

((Bitte den nachfolgenden Text bei den Entscheiden als «Vorspann» jeweils noch hinzufügen))

Schulthess Juristische Medien AG hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass pauliana-praxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich machen kann.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Schulthess Juristische Medien AG.
www.schulthess.com

Nachteil des Beschwerdeführers beeinflusste. Dabei ist der Umfang dieses Beitrages bzw. Einflusses nicht ersichtlich. Auch wenn er wohl bloss gering sein mochte, beruht das angefochtene Urteil bzw. die damit ausgefallte Strafe zumindest teilweise darauf und damit auf der Verletzung des Grundsatzes «in dubio pro reo» als Beweislastregel. Dies bedeutet eine Verletzung einer gesetzlichen Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Das angefochtene Urteil muss deshalb aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

c) Im Hinblick auf den neuen Entscheid kann angefügt werden, dass sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers aus den von ihm angeführten Umständen jedenfalls auch nicht zwingend ergibt, dass er seine Straftaten «aus Gefälligkeit und freundschaftlicher Loyalität» beging, und auch der Grundsatz «in dubio pro reo» nicht erfordert, positiv davon auszugehen. Der Grundsatz «in dubio pro reo» verbietet lediglich negativ, zum Nachteil des Beschwerdeführers von im Wesentlichen finanzieller Motivation auszugehen. Eventuell – bleibt es dabei, dass über die Beweggründe nichts Zuverlässiges bekannt ist – muss die Motivation des Beschwerdeführers offen gelassen werden.»

Kassationsgericht, 12. Juli 2005
(Mitgeteilt von lic. iur. C. Tschurr)

78.

Art. 288 SchKG, Art. 219 f. SchKG. Paulianische Anfechtungsklage. Objektive Gläubigerschädigung bei der Tilgung einer Schuld aus einem Dienstleistungsvertrag.

Die paulianische Anfechtung bezweckt, die der Zwangsvollstreckung zu Unrecht entzogenen Vermögenswerte derselben wieder zuzuführen und dem Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger

Nachachtung zu verschaffen. Der für Sachleistungen geltende Grundsatz, wonach eine Schädigung der Gläubiger zu verneinen ist, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat, ist nicht auf Dienstleistungen der gesetzlichen Revisionsstelle anwendbar. Denn es ist nicht der Marktwert eines erworbenen Vermögenswertes im Hinblick auf die wirtschaftliche Weiterexistenz des Schuldners entscheidend, sondern die Möglichkeit, den vom Schuldner erworbenen Vermögenswert losgelöst von dessen wirtschaftlicher Existenz verwerten zu können. Diese Möglichkeit fehlt bei den Dienstleistungen der Revisionsstelle. Solche Dienstleistungen generell von der paulianischen Anfechtbarkeit auszunehmen hiesse zudem, die gesetzlichen Konkursprivilegien, welche die Ausnahmen vom Grundsatz der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger umschreiben, auf dem Wege der Rechtsprechung auszudehnen. Dies ist abzulehnen.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts, welche den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an anderen Gesellschaften sowie die Errichtung von Tochtergesellschaften vorab im Bereich der Verwertung von Marketing- und Fernsehrechten im Sportbereich bezweckte und sich heute im Konkurs befindet. Die Beklagte war die gesetzliche Revisionsstelle der Klägerin. Sie stellte für die von ihr erbrachten Dienstleistungen im Zeitraum Juni 2000 bis Februar 2001 sechs Rechnungen, zwei Anfang Dezember 2000, eine Mitte Februar 2001, zwei Ende Februar 2001 und eine weitere Mitte März 2001. Die Klägerin hat alle sechs Rechnungen innerhalb von wenigen Tagen im März 2001 beglichen. Am 21. Mai 2001 wurde über die Klägerin der Konkurs eröffnet. Die Klägerin verlangt, dass die geleisteten Zahlungen zwecks Einbezug in die Zwangsvollstreckung zurückzuerstatten seien. Die Beklagte verwahrt sich gegen die Rückerstattung.

Aus den Erwägungen:

«2. Zweck der paulianischen Anfechtung

2.1. Mit der Anfechtung sollen Vermögens-

werte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286–288 SchKG entzogen worden sind (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Die paulianische Anfechtung zielt somit auf Rückgängigmachung bestimmter Rechtsgeschäfte hin, welche direkt oder indirekt die Exekutionsrechte der Gläubiger beeinträchtigen, und damit auf die Wiedergutmachung des Nachteils, den die Gläubiger durch diese Beeinträchtigung erlitten haben (*Stahelin*, in: *Stahelin et al.*, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998, Art. 285 N. 1; *Jaeger et al.*, SchKG, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/1999, Art. 285 N. 4 und N. 6).

Der Anfechtungsgegner wird damit gezwungen, ihm zivilrechtlich zustehende Vermögenswerte wieder den Gläubigern zuzuführen. Dieser Eingriff in die Rechte Dritter ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um seine Gläubiger zu befriedigen. Beim Konkurs des Schuldners ist für die (nicht privilegierten) Gläubiger ein Verlust höchstwahrscheinlich, so dass hier bereits die Konkursverwaltung namens der Konkursmasse zur Anfechtung legitimiert ist (*Stahelin*, a.a.O., Art. 285 N. 10; vgl. Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

[...]

2.2. Indem die paulianische Anfechtung ermöglicht, zu Gunsten einzelner Gläubiger entzogene Vermögenswerte zur Zwangsvollstreckung zurückzuholen, bildet sie im Rahmen des Konkursverfahrens ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung des Prinzips der Gleichbehandlung der Gläubiger: Der in Art. 197 Abs. 1 SchKG niedergelegte Grundsatz, wonach sämtliches pfändbares Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, gleichviel, wo es sich befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse) bildet, die zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dient, wäre in vielen Fällen toter Buchstabe, wenn nicht die paulianische Anfechtung unter bestimmten Bedingungen den Zugriff auf vorgängig entäusserte schuldnerische Vermögenswerte erlauben würde. Auf das Verhältnis zwischen der paulianischen

Anfechtung und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs und die gesetzlichen Ausnahmen dazu wird später noch im Einzelnen einzugehen sein.

3. Absichtsanfechtung

3.1. Voraussetzungen der Absichtsanfechtung im Überblick

[Bei der Absichtsanfechtung] sind alle Rechtshandlungen [anfechtbar], welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (Art. 288 SchKG).

Der Anfechtungskläger trägt die Behauptungs- und die Beweislast für alle Erfordernisse des Anfechtungstatbestandes. Der dem Beklagten obliegende Beweis dafür, dass er die schlechte Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt habe, kann nur ein Wahrscheinlichkeitsbeweis sein. Da sich die subjektiven Erfordernisse der Schädigungsabsicht und deren Kenntnis weitgehend auf innere Tatsachen beziehen, darf für deren Beweis auf Indizien, namentlich auf die effektive missliche Vermögenslage des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung oder den ungewöhnlichen Charakter des Rechtsgeschäfts, abgestellt werden. Diese bilden eine natürliche Vermutung für eine Schädigungsabsicht und deren Kenntnis, welche vom Anfechtungsbeklagten zu widerlegen ist (*Stahelin*, a.a.O., Art. 288 N. 23 m.w.H.).

3.2. Rechtshandlung des Schuldners innerhalb von fünf Jahren vor der Konkurseröffnung

3.2.1. Als Rechtshandlung im Sinne von Art. 288 SchKG gilt jede Willensbetätigung mit rechtlicher Wirkung; sei es eine rechtsgeschäftliche oder deliktische Handlung, eine Unterlassung der Geltendmachung eines dem Schuldner zustehenden Rechts oder die Vornahme oder Unterlassung einer prozessualen oder betreibungsrechtlichen Vorkehrung (*Stahelin*, a.a.O., Art. 285 N. 11; vgl. auch *Jaeger et al.*, a.a.O., Art. 288 N. 2).

3.2.2. Vorliegend ist unbestritten, dass über die Klägerin am 21. Mai 2001 der Kon-

kurs eröffnet worden ist. Ebenso ist unstrittig, dass die Klägerin rund zwei Monate vor der

Konkureröffnung noch folgende Zahlungen an die Beklagte geleistet hat:

Rechnung	Rechnungsdatum	Zahlungsdatum	Zahlungsbetrag
Nr. 249922	13.03.2001	13.03.2001	CHF 239'618.40
Nr. 248720	26.02.2001	09.03.2001	CHF 159'786.00
Nr. 248716	26.02.2001	09.03.2001	CHF 47'085.00
Nr. 247799	14.02.2001	09.03.2001	CHF 17'952.50
Nr. 241241	05.12.2000	06.03.2001	CHF 22'575.00
Nr. 241243	05.12.2000	06.03.2001	CHF 102'125.00
Total			CHF 589'141.90

[...] Sämtliche aufgeführten Zahlungen an die Beklagte stellen mithin Rechtshandlungen dar, welche der Schuldner, die Klägerin, innerhalb von fünf Jahren vor der Konkurs-eröffnung vorgenommen hat.

3.3. Schädigung der Gläubiger

3.3.1. Das anfechtbare Rechtsgeschäft muss direkt oder indirekt die Konkursgläubiger schädigen, indem deren Exekutionsrechte durch Schmälerung des Haftungssubstrats oder durch Schaffung einer ungünstigen rechtlichen Situation beeinträchtigt werden (*Stahelin*, a.a.O., Art. 285 N. 14; *Jaeger et al.*, a.a.O., Art. 288 N. 3 und N. 21; *Rebsamen*, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004, Rz. 409–416 m.w.H.). Wenn eine Schädigung der Gläubiger zu verneinen ist, dann entfällt die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

3.3.2. Die Tilgung einer fälligen Schuld durch den der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner führt im Allgemeinen ohne weiteres zu einer objektiven Schädigung der anderen Gläubiger, wenn der Schuldner aufgrund seiner angespannten finanziellen Lage ausserstande ist, auch seine anderen Verpflichtungen im Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit zu tilgen. Zur Vermeidung der Anfechtung ist der Schuldner gehalten, seine Gläubiger gleichmässig zu befriedigen. Einzig eine gemäss Art. 219 SchKG privilegierte Forderung darf vollumfänglich bezahlt werden, da die Privilegierung vor den übrigen Gläubigern auch im Rahmen des Konkursverfahrens

zu dulden ist (*Stahelin*, a.a.O., Art. 288 N. 9; *Rebsamen*, a.a.O., Rz. 536).

3.3.3. Eine Schädigung der Gläubiger ist demgegenüber grundsätzlich zu verneinen, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen (*Stahelin*, a.a.O., Art. 288 N. 11; *Jaeger et al.*, a.a.O., Art. 288 N. 3; *Rebsamen*, a.a.O., Rz. 559; BGE 99 III 27, 34; BGE 101 III 92, 94). Dahinter steht der Gedanke, dass der Austausch von gleichwertigen, verwertbaren Aktiven bloss zu Umbuchungen innerhalb der Aktiven führt und den Deckungsgrad für die Kurrentgläubiger nicht verändert. Zur Frage der Gleichwertigkeit der ausgetauschten Aktiven, insbesondere bei Kaufverträgen, existiert eine reichhaltige Praxis (vgl. die Übersicht bei *Zobl*, Fragen zur paulianischen Anfechtung, in: SJZ 96 [2000] S. 25 ff., S. 30; vgl. ferner BGE 99 III 27, 34 f.).

Auf Dienstleistungsverträge lässt sich die Regel, dass der Austausch von gleichwertigen Aktiven keine Gläubigerschädigung bewirkt, nicht anwenden. Denn als Gegenleistung für die Honorarforderung des Dienstleistungserbringers erwirbt der Schuldner regelmässig keinen verwertbaren Vermögenswert, der in der Bilanz als Aktivum seinen Niederschlag finden würde (*Rebsamen*, a.a.O., Rz. 584;

Zobl, a.a.O., S. 31). In der Literatur ist vereinzelt Kritik an dieser unterschiedlichen Behandlung von Dienstleistungserbringern und Warenlieferanten im Konkurs des Auftraggebers bzw. Bestellers geäußert worden. Unter Hinweis auf eine fehlende rechtsethische Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung und gewisse Tendenzen in der deutschen Lehre ist postuliert worden, dass die Honorarforderungen von Sanierern oder Anwälten bei Gleichwertigkeit von Honorar und Dienstleistung ebenfalls nicht anfechtbar sein sollen (*Zobl*, a.a.O., S. 32).

In der neueren Lehre ist die Idee der Sonderbehandlung der Dienstleistungserbringer, sogar der Sanierer, bislang mehrheitlich verworfen worden (*Rebsamen*, a.a.O., Rz. 584 und Rz. 534 ff.; *Stahelin*, a.a.O., Art. 288 N. 13). Auch das Bundesgericht hat diese Lehrmeinung bisher nicht unterstützt, sondern die Gläubigerschädigung bei Dienstleistungsverträgen ausnahmslos bejaht. Insbesondere hat das Bundesgericht seine einmalig gebliebene Erwägung *obiter dictum*, das Institut der Anfechtungsklage habe nicht zum Zwecke, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder doch sehr gefährlich zu machen; es liege 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 Vorschüsse wiederzuerlangen (BGE 99 III 27, 37 zitierend BGE 78 III 83 ff.), bisher nicht herangezogen, um die Gläubigerschädigung bei der Entlöhnung von Dienstleistungserbringern in Frage zu stellen. Bei den Zürcher Gerichten ist, soweit ersichtlich, bisher keine Entscheidung zu dieser Frage ergangen.

Das Basler Zivilgericht – auf welches sich beide Parteien berufen – hat unterschiedliche Erwägungen angestellt. Im Jahre 1983 hat es die objektive Gläubigerschädigung bei der Tilgung einer Schuld aus einem Dienstleistungsvertrag bejaht und eine Ausnahme für den Sanierer ebenfalls abgelehnt. Als entscheidend hat es erachtet, dass durch die Bezahlung des Honorars für Dienstleistungen keine Vermögenswerte erworben worden seien, welche zugunsten der Gläubiger ver-

wertet werden könnten (BJM 1983 240, 241 m.H. auf BGE 99 III 34 f.). In einem späteren Entscheid hat das Basler Zivilgericht zum Honorar für die Erstellung eines Sanierungskonzeptes dann allerdings erwo-gen, 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 seines Unternehmens zu beurteilen sei. Somit könne auch eine Dienstleistung eine gleichwertige Gegenleistung für das hierfür bezahlte Honorar darstellen (Urteil des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 12. März 1999 [P3 1997/00342]).

Zum zweiten Basler Entscheid ist anzumerken, dass es wohl richtig sein mag, dass auch Dienstleistungen ein Marktwert zukommt. Da die paulianische Anfechtung aber bezweckt, die der Zwangsvollstreckung zu Unrecht entzogenen Vermögenswerte derselben wieder zuzuführen, ist nicht der Marktwert des erworbenen Vermögenswertes im Hinblick auf die wirtschaftliche Weiterexistenz des Schuldners entscheidend, sondern die Möglichkeit, den vom Schuldner erworbenen Vermögenswert losgelöst von dessen wirtschaftlicher Existenz verwerten zu können. Dies ist bei Sachgegenständen und Geld regelmässig der Fall, nicht aber bei Dienstleistungen, welche untrennbar mit dem Schuldner verschmolzen sind und losgelöst von diesem gerade keinen Marktwert aufweisen. Die Voraussetzung der Gleichwertigkeit der Leistungen auf diesem Wege aufzuweichen, erscheint mit Blick auf den Zweck der paulianischen Anfechtung somit nicht überzeugend. Eine andere Frage ist, ob den Sanierern oder anderen Dienstleistungserbringern aus wirtschaftspolitischen oder ähnlichen Gründen eine Ausnahme zuzugestehen ist und bejahendenfalls auf welchem Wege.

3.3.4. Für das Handelsgesetz ist die geschilderte Kontroverse betreffend die Dienstleistungserbringer unter Rückgriff auf den Grundgedanken des Konkursrechts zu lösen: das Ziel der gleichmässigen Befriedigung aller Gläubiger. Das Ziel der gleichmässigen

Gläubigerbefriedigung zieht sich wie ein roter Faden durch das Konkursrecht und findet seine zwangsweise Durchsetzung unter anderem in der paulianischen Anfechtung, mit welcher das der Zwangsvollstreckung zu Unrecht entzogene Haftungssubstrat in diese wieder einbezogen wird.

Der Gesetzgeber hat eine gewichtige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger vorgesehen: Er hat mit den dinglichen Vorrechten und den Konkursprivilegien in Art. 219 f. SchKG eine rechtsethische Gewichtung der Gläubigerinteressen vorgenommen. Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der gleichmässigen Gläubigerbefriedigung kennt das Gesetz nicht und ergeben sich auch nicht aus der bewährten Lehre und Rechtsprechung zum Konkursrecht und zur paulianischen Anfechtungsklage im Besonderen.

Immerhin ist einzuräumen, dass die Entlohnung der Revisionsstelle einer Aktiengesellschaft bei finanziell angespannter Lage der Letzteren gewisse Probleme aufwirft. Es mutet unbefriedigend an, dass die Revisionsstelle als gesetzlich vorgesehene Organ der Aktiengesellschaft sich in einem solchen Moment dem Risiko aussetzt, das für die Erfüllung ihrer in den Art. 728 ff. OR vorgesehenen Aufgaben geschuldete Honorar nicht zu erhalten bzw. zufolge paulianischer Anfechtung der Tilgung der Honorarforderung zurückerstatten zu müssen. Ein Rücktritt der Revisionsstelle ist zwar jederzeit möglich, kann indessen im Falle des Rücktritts zur Unzeit Schadenersatzforderungen nach sich ziehen (vgl. Art. 727e Abs. 2 OR und *Forstmoser et al.*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 32 N. 53 ff.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3.A., Zürich 2004, § 15 N. 93 ff.). Zudem ist ein Rücktritt der Revisionsstelle wegen Nichtbezahlung des Honorars gerade bei finanziell angespannter Lage der Aktiengesellschaft und entsprechendem Handlungsbedarf seitens der Revisionsstelle (insbesondere Revision der Zwischenbilanz im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR u.ä.) grundsätzlich nicht im Interesse der Aktiengesellschaft oder ihrer Gläubiger.

Dass die Organstellung innerhalb der Aktiengesellschaft ohne besondere gesetzliche

Grundlage gleichwohl kein Grund für eine konkursrechtliche Privilegierung ist, hat das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit festgestellt. Es hatte zu beurteilen, ob einem als Geschäftsführer angestellten und gleichzeitig einzelzeichnungsberechtigten Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft ein Konkursprivileg zuzugestehen sei. Das Bundesgericht hat – unter Hinweis einzig auf das Konkursprivileg des Arbeitnehmers gemäss Art. 219 Abs. 4 erste Klasse lit. a SchKG – erwohnen, dass nur demjenigen Arbeitnehmer ein Konkursprivileg zustehen solle, für welchen ein erhöhtes Schutzbedürfnis bestehe, d.h. welcher in ausgeprägter Weise vom Arbeitgeber abhängig sei und mit Blick auf seine Unterordnung auch bei gefährdeter Finanzlage des Unternehmens notgedrungen nicht rechtzeitig anders disponieren, geschweige denn auf Geschäftsgang und Firmenpolitik entscheidenden Einfluss nehmen könne. Der Kläger als Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied habe zwar in einem Arbeitsverhältnis gestanden, aber wegen seiner Organstellung fehle es in tatsächlicher Hinsicht an einem Unterordnungsverhältnis. Daran vermöge nichts zu ändern, wenn das Verwaltungsratsmitglied die im Gesetz umschriebene Funktion nicht ausfüllte oder untätig bliebe, denn für den Geschäftsgang trage es auch in solchen Fällen die Verantwortung und unterstehe der Organhaftung (Art. 754 Abs. 1 OR). Unter diesen Umständen rechtfertige es sich somit nicht, vom Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs des Schuldners abzuweichen (BGE 118 III 46, 51 und 52).

Was für das Verwaltungsratsmitglied gilt, muss erst recht für den Revisor gelten: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verwaltungsratsmitglied und der Aktiengesellschaft wird in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als auftragsähnlicher Innominatkontrakt bezeichnet (*Böckli*, a.a.O., §13 N. 88; *Forstmoser et al.*, a.a.O., § 28 N. 5; BGE 125 III 78, 81). Gleiches gilt für das Rechtsverhältnis zwischen dem Revisor und der Aktiengesellschaft (*Watter*, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR II, 2. A., Basel 2002, Art. 727 OR N. 9; vgl. auch *Abolfathian*, Das

Verhältnis von Revisionsstelle und Revisor zur Aktiengesellschaft, Bern 1992, S. 5.). Sowohl die Rechtsnatur des privatrechtlichen Verhältnisses als auch die gesetzlich vorgesehene Organstellung sind somit vergleichbar. Für die Revisoren sieht das Gesetz aber zusätzlich vor, dass sie weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch Arbeiten für diese ausführen dürfen, welche mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind (Art. 727c Abs. 1 OR). Wenn ein Aktionär oder Gläubiger dies verlangt, müssen die Revisoren zudem auch von Gesellschaften, die dem gleichen Konzern angehören, unabhängig sein (Art. 727c Abs. 2 OR). Diese Unabhängigkeit verunmöglicht eine Berufung auf das Konkursprivileg von Art. 219 Abs. 4 erste Klasse lit. a SchKG, welches übrigens nur für die in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstandenen Forderungen der Arbeitnehmer gilt. Andere Konkursprivilegien kommen für das Organ einer Aktiengesellschaft in diesem Kontext nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ohnehin nicht in Frage.

Ob hier von Seiten des Gesetzgebers Regelungsbedarf besteht oder ob die Revisionsstellen sich gegen das geschilderte Risiko von Verlusten auf ihren Honorarforderungen durch Anpassung ihrer Ansätze oder andere Vorkehren absichern können oder wollen, muss hier offen bleiben. So oder anders ist es nicht Aufgabe des Handelsgerichts, ohne gesetzliche Grundlage auf dem Wege der Rechtsprechung ein zusätzliches und zeitlich unbeschränktes Konkursprivileg einzuführen. Nichts Anderes täte das Gericht aber, wenn es die paulianische Anfechtung von Honoraren für die gesetzliche Revisionsstelle generell ausschliessen würde.

Anzufügen bleibt, dass das Gebot der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger für die Aktiengesellschaft zusätzlich im Aktienrecht verankert ist: Die Aktiengesellschaft ist im Falle der Überschuldung verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen und damit die Eröffnung des Konkurses auszulösen (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Wenn der Gesellschaft die Mittel zur Befriedigung aller fälligen Schuldverpflichtungen fehlen, dann besteht die Gefahr einer Überschuldung und der Be-

vorzugung gewisser Gläubiger, z.B. derjenigen, welche bereits die Betreuung eingeleitet haben. Dieser Gefahr wirkt die Pflicht zur Anzeige an den Konkursrichter entgegen (vgl. zum Ganzen *Stahelin*, a.a.O., Art. 288 N. 10; *Rebsamen*, a.a.O., Rz. 721 ff. mit Hinweis u.a. auf BGE 4C.117/1999; BGE 127 IV 110).

Nach den geltenden gesetzlichen Regelungen, welche hier anzuwenden sind, ist es einer Aktiengesellschaft, welche sich in argen finanziellen Schwierigkeiten befindet, somit verwehrt, einzelne Dienstleistungserbringer zu bevorzugen.

3.3.5. Die Beklagte beschreibt auf den Substantiierungshinweis gemäss Verfügung des damaligen Instruktionsrichters vom 15. März 2004 [...] hin Art und Natur der von ihr erbrachten Leistungen im Hinblick auf die nun angefochtenen Zahlungen wie folgt:

– Rechnung 249922 (CHF 239'618.40):

Die fakturierten Leistungen hätten ausschliesslich Prüfungshandlungen hinsichtlich der Jahresrechnung 2001 inkl. entsprechende steuerliche Abklärungen betroffen. Neben den eigentlichen Revisionsarbeiten habe die Beklagte die Koordination mit den Prüfern der Auslandsgesellschaften zu überprüfen und sicherzustellen gehabt. Des Weiteren seien im Hinblick auf den zu erstellenden konsolidierten Abschluss und die dazu notwendig gewordene Überleitung auf die «International Accounting Standards» die entsprechenden Steuerrückstellungen überprüft sowie von Y. ein «group tax memorandum» erstellt worden.

– Rechnungen Nr. 248720 (CHF 159786.–) und Nr. 248716 (CHF 47'085.–):

Die fakturierten Leistungen hätten ausschliesslich die umfassenden Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Abschlussrevision 2000 betroffen. Dabei seien neben üblichen organisatorischen Arbeiten wie Erstellen der Zeitpläne, Bestimmung der Aufgabengebiete, Koordinationen mit den Tochtergesellschaften auch die Reporting-Packages und Prüfungstools erstellt worden. Mit den Verantwortlichen der Klägerin im Bereich des Rechnungswesens seien diverse Gespräche geführt worden. Schliesslich sei der Klägerin geholfen worden, die Konsolidie-

rungsgrundlagen zu erstellen. Die Rechnung beinhalte unter dem Titel «Mithilfe bei der Erstellung der Konsolidierungspackages per 30. September 2000» Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erstellung des Zwischenabschlusses per 30. September 2000.

– Rechnung 247799 (CHF 17952.50):

Diese Rechnung sei von Z., einer Schwes-tergesellschaft der Beklagten und damit von einer von dieser rechtlich unabhängigen juristischen Person, ausgestellt worden. Gläubigerin und letztlich Begünstigte dieser Forderung sei damit nicht die Beklagte, sondern Z, welche diese Rechnung für steuerrechtliche Beratungen gestellt und den erwähnten Betrag schliesslich überwiesen bekommen habe. Bezüglich dieser Forderung sei die Klage auch wegen fehlender Passivlegitimation abzuweisen. Rein vorsorglich werde aber auch bezüglich dieser Rechnung darauf hingewiesen, dass auch die in dieser Rechnung aufgeführten Dienstleistungen für die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit und ihrer Sanierungsbemühungen notwendig gewesen seien.

– Rechnung 241241 (CHF 22575.–):

Im Hinblick auf den zu erstellenden konsolidierten Abschluss und den im Jahre 2000 noch geplanten IPO habe die Klägerin ihre Rechnungslegung auf die «International Accounting Standards» (IAS) umstellen müssen. Sie sei dabei durch die Beklagte unterstützt worden. Wie zudem in Revisionsmandaten üblich, hätten auch vorliegend steuerliche Risikoabklärungen vorgenommen werden müssen. Dabei hätten unter anderem Abklärungen bezüglich der Überleitung der Steuerzahlen von den ausländischen Gesellschaften in die Konzernrechnung im Vordergrund gestanden.

– Rechnung Nr. 241243 (CHF 102125.–):

Hier seien hauptsächlich die Revisionsarbeiten zum Zwischenabschluss per 30. Juni 2000 in Rechnung gestellt worden. Im Rahmen der konsolidierten Prüfungen der A-Gruppe seien den Tochtergesellschaften im In- und Ausland (USA, England, Spanien, Deutschland) jeweils vorgängig sog. «Reporting-Packages» zugestellt worden. Mittels dieser Dokumente hätten die Tochtergesellschaften zusätzliche Informationen hinsichtlich verschiedener Rechnungspositionen (Auf-

wände, Erträge, Steuern) geliefert, welche in der Folge durch die Beklagte für die Gruppenprüfung entsprechend ausgewertet worden seien. Während der Prüfungsarbeiten seien zudem etliche Sitzungen mit den je nach Themenkreisen verantwortlichen Personen der Klägerin durchgeführt worden.

Die Klägerin hat mittels der angefochtenen Zahlungen mithin die beklagtischen Leistungen als gesetzliche Revisionsstelle sowie steuerrechtliche Abklärungen der Z. abgegolten. Die sich aufgrund der Rechnungstexte stellende Frage, inwieweit die Beklagte auch als eigentliche Beraterin der Klägerin tätig war, kann aus den nachfolgenden Erwägungen unbeantwortet bleiben. Aus den Dienstleistungen der gesetzlichen Revisionsstelle (oder aus jenen von Beratern, von Sanierern oder Steuerberatern) erwächst dem Auftraggeber kein im Konkurs verwertbarer Vermögenswert, so dass die objektive Schädigung der Gläubiger durch die Bezahlung dieser Dienstleistungen im Lichte obiger Erwägungen – und entgegen der beklagtischen Ansicht – zu bejahen ist. Sodann werden die Forderungen für Dienstleistungen der genannten Art auch nicht von den Konkursprivilegien des Art. 219 SchKG erfasst. Andere Ausnahmen von der Gleichbehandlung der Gläubiger existieren aber nicht und sind wie dargelegt – und entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht auf dem Wege der Rechtsprechung einzuführen. Dementsprechend ist die objektive Schädigung der Gläubiger durch die klägerischen Zahlungen im Gesamtbetrag von CHF 589'141.90 an die Beklagte gestützt auf die erwähnten Rechnungen zu bejahen.»

[3.4. Die Schädigungsabsicht des Schuldners wurde in den nachfolgenden Erwägungen aufgrund einer Gewichtung der Tatsachenbehauptungen und Indizien zur finanziellen Situation der Klägerin im Zeitpunkt der Zahlungen, zu Sanierungsbestrebungen und -aussichten, zum Vergleich der Rechnungs- und Zahlungsdaten, zu Zahlungen an andere Gläubiger, zur Betriebsnotwendigkeit der Dienstleistungen sowie zur Genehmigung der Zahlungen durch den externen Sanierungsausschuss bejaht.

3.5. Die Erkennbarkeit der Schädigungs-

absicht beim begünstigten Gläubiger wurde aufgrund der Gewichtung der im wesentlichen gleichen Faktoren bejaht].

Beschluss und Urteil des Handelsgerichts vom 13. Juni 2005
(Mitgeteilt von Dr. Franziska Grob)
(Gegen den Entscheid ist Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und Berufung an das Bundesgericht erhoben worden)

79.

§§ 281 ff. ZPO, §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO. Entschädigung für eine spontan (oder freiwillig) eingereichte Eingabe der beschwerdegegnerischen Partei betreffend Nicht-Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde.

Die beschwerdegegnerische Partei, die gleichzeitig mit dem Kassationsgericht von der Nichtigkeitsbeschwerde erfährt, kann ein legitimes Interesse an einer spontanen Stellungnahme zu einem in der Nichtigkeitsbeschwerde gestellten Gesuch um aufschiebende Wirkung haben, was im Einzelfall zu prüfen ist. Ist ein solches legitimes Interesse gegeben, ist der Aufwand für eine solche spontane Eingabe als durch das Beschwerdeverfahren verursacht zu entschädigen, wenn die Beschwerde (allenfalls in Anwendung von § 289 ZPO ohne Einholung einer Beschwerdeantwort) abgewiesen wird oder nicht darauf eingetreten werden kann und deshalb die Kosten der Beschwerde führenden Partei auferlegt werden (E. 6).

Sachverhalt/Prozessgeschichte:

Mit Beschluss vom 17. Mai 2005 hob die I. Zivilkammer des Obergerichts in teilweiser

Gutheissung des Rekurses der Klägerin (u.a.) Disp. Ziff. 8 und 9 der einzelrichterlichen Verfügung auf und verpflichtete den Beklagten neu, der Klägerin für die Tochter S. ab 1. April 2003 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1500.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) und der Klägerin persönlich Fr. 4130.– von 1. April 2003 bis 28. Februar 2005 bzw. Fr. 4865.– von 1. März 2005 bis 30. Juni 2005 bzw. Fr. 3610.– ab 1. Juli 2005 zu bezahlen. Entsprechend der Neuregelung wies die Rekursinstanz die Z. AG mit sofortiger Wirkung an, monatlich vom Lohnguthaben des Beklagten Fr. 6365.– und ab 1. Juli 2005 Fr. 5110.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen auf das Konto der Klägerin bei der ZKB einzubezahlen.

Mit Eingabe vom 31. Mai 2005 und damit während der laufenden 30-tägigen Frist nach § 287 ZPO erhob der Beklagte (Beschwerdeführer) gegen den Rekursentscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Hauptantrag auf Aufhebung der obergerichtlichen Neuregelung der Unterhaltsbeiträge. Weiter ersuchte er (u.a.) um Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

Am 2. Juni 2005 überbrachte die Klägerin (Beschwerdegegnerin) bzw. deren Rechtsvertreter dem Kassationsgericht eine Eingabe, in welcher er sich auf die vom Beschwerdeführer eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde bezog und den «Gegenantrag» stellte, es sei der Antrag des Beschwerdeführers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

Mit Verfügung vom 6. Juni 2005 wies der Vizepräsident des Kassationsgerichts das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung insbesondere unter Hinweis auf die fehlenden Erfolgchancen der Nichtigkeitsbeschwerde ab. Dieser präsidiale Entscheid blieb unangefochten, und der Beschwerdeführer verzichtete auch darauf, die Nichtigkeitsbeschwerde innert der laufenden Frist zu ergänzen und/oder zu verbessern.

Das Kassationsgericht hat in der Folge nach § 289 ZPO von der Einholung einer Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin und einer Vernehmlassung der Vorinstanz abgesehen. Mit Beschluss vom 5. September 2005 wies das Kassationsgericht die Be-