



Geschäfts-Nr. LB070108/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, und lic. iur. W. Meyer,
Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie die juristische Sekretärin lic. iur. D. Tolic

Beschluss und Urteil vom 21. August 2009

in Sachen

A._____,
Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Konkursmasse der B._____ **AG**,
Klägerin und Appellatin

vertreten durch die ausseramtliche Konkursverwaltung C._____ AG

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Meilen vom
22. Dezember 2006; Proz. CG050026**

Rechtsbegehren:

(vgl. act. 2 S. 2)

- „1. Es sei der Beklagte zur Bezahlung von CHF 280'581.70 nebst Zins zu 5% seit 15. November 2002 an die Klägerin zu verurteilen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.“

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, I. Abteilung, vom 22. Dezember 2006:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 280'581.70 nebst Zins zu 5% seit 28. Dezember 2004 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf
Fr. 11'850.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'168.00 Schreibgebühren
Fr. 627.00 Zustellgebühren
Fr. 300.00 Vorladungsgebühren

Fr. 13'945.00 Kosten total
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 24'350.– zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(vgl. act. 46 S. 38)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Appellanten (act. 63 S. 2):

„Es sei die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin“.

Der Klägerin und Appellatin (act. 69 S. 2):

- „1. Es sei die Berufung abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten/Appellanten“.

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

1. Der Beklagte war seit 1998 Berater der seit dem 30. Dezember 2002 konkursiten B._____ Holding (B2._____), gemäss Zeiterfassung in act. 4/19 seit 3. Mai 2001 auf selbständiger Basis. Für geleistete Arbeiten in den Jahren 2001 sowie 2002 stellte der Beklagte an verschiedenen Daten Rechnung. Am 30. Dezember 2002, ca. 1 ½ Monate nach den an den Beklagten geleisteten Zahlungen, wurde über die B2._____ der Konkurs eröffnet. Die Klägerin hält die beiden Zahlungen der B2._____ vom 13. und 15. November 2002 in der Höhe von insgesamt Fr. 280'581.70 im Sinne von Art. 288 SchKG für paulianisch anfechtbar. Nach Ansicht des Beklagten muss eine solche Anfechtung bereits am Vorliegen einer Gläubigerschädigung scheitern. Ausserdem habe die B2._____ keine Schädigungsabsicht gehabt und für den Beklagten wäre eine solche auch nicht erkennbar gewesen.

2. Die Vorinstanz hat die Klage am 22. Dezember 2006 gutgeheissen (act. 46). Dagegen hat der Beklagte die Berufung erklärt (act. 51). Mit Beschluss vom 24. Dezember 2007 (act. 53) wurde die Klägerin und Berufungsbeklagte im Sinne von § 73 Ziff. 7 ZPO kautioniert, nachdem dies von der Vorinstanz zuvor unterlassen worden war (act. 53 S. 2); die Kautionsleistung ist fristgerecht geleistet worden (act. 57). Die Berufung wurde mit act. 63 begründet, mit act. 69 erstattete die Klägerin die Berufungsantwort und mit act. 77 der Beklagte die Berufungsreplik sowie schliesslich mit act. 83 die Klägerin die Berufungsduplik. Die Sache ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist im jeweiligen Zusammenhang einzugehen.

II.

1. Zusammengefasst geht es um die Klärung der Frage, ob der Beklagte des vorliegenden Verfahrens, A._____, zur Rückzahlung von Honorarzahungen von insgesamt Fr. 280'581.70, welche ihm die B.____ Holding (B2.____) AG am 13. November 2002 und am 15. November 2002 – ca. anderthalb Monate vor Konkurseröffnung – überwiesen hatte, verpflichtet ist (act. 50 S. 3). Im vorliegenden Verfahren stehen sich die Konkursmasse der B.____ AG als Klägerin und A.____ als Beklagter gegenüber. Die Klägerin hatte im Konkurs der B.____ Holding AG ein Guthaben von rund Fr. 72 Mio. zur Kollokation in der 3. Klasse angemeldet (act. 4/1 S. 2) und sich als (mutmassliche) Gläubigerin (u.a.) die Inv. Nr. ... abtreten lassen („Allfälliger Anspruch gegenüber A.____, D.____ [Ortschaft]. Forderungsgrund: Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG von diversen Zahlungen der B.____ Holding AG an A.____ vor Konkurseröffnung. Bis heute wurden Zahlungen während des Jahres 2002 im Umfang von CHF 280'581.70 identifiziert“). Als Abtretungsgläubigerin macht die Klägerin demnach einen Anfechtungsanspruch geltend, welcher die B.____ Holding AG betrifft, nachdem deren Konkursverwaltung mit Zirkular vom 11. November 2004 auf die Geltendmachung desselben durch die Masse verzichtet hatte (act. 4/1 S. 1).

2. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid einlässlich begründet. Sie hat zunächst erwogen, dass die Honorarzahungen an den Beklagten während der sogenannten période suspecte erfolgten (act. 50 S. 7, S. 8), dass der Sachverhalt unter Art. 288 SchKG zu subsumieren sei (act. 50 S. 7) und dass die angefochtene Handlung – die Honorarzahlung an den Beklagten – die Konkursgläubiger tatsächlich geschädigt habe. Zahlungen an einzelne Gläubiger würden die anderen Gläubiger stets schädigen, wenn der Schuldner seinen anderen Verpflichtungen bei Fälligkeit nicht nachzukommen vermöge. Dass dem Beklagten für seine Honorarforderung ein Privileg zustehe, werde zu Recht nicht behauptet (act. 50 S. 9).

Die Vorinstanz hat sich weiter mit dem Argument der Schädigung trotz gleichwertiger Gegenleistung, insbesondere bei Dienstleistungen, auseinandergesetzt. Sie ist zum Schluss gelangt, dass die Schädigung bei Dienstleistungen, unabhängig von ihrem Wert, zu bejahen sei (act. 50 S. 11 ff.). Seit dem Urteil der

Vorinstanz sind mit BGE 134 III 615 ff. (= Pra 98/2009 Nr. 44 S. 287 ff.), BGE 134 III 452 ff., BGE 135 III 265 ff. und BGE 135 III 276 ff. (sowie dem nicht publizierten BGE 5A_386/2008 vom 6. April 2009) neue bundesgerichtliche Präjudizien zur paulianischen Anfechtung ergangen. BGE 134 III 615 ff. betrifft die Rückforderung von Honorarzahlungen an ein Kontrollorgan für die Tätigkeit als Revisionsstelle sowie für Beratung, nämlich die Ausarbeitung eines Businessplanes und des voraussichtlichen Rechnungsabschlusses. Der genannte Entscheid setzt sich einlässlich mit der Ansicht von Zobl (Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96/2000 S. 25 ff.) auseinander (BGE 134 III 619 f. Erw. 4.2.2), auf die der Beklagte im vorliegenden Verfahren besonders hinweist. Der genannte Autor hält nämlich eine Sonderbehandlung gewisser Dienstleistungserbringer, deren Honorare innert der période suspecte bezahlt werden (müssen), für angezeigt. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert insbesondere die Kategorie von Sanierern und Beratern, zu denen sich der Beklagte unbestrittenermassen zählt.

