

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 288

Bern, 29. September 2017

Besetzung

Oberrichterrinnen Apolloni Meier (Referentin) und Grütter, Ober-
richter Hurni sowie Gerichtsschreiber Knüsel

Verfahrensbeteiligte

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Klägerin/Berufungsklägerin

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Beklagter 1/Berufungsbeklagter

E. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Beklagte 2/Berufungsbeklagte

Gegenstand

Paulianische Anfechtungsansprüche gem. Art. 288 SchKG

Berufung/Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts
Oberland vom 12. Mai 2017 (CIV 16 103)



Regeste:

Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG), Schädigungsabsicht: Lässt der Schuldner gesetzlich vorgesehene Massnahmen im Hinblick auf einen bevorstehenden Konkurs ausführen - und bezahlt entsprechende Honorare - handelt er nicht mit der Absicht, seine Gläubiger zu schädigen, wenn er mangels Sachkenntnis auf fachmännische Hilfe angewiesen ist und die Tätigkeit nur gegen Entgelt erhältlich ist (*im konkreten Fall* Erstellen einer Zwischenbilanz, Ausarbeiten der Ueberschuldungsanzeige und Benachrichtigung des Richters, Art. 820 i.V.m. Art. 725 OR; Erw. 14 - 24).

Erwägungen:

I.

1. Gegenstand des vorliegenden Streites bilden Anfechtungsansprüche (Art. 288 SchKG) der Konkursmasse der F. _____ GmbH (Gemeinschuldnerin) in Liquidation, welche sich die Klägerin im Sinne von Art. 260 SchKG hat abtreten lassen (Beklagter 1 und 2). Vor erster Instanz hatte die Klägerin zusätzlich einen weiteren Streitgenossen (ehemals Beklagter 3) ins Recht gefasst. Diese (abgewiesenen) Verantwortlichkeitsansprüche werden oberinstanzlich nicht weiterverfolgt.
2. Die Gemeinschuldnerin wurde am 25. August 2011 gegründet und bezweckte die Führung von Gastgewerbebetrieben sowie den Handel mit Esswaren aller Art. Der (ehemalige) Beklagte 3 war einziger Gesellschafter und Geschäftsführer des Betriebes mit Einzelunterschrift (KAB 4). Die Gemeinschuldnerin stellte ihre betriebliche Tätigkeit per Ende September 2013 ein.

Aufgrund der bestehenden Ueberschuldung, wandte sich die Gemeinschuldnerin an den Beklagten 1 und mandatierte diesen am 24. Mai 2014 (KAB 5). Es ist vor oberer Instanz nicht mehr bestritten (vgl. p 341), dass sich der Beklagte 1 im Wesentlichen um die Deponierung der Bilanz sowie um gewisse Rechtsabklärungen im Zusammenhang mit einer allfälligen Privilegierung von Mehrwertsteuerforderungen kümmerte. Für den voraussichtlich anfallenden Beratungsaufwand stellte der Beklagte Rechnung für Fr. 2'160.-- (KAB 6). Da mit der Benachrichtigung des Richters regelmässig ein geprüfter Abschluss einzureichen ist - ein solcher aber nicht vorlag - gelangte die Gemeinschuldnerin sodann an die Beklagte 2 und ersuchte um rasche Erstellung eines korrekten Jahresabschlusses. Die entsprechenden Dienstleistungen, namentlich das Erstellen der Bilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, die Auflistung der schuldnerischen Verbindlichkeiten, die Vornahme der Korrekturbuchungen sowie diverse Kontakte und Besprechungen mit den Gläubigern sind vor obe-

rer Instanz ebenfalls nicht mehr bestritten (vgl. p 341). Für diese Arbeiten verrechnete die Beklagte 2 Fr. 5'400.-- (KAB 7).

Am 30. April 2014 benachrichtigte die Gemeinschuldnerin (anwaltlich vertreten durch den Beklagten 1) wegen Ueberschuldung den Richter. Daraufhin wurde über die Gemeinschuldnerin mit Entscheid vom 12. Mai 2014 der Konkurs eröffnet und das Konkursverfahren mangels Aktiven zehn Tage später wieder eingestellt.

Am 3. April 2014 - d.h. kurz vor Konkurseröffnung - löste der ehemals Beklagte 3 mehrere Zahlungen aus (KB 8). Begünstigt waren im Umfang von Fr. 2'160.-- der Beklagte 1, im Umfang von Fr. 5'400.-- die Beklagte 2 und schliesslich im Umfang von Fr. 9'460.-- die Eidgenössische Steuerverwaltung.

3. Diese Ueberweisungen sind der Klägerin ein Dorn im Auge. Ihrer Ansicht nach hat die Gemeinschuldnerin damit kurz vor der Konkurseröffnung eigenmächtig und unzulässigerweise ihre letzten Aktiven unter den Gläubigern verteilt. Auf Veranlassung der Klägerin wurde am 4. Juli 2014 erneut der Konkurs eröffnet und sie liess sich allfällige Verantwortlichkeits- und Anfechtungsansprüche der Masse gemäss Art. 260 SchKG abtreten.

Im Konkurs wurde die Klägerin mit einer Forderung von Fr. 43'960.-- kolloziert. Der Beklagte 1 wurde seinerseits mit einer Forderung von Fr. 2'083.85 und die Beklagte 2 mit einer Forderung von Fr. 3'726.-- zugelassen.

4. Soweit hier noch von Interesse, belangte die Klägerin die Beklagten 1 und 2 am 14. Januar 2016 beim Regionalgericht Oberland auf Zahlung von Fr. 2'160.-- zzgl. Zins (RB 1), bzw. Fr. 5'400.-- zzgl. Zins (RB 2).

In ihrer Klageantwort vom 25. April 2016 schlossen die Beklagten auf vollumfängliche Klageabweisung.

Am 19. Oktober 2016 fand die Verhandlung im vereinfachten Verfahren statt. Mit rechtskräftigem Zwischenentscheid gleichen Datums bejahte der Vorrichter die Prozessführungsbefugnis der Klägerin (p 125, 151 f). In der Sache bestätigten die Parteien ihre Begehren. Am 10. März 2017 reichten sie ihre schriftlichen Schlussvorträge und danach Replik und Duplik ein.

5. Mit Entscheid vom 12. Mai 2017 wies der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts Oberland die Klage ab (Ziff. 1) und regelte die Kostenfolgen (Ziff. 2 und 3).
6. Dagegen erhob die A. _____ AG am 12. Juni 2017 beschränkt auf die Anfechtungsansprüche Berufung (eventualiter Beschwerde) und verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. die Verurteilung des Beklag-

ten 1 zur Zahlung von Fr. 2'160.-- zzgl. Zins sowie die Verurteilung der Beklagten 2 zur Zahlung von Fr. 5'400.-- zzgl. Zins.

Die Beklagten schlossen am 25. August 2017 auf Klageabweisung, soweit darauf einzutreten sei. Sie sind der Ansicht, der Streitwert für die Berufung sei nicht erreicht, weshalb das Rechtsmittel als Beschwerde an die Hand zu nehmen sei. Im Uebrigen gehen sie davon aus, dass der angefochtene Entscheid nicht rechtsfehlerhaft ist.

Mit Verfügung vom 28. August 2017 wurde der Klägerin das rechtliche Gehör gewährt. Es erfolgte keine Reaktion.

Es wird im schriftlichen Verfahren aufgrund der Akten entschieden.

7. Zufolge Beschränkung des Verfahrens auf die Anfechtungsansprüche gegenüber den Beklagten 1 und 2 (Art. 288 SchKG) ist das angefochtene Urteil soweit den Beklagten 3 betreffend in Rechtskraft erwachsen.
8. Gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt.

Die Frage, ob für die Berechnung des Streitwertes bei objektiver Klagehäufung auch im Rechtsmittelverfahren ein Zusammenrechnen stattfindet, wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Gewisse Autoren sprechen sich für ein Zusammenrechnen ohne weitere Voraussetzungen aus (KUNZ/HOFFMANN-NOWOTNY/STAUBER, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, N 58 zu Art. 308 ZPO). Andere wiederum rechnen in zweiter Instanz nicht mehr streitige Begehren nur dann zum Streitwert hinzu, wenn sie mit den vor der Rechtsmittelinstanz tatsächlich noch streitigen Begehren zusammenhängen (sog. Konnexität; REETZ/THEILER, Schulthess-Kommentar ZPO, N 41 zu Art. 308 ZPO).

Das Bundesgericht hat diese Streitfrage zwar für das Bundesgerichtsgesetz (BGG) entschieden und sich für Konnexität ausgesprochen (BGE 134 III 237 E 1.2). Was für die ZPO gilt, harrt allerdings einer höchstrichterlichen Klärung.

Sodann mag fraglich sein, ob zwischen den (fallen gelassenen) Verantwortlichkeitsansprüchen und den (noch streitigen) Anfechtungsansprüchen überhaupt Konnexität besteht, die eine Zusammenrechnung rechtfertigt.

9. Eine abschliessende Klärung dieser Streitfragen kann hier jedoch unterbleiben.

Die Art der von den Beklagten erbrachten Leistungen ist (anders als noch im erstinstanzlichen Verfahren) vor der Rechtsmittelinstanz nicht mehr umstritten. Die entsprechenden vorrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen sind von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen worden, sondern werden in der Berufung anerkannt (p 341).

Streitig sind deshalb nur noch Rechtsfragen, namentlich ob die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat, indem sie die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit verneinte.

Die Rechtsanwendung ist jedoch bei der Beschwerde - genau gleich wie bei der Berufung (Art. 310 Bst. a ZPO) - voll überprüfbar (Art. 320 Bst. a ZPO). Insofern kann die Beschwerde als "*kleine Berufung*" bezeichnet werden (GASER/RICKLI, Kurzkommentar ZPO, N 1 zu Art. 320 ZPO).

Die Kammer hat deshalb - einerlei ob Berufung oder Beschwerde - die Rügen der Klägerin im Rechtsmittelverfahren umfassend zu prüfen.

Auf die form- und fristgerechte Berufung/Beschwerde ist einzutreten.

II.

10. In Bezug auf den Beklagten 1 und 2 untersuchte der Vorrichter, ob die Voraussetzungen der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG erfüllt sind.

Der Vorrichter bejahte zunächst das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerschädigung. Er erwog, bei beiden fraglichen Zahlungen habe es sich um die Tilgung einer Forderung für (zumindest) teilweise bereits erfolgte Aufwendungen gehandelt. Die Zahlungen seien vom letzten Aktivum der Gemeinschuldnerin (Bankkontoguthaben) getätigt worden. Rein objektiv betrachtet liege damit eine Gläubigerschädigung vor.

11. Demgegenüber verneinte der Vorrichter eine Schädigungsabsicht der Gemeinschuldnerin. Er führte - mit Verweis auf BGE 134 III 615 E 5.2 f - aus, an dieser Absicht fehle es, wenn der Schuldner beispielsweise Zahlungen an eine Revisionsstelle leiste für Arbeiten, die diese gemäss dem gesetzlichen Auftrag zu erfüllen habe. Denn wenn der Schuldner die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen vornehmen lasse und die Entrichtung der entsprechenden Honorare garantiere oder diese nach Vornahme der Massnahme bezahle, handle er weder in der Absicht, seinem Gläubiger zu schaden, noch nehme er den Schaden als mögliche objektive Folge seine Handlung hin. Vielmehr lasse er eine vom Gesetz vorgeschriebene Aufgabe ausführen, die im Interesse aller Gläubiger liege.

