

Zahlungen im Vorfeld der Insolvenz – oder:

Wie sichert der Dienstleister seinen Honoraranspruch?

Die gegenwärtigen weltwirtschaftlichen Entwicklungen werden zahlreiche Unternehmungen dazu zwingen, Insolvenz anzumelden. Vor diesem Hintergrund lohnt es, einen Blick auf die Risiken zu werfen, welche der Konkurs oder der Nachlass einer Gesellschaft für die Geschäftspartner birgt, welche in der Zeit davor Zahlungen oder Vermögenswerte von der Konkursitin erhalten haben.

Wenngleich nicht allgemein bekannt, so ist es doch eine Tatsache, dass mancher Gläubiger, dessen Forderung von der Schuldnerin in der Zeit vor deren Insolvenzanmeldung befriedigt worden ist, im «Worst Case» gerichtlich dazu verpflichtet werden kann, erhaltene Zahlungen wieder zurückzuerstatten.

Nachfolgende Darstellung soll die Hintergründe und Ursachen dieser Problematik erläutern und Aufschluss geben über mögliche Massnahmen, diesem Risiko wirksam zu begegnen.

1. Hintergründe

Das schweizerische Insolvenzrecht wird massgeblich von der Maxime der Gleichbehandlung der Gläubiger geprägt. Im Insolvenzfall sollen die verbleibenden Vermögenswerte (die «Masse») gleichmässig unter den Gläubigern verteilt werden. Lediglich einzelne Gläubiger, wie beispielsweise Gläubiger mit pfandgesicherten Forderungen, Arbeitnehmer oder unterhaltsberechtigter Familienmitglieder werden – entsprechend den gesetzlichen Vorgaben von Art. 219 SchKG (BUNDESGESETZ ÜBER SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS VOM 11. APRIL 1889) – privilegiert behandelt. Die übrigen Gläubiger sollen untereinander weder Begünstigung noch Benachteiligung erfahren. Um diese Gleichbehandlung zu gewährleisten, darf das Vollstreckungssubstrat (die Masse) nicht durch die vollständige oder teilweise Vorab-Befriedigung ein-



Karin Eisenring
lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 258 11 00
karin.eisenring@bratschi-law.ch



Shirin Yasargil
lic. iur.
Telefon +41 58 258 10 00
shirin.yasargil@bratschi-law.ch

zelner Gläubiger vermindert werden. Vielmehr sollen die zuständigen Behörden für die gleiche, anteilige Befriedigung aller Gläubiger besorgt sein.

Zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung hat der schweizerische Gesetzgeber das Institut der paulianischen Anfechtungsklage («Pauliana») geschaffen. Dieser Rechtsbehelf ermöglicht es, Zahlungen an einzelne Gläubiger, welche während einer gesetzlich vorgegebenen Zeitspanne vor der Insolvenz getätigt worden waren, zugunsten der Masse zurückzuführen.

2. Die Paulianische Anfechtungsklage

Das schweizerische Insolvenzrecht kennt drei paulianische Tatbestände:

Die *Schenkungs-pauliana* (Art. 286 SchKG) ermöglicht die Anfechtung von Zuwendungen, welche die konkursite Gesellschaft innerhalb eines Jahres (Verdachtsfrist) vor Eröffnung des Konkurses oder Nachlassverfahrens veranlasste und welche entweder in Form einer Schenkung (unentgeltlich) oder aber in einem klaren Missverhältnis zur Gegenleistung erfolgten.

Die *Überschuldungs-pauliana* (Art. 287 SchKG) ermöglicht die Rückforderung, wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses oder Nachlassverfahrens Sicherheiten geleistet oder Schulden durch nicht übliche Mittel gedeckt oder nicht fällige Schulden beglichen worden sind.

Die *Absichtspauliana* (Art. 288 SchKG) umfasst zuletzt jene Rechtshandlungen, welche ausserhalb der einjährigen Verdachtsfrist der beiden anderen paulianischen Anfechtungstatbestände liegen. Sie soll in den Fällen dienlich sein, in denen innert 5 Jahren vor Eröffnung des Konkurses oder Nachlassverfahrens Zahlungen getätigt worden sind, die eine Absicht der Gläubigerbenachteiligung erkennen lassen.

In der neueren Rechtsprechung ist eine zunehmende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Absichtspauliana feststellbar. Insbesondere im Zusammenhang mit dem «Swissair-Nachlass» sprachen sich die Gerichte wiederholt für die Rückerstattung von Dienstleistungshonoraren zugunsten der Masse aus (VGL. INSBESONDERE UND AUSFÜHRLICH: BGE 134 III 452 FF. VOM 29. MAI 2008, SODANN 135 III 265 FF. VOM 4. SEPTEMBER 2008).

Voraussetzung für die Absichtspauliana ist zunächst, dass die Schuldnerin (spätere Konkursitin) eine Rechtshandlung gegenüber einem Gläubiger mit der Absicht vorgenommen hat, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Die schweizerische Rechtsprechung geht auch von Absicht aus, wenn die Schuldnerin eine solche Schädigung nicht direkt angestrebt, aber doch zumindest in Kauf genommen hat. Die Absicht wird häufig bejaht, weil die Schuldnerin um ihre eigene finanzielle Lage und eine drohende Insolvenz wissen müsste.

Weiter ist entscheidend, dass der betreffende Gläubiger die Schädigung der andern Gläubiger erkennen konnte und musste: Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der betreffende Gläubiger die Kennzahlen der Gesellschaft aufgrund seiner Funktion als Buchhalter, Revisionsstelle oder Finanzberater kannte und die Gläubigerschädigung infolge der an ihn selber geleisteten Zahlungen für ihn evident war.