Zobl verweist a.a.O. auf ein bundesgerichtliches obiter dictum, wonach mit der paulianischen Anfechtung nicht verhindert werden solle, dass der Schuldner sich im Hinblick auf seine Sanierung Hilfe holen könne und dass er diese Hilfe auch bezahlen dürfe. Der Meinung von Zobl hält das Bundesgericht (a.a.O., Erw. 4.3, S. 620 f.) die Ansicht von Gilliéron (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Band IV, N. 26 zu Art. 288 SchKG) entgegen: Zahlungen an Erbringer von Serviceleistungen seien deshalb anfechtbar, weil solche Zahlungen an die einen Gläubiger die anderen – nicht befriedigten – Gläubiger stets benachteiligten. Die ratio von Art. 288 SchKG sei die Gleichbehandlung der Gläubiger und im Ausnahmekatalog von Art. 219 Abs. 4 SchKG sei für Forderungen von Revisionsstellen ebenso wenig ein Privileg vorgesehen wie für die Gehälter der leitenden Angestellten. Zahlungen an Revisionsstellen seien deshalb, auch wenn der in Rechnung gestellte Wert der erbrachten Leistungen angemessen sei, grundsätzlich anfechtbar, weil dies die anderen Gläubiger, die sich mit einer Dividende begnügen müssten, schädige. Unter der weiteren Voraussetzung von Art. 288 SchKG, der Schädigungsabsicht des Schuldners, relativiert das Bundesgericht allerdings die Meinung von Gilliéron: Die paulianischen Anfechtungstatbestände wollten nicht verhindern, dass der finanziell angeschlagene

Schuldner die sich rechtfertigenden Massnahmen ergreifen könne, um die angespannte Situation zu bekämpfen, vorausgesetzt dass sich bei objektiver Betrachtung eine Erholung erhoffen lasse (Erw. 5.1) bzw. dass die Sanierungsbemühungen erfolgversprechend erscheinen müssten (BGE 134 III 452 ff. Erw. 5.5). Hinsichtlich der gesetzlichen Pflichten der Revisionsstelle und deren Bezahlung hat das Bundesgericht ausgeführt, dass bei Erfüllung gesetzlicher Pflichten keine Schädigungsabsicht vorliegen könne (Erw. 5.2). Was die Berater- bzw. Sanierertätigkeit anbelangt, wies das Bundesgericht die Klage mit Hinweis darauf ab, dass im zu Grunde liegenden kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen worden sei, dass die ergriffenen Massnahmen unnütz gewesen seien und dass sie im Interesse der Gläubiger nicht hätten ergriffen werden dürfen. Ausserdem würde in den Akten nichts darauf hinweisen, dass die Beteuerungen des Geschäftsführers und Verwaltungsratspräsidenten, er habe an den Weiterbestand der Firma geglaubt, unzutreffend seien, so dass keine Anfechtbarkeit vorliege (Erw. 5.3). Daraus ergibt sich im Sinne eines allgemeingültigen Schlusses zumindest soviel, dass nicht alles, wofür sich Sanierer bezahlt machen, paulianisch anfechtbar oder unanfechtbar ist, sondern dass es auf die konkreten Umstände ankommt.

3. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die dem Beklagten zugewendeten Honorarzahlungen den Gläubigern der B2._____ Schaden zugefügt hätten. Sie hat das zu Recht getan (§ 161 GVG). Grundsätzlich erbringen Leistungen von Beratern und Sanierern, z.B. durch Erstellung eines Businessplanes und dgl., nichts, was als Exekutionsobjekt dienen könnte. Zahlungen an Sanierer sind damit nicht wertneutral (Christoph Rüedi, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich 2008, Rz 277).

Betrachtet man Dienstleistungen, wie sie der Beklagte erbracht hat, nicht als wertneutral, so kommt es grundsätzlich auch nicht darauf an, ob die Höhe des Honorars ein Streitpunkt ist, so dass auf die Bedenken, welche die Klägerin bezüglich der Angemessenheit des Honorars anmeldet (act. 2 Rz 25 S. 10), nicht weiter eingegangen werden muss.

Der Beklagte macht ausserdem eine besondere Art von „Gegenleistung“ geltend: Es gehe nämlich auf ihn zurück, dass Forderungsverzichte des Bankenkonsortiums in zweistelliger Millionenhöhe (vgl. auch act. 4/35; act. 63 S. 6 Rz 22) sowie der Neuzufluss substantieller Beträge bei der B2._____ erhältlich gemacht werden konnten (vgl. act. 35 S. 8 Rz 32, wo insbesondere Darlehen von Dr. F._____, Dr. E._____ und Herrn G._____ genannt sind). Namentlich habe der Beklagte als „financial engineer“ an den Ende 2001/Anfang 2002 geschlossenen Vereinbarungen mitgewirkt. Das bestreitet die Klägerin (act. 69 Rz 21). Da der genannte Zeitraum – wie zu zeigen sein wird – für das vorliegende Verfahren nicht massgeblich ist, muss nicht näher geklärt werden, wie es sich mit dem vom Beklagten positiv erwähnten Forderungsverzicht einerseits und mit den von der Klägerin negativ hervorgehobenen Darlehensrückzahlungen in der Höhe von Fr. 110 Mio. andererseits verhält. Anzumerken, wenn auch nicht abschliessend zu klären, ist auch, dass ein Schuldnerlass nicht ohne weiteres der Zuführung von Aktiven gleichgestellt werden kann, weil die Gläubiger im Falle der Insolvenz nur dann von einer Verminderung der Verschuldung profitieren, wenn sie deswegen mehr erhalten als dies sonst der Fall gewesen wäre. Bejahendenfalls müssten die Bemühungen und deren Erfolg tatsächlich auf den Beklagten zurückzuführen, mithin kausal sein, wofür er keine näheren Einzelheiten nennt. Und was die Darlehen durch die Gründer und durch die der B2._____ eng verbundenen Personen anbelangt, ist die Kausalität der Bemühungen des Beklagten weder im einzelnen dargetan noch sonst wie ersichtlich; die „Koordination des Swing loan“ (act. 63 Rz 24) reicht dafür entschieden nicht aus. Auch diesbezüglich erweisen sich die Vorbringen des Beklagten, soweit sie die Gleichwertigkeit seiner (Dienst)-Leistungen betreffen (act. 63 S. 6 f. Rz 21 ff.), als nicht stichhaltig.

4. In einem nächsten Schritt ist die Frage nach einer allfälligen Schädigungsabsicht von B2._____ zu beantworten. Nach der bundesgerichtlichen Definition liegt eine Schädigungsabsicht vor, „wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt. Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner mit seiner Handlung die Benachteiligung von Gläubigern oder die Begünstigung einzelner Gläubiger geradezu angestrebt hat. Es genügt vielmehr,

wenn sich der Schuldner darüber hat Rechenschaft geben können und müssen und gleichsam in Kauf genommen hat, dass als natürliche Folge seiner Handlungen Gläubiger geschädigt werden. Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betrifft zunächst eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben“ (BGE 134 III 456 Erw. 4.1).

a) Schuldnerin ist die B2._____, mithin eine Aktiengesellschaft. Juristische Personen können keine Absicht haben, so dass auf deren Organe bzw. auf die rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter abzustellen ist (vgl. BGE 134 III 457 Erw. 4.3; vgl. auch Schüpbach, a.a.O., N. 83 ff. zu Art. 288 SchKG). Wie es sich mit der Schädigungsabsicht verhält, ist somit von ihrem kollektiven Wissen und Wollen abhängig.