Er kam sodann in Bezug auf die Zahlung an den Beklagten 1 zum Schluss, mit der Benachrichtigung des Richters nach Massgabe von Art. 820 Abs. 1 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR habe die Gemeinschuldnerin in Kenntnis ihrer finanziellen Lage eine gesetzlich vorgeschriebene Massnahme erfüllt. Hierfür habe sie zu Recht die Dienste des auf Insolvenzrecht spezialisierten Beklagten 1 in Anspruch genommen. Dieser habe sich um die Hinterlegung der Bilanz gekümmert sowie gewisse Rechtsabklärungen im Zusammenhang mit einer allfälligen Privilegierung der Mehrwertsteuer vorgenommen. Die Aufwendungen seien weder unnütz gewesen, noch hätte im Interesse der Gläubiger auf die entsprechenden Dienstleistungen verzichtet werden müssen.

In Bezug auf die Beklagte 2 führte der Vorrichter aus, ihre Dienstleistung habe darin bestanden, nach buchhalterischen Rechnungslegungs- und Bewertungsgrundsätzen die Zwischenbilanz zu erstellen und auf eine Ueberschuldung hin zu überprüfen. Das Gesetz sehe zwingend eine unabhängige externe Ueber-

prüfung der Zwischenbilanz durch einen zugelassenen Revisor vor. Indem die Gemeinschuldnerin die Beklagte 2 mit diesen Aufgaben betraut habe, sei sie einer gesetzlich vorgeschriebenen Massnahme nachgekommen. Sie habe deshalb nicht mit dem Ziel gehandelt die Gläubiger zu schädigen.

Mangels Vorliegen der Schädigungsabsicht verzichtete die Vorinstanz auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Absichtspauliana sowie der gegenseitig erhobenen Verrechnungseinreden.

12. Dem hält die Klägerin entgegen, die Vorinstanz habe zwar zu Recht eine Gläubigerschädigung bejaht, hingegen mit unzutreffender Begründung die Schädigungsabsicht verneint.

Sie trägt vor, die vom Vorrichter zitierte höchstrichterliche Praxis sei auf Sanierungsfälle zugeschnitten. Eine Schädigungsabsicht im Zusammenhang mit der Bezahlung von Berater- oder Expertenonoraren ent falle allenfalls dann, wenn der Schuldner aus seiner damaligen Perspektive mit einer günstigen finanziellen Entwicklung gerechnet habe. Damit sei der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Weder im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch im Zeitpunkt der Zahlung habe für die Schuldnerin Aussicht auf Sanierung bestanden. Vielmehr sei klar gewesen, dass die Konkurseröffnung unmittelbar bevorstehe, d.h. eine finanzielle Erholung ausser Reichweite liege. Demzufolge müsse der Gemeinschuldnerin klar gewesen sein, dass die Tilgung von Forderungen für bereits erbrachte Dienstleistungen die entsprechenden Gläubiger bevorteile. Die Verneinung einer Schädigungsabsicht in solchen Fällen führe faktisch zur Schaffung einer neuen Klasse privilegierter Gläubiger.

Die Schädigungsabsicht (mindestens deren Eventualvariante) ergebe sich ferner aus dem Wissenstand der Gemeinschuldnerin: Der Beklagte 3 habe eingeräumt, gewusst zu haben, dass Forderungen der Mehrwertsteuer sowie der Gastro Social Pensionskasse privilegiert seien. Somit habe er auch gewusst, dass die Forderungen der Beklagten 1 und 2 nicht unter ein Privileg fallen würden.

Im Uebrigen hätten beide Beklagten die desolate Lage der Gesellschaft gekannt. Die Schädigung der Gläubiger sei daher für die Zahlungsempfänger erkennbar gewesen.

Schliesslich bestreitet die Klägerin die von den Beklagten erhobenen - vom Vorrichter aber nicht beurteilten - Verrechnungseinreden.

13. Nach Ansicht der Beklagten hat die Vorinstanz zu Recht die Schädigungsabsicht verneint. Auch sonst verweisen sie auf die zutreffenden vorrichterlichen Erwägungen.

III. Würdigung durch die Kammer

14. Gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre von der Pfändung oder Konkursöffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (Absichtsanfechtung).

Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) bezieht sich im Gegensatz zur Schenkungsanfechtung nicht auf besondere, gesetzlich umschriebene Rechtshandlungen, sondern auf sämtliche die Exekutionsrechte der Gläubiger schädigenden Geschäfte des Schuldners. Erforderlich ist immer eine objektive Schädigung der Gläubiger durch die Beeinträchtigung ihrer Exekutionsrechte, so dass das auf ihre Forderungen entfallende Betreffnis geschmälert wird. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vornimmt, seine Gläubiger zu "*benachteiligen*", d.h. zu schädigen, und dass diese Absicht für den Begünstigten erkennbar ist. Im Gegensatz zu Art. 286 SchKG, wo die objektiven Voraussetzungen im Vordergrund stehen, haben bei der Deliktspauliana die subjektiven Momente der Absicht des Schuldners sowie deren Erkennbarkeit entscheidendes Gewicht (dazu STAEHELIN, Basler Kommentar zum SchKG, N 3 zu Art. 288 SchKG).

15. Unter Absicht ist vorsätzliches Handeln oder Unterlassen zu verstehen, wobei Eventualdolus - nicht aber bewusste Fahrlässigkeit - genügt. Absicht ist im Uebrigen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur dann anzunehmen, wenn die Schädigung bzw. Begünstigung geradezu der Zweck des Anfechtungsgeschäfts bildete, sondern schon dann, wenn dieser Erfolg als die natürliche Konsequenz bzw. als eine mögliche Folge der Rechtshandlung vom Schuldner vorausgesehen werden konnte (BGE 134 III 452, 456; UMBACH-SPAHN/BOSSART, in HUNKELER [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, N 9 zu Art. 288 SchKG). Als innere Tatsache kann die Schädigungsabsicht entweder durch Parteiaussage oder durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten (Indizien) nachgewiesen werden.

Eine schlechte finanzielle Situation oder gar eine Ueberschuldung des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung ist in der Regel nicht erforderlich; diese Umstände erwecken oder verstärken jedoch den Verdacht auf eine Schädigungsabsicht und bilden daher beweismässig regelmässig ein Indiz für eine Schädigungsabsicht. Allerdings gilt es immer, die Gesamtheit der Umstände zu würdigen (STAEHELIN, a.a.O., N 15 und 22 zu Art. 288 SchKG).

16. Die Frage, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen die Begleichung von Beraterhonoraren oder anderweitigen Leistungen die Schädigungsabsicht ausschliesst, nimmt in der Lehre und Praxis breiten Raum ein. Sowohl Lehre als auch Praxis diskutieren allfällig mildere Anforderungen an die Schädigungsab-

sicht namentlich im Zusammenhang mit Sanierungsbemühungen d.h. unter der Prämisse, dass der Schuldner mit einer Besserung seiner finanziellen Lage rechnet (BGE 134 III 452 ff; 134 III 615 ff; UMBACH-SPAHN/BOSSART, a.a.O., N 11 ff zu Art. 288 SchKG, STAEHELIN, a.a.O., N 16 ff zu Art. 288 SchKG mit Verweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Praxis).

Dabei führt das Bundesgericht aus, die Anfechtungsklage habe nicht zum Zweck, alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich zu machen. Dem liegt der Gedanken zu Grunde, dass es erlaubt sein muss, dem Schuldner "*aus der Klemme* zu helfen", und demzufolge die Anfechtungsklage nicht verhindern will, dass einem bedrängten Schuldner beigegeben wird. Es liegt letztlich auch im Interesse der Gläubiger, dass Dritte dem Schuldner helfen, ohne dabei Gefahr zu laufen, bei Nutzlosigkeit ihrer Bemühungen das Entgelt für ihre Leistungen zurückzahlen zu müssen. In einem solchen Fall darf deshalb die Frage nach einer Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit nicht isoliert, bezogen auf die Rückzahlung, gestellt werden (BGE 134 III 452 E 5.2 und 5.3).

Im Entscheid BGE 134 III 615 (Pra 2009, 287) äusserte sich das Bundesgericht zur Tilgung von Dienstleistungen der Revisionsstelle aus den letzten Aktiven. Es verneinte eine absichtliche oder eventualvorsätzliche Schadenzufügung, u.a. mit dem Argument, die erbrachten Dienstleistungen der Revisionsstelle seien zum Teil gesetzlich vorgeschrieben gewesen. Denn - so das Bundesgericht weiter - wenn der Schuldner die gesetzlichen Massnahmen vornehmen lasse und die Entrichtung der entsprechenden Honorare garantiere oder diese nach Vollendung der Massnahme bezahle, handle er weder in der Absicht, seinen Gläubigern zu schaden noch nehme er den Schaden objektiv als mögliche Folge seiner Handlung hin, sondern lasse eine vom Gesetz vorgeschriebene Aufgabe ausführen, die im Interesse aller Gläubiger liege (E 5.2).

In beiden Entscheiden hat sich das Bundesgericht dafür ausgesprochen, dass selbst im Fall tatsächlich bestehender Ueberschuldung die erkennbare Schädigungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner geschäftsmässig angezeigte Rechtshandlungen vornimmt. Daraus kann geschlossen werden, dass bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht massgeblich auf den besonderen Entstehungsgrund der Zahlungsverpflichtung (d.h. Zielrichtung und Zweck, die der Schuldner mit seiner Rechtshandlung verfolgt) abgestellt werden darf.

17. Zwar trifft es zu, dass den referierten Bundesgerichtsentscheiden jeweils ein mehr oder weniger aussichtsreicher Sanierungsfall zu Grunde lag. Darum geht es hier nicht. Im vorliegenden Fall ist die Fragestellung eine andere: Durfte die Gemeinschuldnerin - obwohl erkennbar keine Sanierungsaussicht bestand - zwei Spezialisten vertraglich verpflichten, ihr bei der korrekten Erfüllung von gesetzlichen Vorgaben im Hinblick auf den bevorstehenden Konkurs beizustehen?

18. Nach Ansicht der Kammer lassen sich die Schlussfolgerungen der bundesgerichtlichen Praxis zur Schädigungsabsicht bei Sanierungsfällen auch auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen:

Die Gemeinschuldnerin - eine Kapitalgesellschaft - hatte die gesetzliche Pflicht, den Richter zu benachrichtigen (Art. 820 Abs. 1 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR). Beide Beklagten wurden im Zusammenhang mit diesen gesetzlich vorgesehenen Massnahmen (Erstellen einer Zwischenbilanz; Benachrichtigung des Richters) beauftragt. Die Massnahmen waren unaufschiebbar und mussten unabhängig von Sanierungsaussichten vorgenommen werden. Es leuchtet nicht ein, dass es in einem solchen Fall dem Schuldner verwehrt sein sollte, fachmännische Hilfe zur Bewältigung der Krisensituation beizuziehen, wenn ihm selbst die Fachkenntnis fehlt.

Der Beizug eines Spezialisten würde indes verunmöglicht, wenn der beigezogene Dritte nicht honoriert werden könnte, sondern um sein Entgelt fürchten müsste. Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann jedenfalls ausgeschlossen werden, dass entsprechende professionelle Hilfe unentgeltlich angefordert werden könnte.

19. So gesehen erweist sich das Honorar der zu Hilfe geholten Spezialisten nicht einfach als Entgelt für irgendwelche vertraglichen Leistungen, sondern steht in engem Zusammenhang mit der korrekten, geordneten Konkursabwicklung. Daran haben nicht nur sämtliche Gläubiger, sondern auch die Allgemeinheit ein Interesse:

Mit dem Konkursgrund der Ueberschuldung (Art. 192 SchKG) bezweckt der Gesetzgeber in erster Linie, die Gesellschaftsgläubiger zu schützen. Es soll vermieden werden, dass einzelne Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft vor den übrigen befriedigt und somit bevorzugt werden. Die Pflicht zur Ueberschuldungsanzeige schützt aber weitergehend auch das Publikum. Damit soll verhindert werden, dass die Gesellschaft neue Vertragsverhältnisse eingehen kann und dadurch Dritte zu Schaden kommen. Diese Gefahr zu bannen, ist ein öffentliches Anliegen (BRUNNER/BOLLER, Basler Kommentar zum SchKG, N 3 zu Art. 192 SchKG).

20. Es kann deshalb nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass die von den Beklagten bewerkstelligten Massnahmen im Interesse aller Gläubiger lagen. Mehr noch: sie dienten dem öffentlichen Zweck der geordneten Konkursabwicklung.

Der Beizug der beiden Beklagten erfolgte somit auf der Basis eines sachlich motivierten Zwecks und in Erfüllung einer gesetzlichen Weisung. Der Entscheidung, Hilfe beizuziehen, sollte namentlich gewährleisten, dass auch in Kon-

kursnähe die gesetzlichen Pflichten zum Schutz der Gläubiger bzw. der Allgemeinheit befolgt werden. Andernfalls hätte die ungeordnete Insolvenz gedroht.

21. So wie es grundsätzlich dem vom Gesetz getroffenen Interessenausgleich widerspricht, Rechtshandlungen eines dem Konkurs nahen Schuldners als "*schädigend*" zu betrachten, wenn dieser in der Absicht gehandelt hat, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern und die Interessen der Gläubiger zu wahren, ist eine Schädigungsabsicht auch dann zu verneinen, wenn der Schuldner in Erfüllung gesetzlicher Pflichten Rechtshandlungen vornimmt, denen er sich nicht entziehen kann und die zum Zweck haben, noch grösseren Schaden abzuwenden (in diesem Sinn: VOGT, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, 183 f). Wenn der Schuldner im Bewusstsein seiner finanziellen Notlage entsprechende Gläubiger "*bevorzugt*", dann nur, weil er keine andere Wahl hat bzw. um Schlimmeres zu verhindern - nicht aber als Ausdruck seiner Schädigungsabsicht.

22. Bleibt die Frage, ob die Gemeinschuldnerin auf fremde Sachkunde angewiesen war, oder ob sie die gesetzlichen Pflichten auch ohne Hilfe hätte erfüllen können.

Der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin (Beklagter 3) ist in der Gastronomie tätig. Es wurde von keiner Seite behauptet und ist auch nicht ersichtlich, dass er juristisch geschult wäre.

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Oktober 2016 (p 143 f) sagte er sodann glaubwürdig aus, es sei ihm klar gewesen, dass die Bilanzdeponierung zum Konkurs führen werde. Er habe gewusst, dass es privilegierte Forderungen gebe. Genauer sei ihm jedoch nicht bekannt, weshalb er den Beklagten um Hilfe gebeten habe. Im Uebrigen habe er auch nicht genau gewusst, wie ein Konkurs ablaufe.

23. Aus dem Gesagten folgt, dass dem einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer das Fachwissen für die Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 820 Abs. 1 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR gefehlt hat. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass er sich mangels Sachkenntnis von den Beklagten 1 und 2 hat beraten/unterstützen lassen. Es kann diesbezüglich auf die in allen Teilen zutreffenden vorrichterlichen Erwägungen zur organschaftlichen Sorgfaltspflicht verwiesen werden (p 307).

24. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Gemeinschuldnerin in Befolgung unausweichlicher gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet war, das Konkursverfahren einzuleiten. Da ihr die notwendige Sachkompetenz fehlte, blieb ihr keine andere Wahl, als fachmännische Hilfe (Beklagter 1 und Beklagte 2) beizuziehen und diese Dienste auch zu entschädigen. Bei dieser Ausgangslage ist mit dem oben Gesagten eine Schädigungsabsicht zu verneinen.

Daran ändert nichts, dass das Leitorgan der Gemeinschuldnerin gewusst haben mag, dass über die letzten Aktiven verfügt wird resp. die Beklagten privilegiert werden. Die finanzielle Bedrängnis und die Bezahlung aus den letzten Aktiven sind lediglich Indizien für die Schädigungsabsicht. Es wurde bereits darauf hingewiesen (oben Ziff. 16), dass die Frage nach der Schädigungsabsicht nach normativen Kriterien bestimmt wird und nicht isoliert, bezogen auf die Rückzahlung gestellt werden darf (BGE 134 III 452 E 5.2 und 5.3). Vielmehr ist Sinn und Zielrichtung des ganzen Geschäfts zu beurteilen. Wie gezeigt wurde, muss bei dieser ganzheitlichen Beurteilung die Schädigungsabsicht verneint werden, weshalb dem entsprechenden Wissen der Gemeinschuldnerin keine massgebliche Bedeutung zukommt.

25. Die fehlende Schädigungsabsicht führt zur Bestätigung des angefochtenen Entscheides ohne dass die weiteren Anspruchsvoraussetzungen von Art. 288 SchKG bzw. die Verrechnungseinreden geprüft werden müssten.

IV.

26. Oberinstanzlich ist die Klägerin unterlegen und wird kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Rechtsanwalt D. _____ macht bei einem Streitwert von Fr. 17'020.-- ein Honorar von Fr. 3'420.--, zzgl. Auslagen (Fr. 23.--) und MWSt. (Fr. 275.45) geltend.

27. Für die Prozesskosten im Rechtsmittelverfahren ist der Streitwert massgeblich, der nach den Anträgen vor oberer Instanz noch umstritten ist. Das sind hier rund Fr. 7'500.--.

Bei diesem Streitwert liegt der Rahmen der Normalgebühr gemäss Art. 5 PKV zwischen Fr. 100.-- und Fr. 3'000.--. Im Rechtsmittelverfahren sind 30% bis 50% davon zu sprechen (Art. 7 PKV). Daraus resultiert ein Rahmen zwischen Fr. 40.-- und Fr. 1'500.-- für das oberinstanzliche Verfahren.

Um dem zeitlichen Aufwand auch bei diesem kleinen Streitwert gerecht zu werden, rechtfertigt sich, die Entschädigung auf das Maximum festzusetzen.

Die Auslagen von Fr. 23.-- geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

28. Nach dem Gesagten wird die Parteienschädigung der Beklagten auf Fr. 1'644.85 (Gebühr Fr. 1'500.--, Auslagen Fr. 23.--, MWSt. Fr. 121.85) bestimmt.

Die Kammer entscheidet:

1. Es wird festgestellt, dass die Klageabweisung soweit den Beklagten 3 betreffend in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Beschwerde/Berufung wird abgewiesen und die Klageabweisung betreffend die Beklagten 1 und 2 wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 3'700.-- (inkl. Pauschale für das Schlichtungsverfahren von Fr. 800.--) werden im Umfang von Fr. 3'400.-- der Klägerin und im Umfang von Fr. 300.-- den Beklagten auferlegt. Sie werden mit den von der Klägerin geleisteten Vorschüssen verrechnet. Die Beklagten haben der Klägerin Fr. 300.-- für vorgeschossene Gerichtskosten zu ersetzen, unter solidarischer Haftbarkeit.
4. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 1'700.-- werden ebenfalls der Klägerin zur Bezahlung auferlegt und mit ihrem Vorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin wird ferner verurteilt, den Beklagten eine Parteientschädigung, bestimmt auf Fr. 7'393.15 (inkl. Auslagen und 8% MWSt.) für die erste und Fr. 1'644.85 (inkl. Auslagen und 8% MWSt.) für die zweite Instanz, zu bezahlen.
6. Den Parteien zu eröffnen.

Bern, 29. September 2017

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Apolloni

Der Gerichtsschreiber

Knüsel

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid (Streitwert unter Fr. 30'000.--) kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) oder falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Beide Beschwerden müssen den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Hinsichtlich der Verfassungsbeschwerde gilt, dass die Verletzung von Grundrechten sowie von kantonalem und interkantonalem Recht ausdrücklich zu rügen und zu begründen ist (Art. 117 i.V.m. 106 Abs. 2 BGG). Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Wird sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind die Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 BGG).