3. Die besondere Problematik von Dienstleistungshonoraren

Der Absichtspauliana wird die Anwendung versagt, wenn der Gläubiger, der eine Zahlung bezogen hat, nachweisen kann, dass er der Schuldnerin dafür – Zug um Zug – eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Dieses Kriterium der Gleichwertigkeit ist von entscheidendem Nachteil für die Position von Dienstleistern bzw. deren Honorare. Die schweizerischen Gerichte sprechen sich nämlich in konstanter Praxis dafür aus, dass eine gleichwertige Leistung nur vorliegt, wenn diese im Konkurs verwertbar ist, d.h. wenn es sich um verwertbare Aktiven wie namentlich Waren handelt. «Ware gegen Geld» ist demnach grundsätzlich ein unanfechtbarer Leistungsaustausch. Handelt es sich hingegen um «Dienstleistung gegen Geld», so sind die Gerichte

der Ansicht, dass solche Zahlungen die Masse tatsächlich verringert haben, weil die Dienstleistung als solche nicht verwertbar ist. Sie sprechen damit einer Dienstleistung die «Gleichwertigkeit» mit der Honorarzahlgung grundsätzlich ab.

In der Tat kann ein Dienstleister somit verpflichtet werden, sein Honorar zurückzuerstatten. Er hat dann nur noch die Möglichkeit, seine Forderung im Insolvenzverfahren einzugeben; ein schwacher Trost, ist doch die Dividende zumeist, wenn überhaupt, nur noch ein Bruchteil der rechtmässigen ursprünglichen Forderung.

4. Neuere Entwicklungen der Rechtsprechung: die Revisionsstelle als Ausnahmefall

Die oben angesprochene Problematik für Dienstleistungserbringer stellte bis vor Kurzem insbesondere für die Revisionsstellen ein Dilemma dar. Die Revisionsstelle ist nämlich von Gesetzes wegen zu gewissen Handlungen gegenüber der Gesellschaft verpflichtet –, im Gegensatz zu anderen Dienstleistungserbringern steht ihr die Wahl nicht zu, einen bestimmten Service nicht zu erbringen. Nach langjähriger Gerichtspraxis, welche die Revisionsstelle gleich behandelte wie alle übrigen Dienstleister, hat das Bundesgericht in einem Entscheid von 2008 (BGE 134 III 615 FF. VOM 16. APRIL 2008) erstmals dieser besonderen Problematik Rechnung getragen. So hat das Bundesgericht festgestellt, dass bei Honoraren, die der Revisionsstelle für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten zuteil werden, keine Schädigungsabsicht seitens der Gesellschaft bestehe. Vielmehr erfülle die Gesellschaft ebenfalls lediglich eine ihr von Gesetzes wegen zukommende Pflicht. Dieser Entscheid dürfte für die Position der Revisionsstelle richtungsweisend sein und Befürchtungen eines Rückerstattungsrisikos weitgehend beseitigen.

5. Leistung auf Vorschussbasis

Für alle anderen Dienstleistungserbringer jedoch bleibt die in diesem Artikel dargestellte Problematik unverändert bestehen. Gerade beispielsweise für Finanzberater oder Marketingstrategen, die einer Unternehmung in wirtschaftlichen Engpässen ihr Know-how im Hinblick auf eine Sanierung oder

Neupositionierung zur Verfügung stellen sollen, stellt diese Tatsache geradezu ein dramatisches Risiko dar. Manchem Dienstleister mag das Risiko, dass er sein Honorar nicht erhält, wenn die Sanierung scheitert, zu hoch erscheinen. Und konsequenterweise dürfte es für Unternehmungen zunehmend schwierig werden, Dienstleister zu finden, welche gewillt sind, unter dieser Prämisse gegebenenfalls dringend angezeigte Rettungsversuche zu unternehmen.

Den Dienstleistern ist deshalb zu empfehlen, im Zweifel zumindest teilweise auf Vorschussbasis zu arbeiten und jeweils im Umfang ihrer Forderung Verrechnung gegenüber der Gesellschaft zu erklären.

Der Dienstleister, der auf Vorschussbasis arbeitet, ist nämlich in einer anderen Position als die übrigen Gläubiger. Die spätere Konkursitin hat eine Forderung gegen ihn auf Rückerstattung des von ihr bezahlten Vorschusses. Der Dienstleister kann seinen erarbeiteten Honoraranspruch mit dieser Forderung verrechnen. Die Vorschusszahlung als solche stellt noch keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Gläubigern dar, und auch die daraufhin erklärte Verrechnung ist insolvenzrechtlich zulässig (Art. 213 SchKG). Die Voraussetzungen für eine paulianische Anfechtung sind deshalb in diesem Falle nicht erfüllt. Die Absicherung über den Kostenvorschuss betrifft alle Dienstleister, von A wie Anwalt bis U wie Unternehmensberater.

Bratschi Wiederkehr & Buob in Kürze

Bratschi Wiederkehr & Buob, eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 60 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht, aber auch im Medien- und Kommunikationsrecht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Zürich Bahnhofstrasse 46/106, Postfach 1130, CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 10 00, Fax +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi-law.ch

Basel Gerbergasse 14, CH-4001 Basel
Telefon +41 58 258 19 00, Fax +41 58 258 19 99
basel@bratschi-law.ch

Bern Bollwerk 15, Postfach 5576, CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00, Fax +41 58 258 16 99
bern@bratschi-law.ch

Zug Unter Altstadt 28, CH-6300 Zug
Telefon +41 58 258 18 00, Fax +41 58 258 18 99
zug@bratschi-law.ch

St.Gallen Vadianstrasse 44, Postfach 262, CH-9001 St.Gallen
Telefon +41 58 258 14 00, Fax +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi-law.ch

www.bratschi-law.ch

© Bratschi Wiederkehr & Buob, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet