionsstelle Pflichten im Zusammenhang mit der Überschuldung (Art. 725 OR), von denen sie sich auch nicht durch Rücktritt entledigen könne. Trotzdem sieht das Handelsgericht auch in dieser Hinsicht keinen Raum für eine Ausnahme. Es verweist dabei vor allem auf einen Bundesgerichtsentscheid zu einem anderen Organ, nämlich dem Verwaltungsrat, dem die Privilegierung in der ersten Klasse des Art. 219 Abs. 4 als Arbeitnehmer verweigert wurde, weil für ihn als Unternehmensleiter kein besonderes Schutzbedürfnis vorhanden sei, wie es sonst für die normalen Arbeitnehmer der Fall ist. Die Arbeitnehmer seien nämlich normalerweise vom Arbeitgeber völlig abhängig und könnten auch bei gefährdeter Finanzlage des Unternehmens nicht rechtzeitig anders disponieren. Sie könnten auch keinen Einfluss auf Geschäftsgang und Firmenpolitik nehmen. Der Verwaltungsrat hingegen habe allerdings solche Einflussmöglichkeiten, auch wenn er aus formellen Gründen ebenfalls Angestellter der Aktiengesellschaft sei.

Das Handelsgericht überträgt nun diese Überlegungen «erst recht» auf die Revisionsstelle, weil die Stellung der Revisionsstelle genau deshalb «vergleichbar» sei mit derjenigen des Verwaltungsrates [6].

Immerhin anerkennt das Handelsgericht, dass hier von Seiten des Gesetzgebers evtl. Regelungsbedarf bestehe oder dass die Revisionsstellen sich gegen das geschilderte Risiko durch Anpassung ihrer Honorarsätze oder andere Vorkehren absichern könnten [7].

**2.2 Kritische Überlegungen zu diesem Urteil.** Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen und Sachwerten in bezug auf ihren «Wert» erscheint anachronistisch. Diese Diskussion wurde beim Übergang von Industrie- zu Dienstleistungsgesellschaften geführt, sie ist längst abgeschlossen.

Zweifelhaft ist auch die Fokussierung auf den Untergang der Gesellschaft anstatt auf ihr Überleben. Nicht nachvollziehbar sind zudem die vom Gericht postulierten Identitäten: Dienstleistung gleich wertlos, Sachleistung gleich werthaltig.

Das Handelsgericht scheint sicher zu sein, dass der Fokus des Gesetzgebers vor allem derjenige war, dass bei konkurrierenden Gesellschaften möglichst viel Vermögen für die Verteilung der Gläubiger vorhanden ist. Für den Gesetzgeber ist m. E. jedoch viel wichtiger, dass überlebensfähige Gesellschaften gerettet werden können. Neben dem Nachlassver-

fahren und dem Konkursaufschub ist z. B. auch auf die Möglichkeit der Gewährung von Rangrücktritten in Art. 725 Abs. 2 OR oder auf die Möglichkeit der Fusion von überschuldeten Gesellschaften im neuen Fusionsgesetz Art. 6 hinzuweisen; es gibt weitere Beispiele. Auch die paulianischen Anfechtungstatbestände sind kein Gegenbeispiel dafür und werden m. E. hier zu Konkursbeschleunigern umfunktioniert – was gewiss nicht im Sinne des Gesetzgebers ist. Der Fokus des Gesetzgebers bei krisengeschüttelten Unternehmen liegt eindeutig bei der Förderung der Sanierungschancen.

Nicht zutreffend ist auch die Gleichsetzung von Wertlosigkeit mit Dienstleistung und Werthaltigkeit mit Sachleistung. Wertlose Sachleistungen sind nämlich ohne weiteres denkbar, man nehme z. B. den Aufbau einer Marke in den Jahren vor Konkurseröffnung. Diese kann zwar aktiviert werden, wird aber durch die Konkurseröffnung wertlos. Mit der vom Handelsgericht angewendeten Argumentation müsste der bezahlte Kaufpreis zurückverlangt werden. Wie steht es mit Dienstleistungsverträgen, die es ermöglichen, Sachwerte zu erwerben, z. B. die Leistungen eines Immobilienmaklers, der zum Kauf verschiedener Immobilien verholfen hat? Muss der Makler sein Honorar zurückerstatten? Oder man denke andererseits an die Lieferung von teuren, massgeschneiderten Spezialgeräten. Diese Sachleistungen sind im Konkurs wertlos und verursachen lediglich Entsorgungskosten. Wie steht es z. B. mit dem Kauf von Büromobiliär, welches eindeutig ein Sachwert ist, in Konkursen aber regelmässig mit einem Einschlag von 90% vergantet werden muss? Müssen hier 90% der wertlosen Leistung zurückerstattet werden?

Die jetzige Rechtsprechung bedeutet, dass die Anforderungen von Art. 288 SchKG aufgeweicht werden, weil sich die Abklärung der Absicht der Gläubigerbenachteiligung und der Erkennbarkeit dieser Absicht beinahe darauf reduziert, ob Dienstleistungen bezahlt wurden oder nicht. Die apriorische Entscheidung, Dienstleistungen seien wertlos und Sachleistungen werthaltig, beraubt den befriedigten Gläubiger weitgehend der Einrede, er habe die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen können, und entzieht dem Schuldner das Argument, er habe mit dieser Bezahlung keine Gläubiger benachteiligen wollen.

Eine gewisse Schranke ist noch darin zu sehen, dass der Begünstigte beweisen darf, dass er die schlechte Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat [8]. Für Sanierer oder die Revisionsstelle entfällt diese Einrede aber automatisch, für andere Dienstleister (z. B. Steuerberater) wird es bei (zumeist vorhandener) Kenntnis der Lage ebenfalls kritischer.

Dies gilt selbst dann, wenn der Konkurs Jahre später eröffnet wird.

Bisher war es so, dass die Anfechtbarkeit im Sinne von Art. 286 SchKG aus Sicht der Konkursmasse am einfachsten und erfolgversprechendsten war. Bereits schwieriger war eine Anfechtung nach Art. 287 SchKG, und weitaus am schwierigsten war diejenige nach Art. 288 SchKG. Deshalb konnte es sich der Gesetzgeber auch erlauben, bei Art. 288 SchKG eine sehr lange Verdachtsfrist von fünf Jahren zu gewähren.

*«Für Sanierungsberater und die Revisionsstellentätigkeit bei finanziell angeschlagenen Kunden empfiehlt es sich bis zur Klärung mehr denn je, einzig auf Vorschussbasis zu arbeiten.»*

Durch dieses Urteil kehrt sich diese Situation um; Art. 288 SchKG wird zum erfolgversprechendsten Anfechtungstatbestand, wenn es sich um eine Dienstleistung handelt.

Der Vergleich mit dem Verwaltungsrat als Organ leuchtet nicht ein. Der Entzug des Konkursprivilegs für den Verwaltungsrat wird ja gerade damit begründet, dass er im Gegensatz zum Arbeitnehmer nicht von der Gesellschaft abhängig sei und die Geschicke der Unternehmung selber steuern könne. Letzteres trifft für die Revisionsstelle nicht zu. Es ist ihr verboten, die Geschicke der Unternehmung zu steuern. Es ist zwar richtig, dass die Revisionsstelle genau wie der Verwaltungsrat nicht von der Gesellschaft abhängig ist. Allerdings ist Gleichheit in diesem Punkt mit dem Verwaltungsrat trotzdem nicht gegeben, denn der Verwaltungsrat ist von der Gesellschaft deshalb nicht abhängig, weil er ihr oberstes Leitungsorgan ist und Entscheidungsbefugnisse hat. Die Revisionsstelle hingegen ist von der Gesellschaft nicht abhängig weil es ihr verboten ist, solche Einflüsse auf die Unternehmung auszuüben. Sie *muss* unabhängig sein. Aus einem solchen Vergleich zu schliessen, dass der Revisionsstelle in diesem Punkt eine ähnliche Stellung wie dem Verwaltungsrat zukomme, entbehrt einer Grundlage.

Besonders für die Revisionsstelle ist der Entscheid unhaltbar. Sie muss für den Aktionärs- und Gläubigerschutz gerade in Krisensituationen ihre Aufgabe erfüllen. Zudem ist es notorisch, dass ihre Honorare genau in dieser Situation infolge Mehraufwand massiv ansteigen können. Dazu kommt, dass sich die Revisionsstelle aus Haftungsgründen zu Recht in

ANZEIGE



Neuer kostenloser SHAB-Online-Service  
[www.dnbswitzerland.ch/shab](http://www.dnbswitzerland.ch/shab)



Decide with Confidence

Dun & Bradstreet (Schweiz) AG, In der Luberzen 1, 8902 Urdorf • [www.dnbswitzerland.ch](http://www.dnbswitzerland.ch) • [info@dnbswitzerland.ch](mailto:info@dnbswitzerland.ch)

einer solchen Situation nicht des Mandates entledigen darf. Daraus zu schliessen, ihre Dienstleistungen seien wertlos und daher habe sie eben doch kein Anrecht auf Zahlung, ist ohne rechtliche Basis.

Auch das Argument, es würde sich dabei um die (unzulässige) Gewährung eines neuen Konkursprivilegs an die Revisionsstelle handeln, ist nicht stichhaltig, geht es doch um bereits vor Konkurseröffnung bezahlte Rechnungen und nicht etwa um eine Privilegierung im Konkurs.

Dieser Entscheid bedeutet, dass finanziell angeschlagene Gesellschaften Dienstleistungen nur beziehen dürfen, wenn die Sanierung erfolgreich verläuft; was aber erst ex post klar wird. Es besteht die Gefahr, dass für viele Gesellschaften die Sanierung wegen dieser Rechtsprechung misslingt.

### 3. VORSCHUSSZAHLUNGEN ALS LÖSUNG?

Der Entscheid thematisiert die Frage nicht, ob die Revisionsstelle (oder andere Dienstleister?) sich vor der Rückzahlung ihrer Honorare durch Vorschussleistungen schützen könnten. Wenn Dienstleistungen a priori wertlos sind, nützt es nichts, wenn man sich eine Dienstleistung bevorschussen lässt. Falls die Kriterien für die Anwendung von Art. 288 SchKG aber nach wie vor auf die echte Schädigungsabsicht oder Bevorzugungsabsicht des Zahlers und Erkennbarkeit von Seiten des Schuldners abstellt, dann müssten Vorschusszahlungen vor einer Rückzahlung schützen. Denn erstens gewährt man eine

Vorschusszahlung nicht an einen Gläubiger, sondern nur an einen potenziellen Gläubiger, der zudem eine künftige Gegenleistung für diesen Vorschuss erbringen muss. Der Gläubiger wird durch diese Vorschusszahlungen nicht bevorzugt, denn er war noch nicht mit den anderen Gläubigern in der Schicksalsgemeinschaft der bereits in einem Kreditverhältnis

«Die Unterscheidung zwischen Dienstleistungen und Sachwerten in bezug auf ihren <Wert> erscheint anachronistisch.»

Stehenden verbunden. Verpasst es hingegen ein Dienstleister, auf Vorschussbasis zu arbeiten und wird seine Rechnung bei Konkurseröffnung nicht bezahlt, so untersteht er tatsächlich den normalen Folgen des Konkursrechts und muss seine Forderungen zuhanden des Kollokationsplanes anmelden.

Für Sanierungsberater und die Revisionsstellentätigkeit bei finanziell angeschlagenen Kunden empfiehlt es sich bis zur Klärung mehr denn je, einzig auf Vorschussbasis zu arbeiten. ■

**Anmerkungen:** 1) Besprechung eines Entscheides des Handelsgerichtes Zürich vom 13. Juni 2005, publiziert in ZR 104 (2005) Nr. 78. 2) Gegen diesen Entscheid sind Rechtsmittel eingelegt worden. 3) Das ist nicht zutreffend. Woher soll man im voraus wissen, ob die 1. Klasse gedeckt sein wird? In vielen Konkursen bleibt auch für die 1. Klasse nichts oder nur sehr wenig übrig. Dazu kommt,

dass es der 2. Gläubigerversammlung im Konkurs i. S. v. Art. 253 SchKG erlaubt ist, die vorhandenen Mittel z. B. für Aktivprozesse der Konkursmasse zu verwenden. Auch die Zahlungen an Arbeitnehmer schädigen daher zurückbleibende Gläubiger. 4) BGE 99 III 27, 37 zitierend BGE 78 III 83 ff. 5) Urteil vom 12. März 1999 P3 1997/00342. 6) Dies ist die ganze Begründung des Handelsgerichtes für

diese Gleichstellung zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat! 7) Was für andere Vorkehren dies sein könnten, lässt das Handelsgericht allerdings offen. 8) Wenn die Vermögenslage gut ist, kann der Dienstleistungserbringer ja von der Werthaltigkeit der Dienstleistung ausgehen.

Kammer-Seminar



Séminaire de la Chambre

## Programm

Informationen bei Kammer-Seminar:  
Telefon 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61  
oder unter [www.treuhand-kammer.ch](http://www.treuhand-kammer.ch)