b) Die Vorinstanz hat die Schädigungsabsicht der B2._____ (als Honorarschuldnerin) eingehend untersucht. Unabdingbar sei das Bewusstsein der Überschuldung oder der argen finanziellen Bedrängnis. Soweit dies der Fall sei, könne die blosser Hoffnung des Schuldners, sich aus seiner misslichen Lage befreien zu können, nicht genügen (act. 50 S. 18). Nach Ansicht der Vorinstanz sind in der Regel eine Mehrzahl von Indizien erforderlich, neben dem Bewusstsein der Überschuldung oder der argen finanziellen Bedrängnis des Schuldners als schwerstwiegendem Indiz die Begünstigung eines oder einzelner Gläubiger, die inkongruente Deckung eines solchen, die ausserordentliche Natur des Geschäfts oder Ähnliches (act. 50 S. 17 ff.). Die Vorinstanz bezieht sich dafür auf Henri-Robert Schüpbach (Droit et action révocatoires, Basel und Frankfurt a.M. 1997, N. 86 zu Art. 288), der erwähnt, dass der Indizienbeweis durch Rückschlüsse von Bekanntem auf Unbekanntes erbracht werde, so dass ein einziges Indiz nicht ausreichen könne. Der Beklagte kritisiert, dass die Klägerin weder dargetan noch belegt habe, dass die B2._____ im November 2002 überschuldet gewesen sei und es würden auch keine anderen unterstützenden Momente vorliegen, welche auf eine Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht hindeuteten. Es seien nicht nur der Beklagte und die anderen Berater bezahlt worden, sondern sämtliche offenen und fälligen Forderungen seien beglichen gewesen (act. 15 Rz 54). Die Organe der

B2._____ hätten die schädigende Wirkung ihrer Handlungen nicht voraussehen können und müssen; die übrigen Gläubiger seien gar nicht geschädigt worden.

c) Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass bei der Beauftragung des Beklagten im Jahre 2001 (vgl. act. 3/19: verrechnete Honorarforderungen betreffen den Zeitraum seit 3. Mai 2001) noch keine Schädigungsabsicht bestanden habe, die Interessen sämtlicher Beteiligter seien damals noch parallel verlaufen und der Auftrag an den Beklagten hätte keine Gläubigerschädigung bezweckt (act. 50 S. 19). Massgeblich sei allerdings nicht das Datum des Auftrages, sondern das Datum der Honorarzahungen, der 13. November bzw. der 15. November 2002, was auch die Vorinstanz ihren Überlegungen zu Grunde gelegt hat.

Dem hält der Beklagte entgegen, dass sich bereits hier die Grundproblematik des vorinstanzlichen Verständnisses von Art. 288 SchKG zeige. Folge man deren Logik, so sei der Verwaltungsrat der B2._____ zwar berechtigt gewesen, den Beklagten für Projekte im Rahmen der geplanten Sanierung beizuziehen, hingegen sei er nicht berechtigt gewesen, die Sanierungsbemühungen des Beklagten auch zu bezahlen. Zu Ende gedacht führe diese Logik dazu, dass ein Berater im Rahmen einer Sanierung immer damit rechnen müsse, dass er das Entgelt für seine Dienstleistungen an die Konkursmasse zurückbezahlen müsse. Wäre dem so, würden sich keine Berater mehr finden, welche solche Aufgaben übernähmen (act. 63 S. 12 Rz 44 f.).

Diese Ausführungen zeigen einen heiklen Punkt bei der Anwendung von Art. 288 SchKG auf. Problemlos ist der Fall, wenn sowohl die Beauftragung als auch die Honorierung von Beratern und Sanierern in eine Phase fallen, in der die finanziellen Verhältnisse noch derart sind, dass in guten Treuen eine Sanierung angestrebt werden kann und darf. Unproblematisch sind auch die Fälle, in denen sowohl das Mandat als solches als auch dessen Abgeltung mit Blick auf das Gelingen einer Sanierung verspätet sind. Wer in hoffnungslosen Fällen tätig wird, muss damit rechnen, dass er leer ausgehen könnte. Im vorliegenden Fall steht hingegen die dritte Konstellation in Frage, wonach die Mandatserteilung mit Blick auf Art. 288 SchKG zulässig erschien, wohingegen die Honorierung in einem Zeitpunkt erfolgte, indem eine Schädigung der anderen Gläubiger vorausgesehen

wurde bzw. voraussehbar war. Letztlich lässt sich eine solche Situation nicht für alle Teile befriedigend lösen. Würde man auf die (zulässige) Mandatserteilung abstellen, so könnten die ausstehenden Honorare bis unmittelbar vor die Konkursöffnung hin vollumfänglich bezahlt werden. Würde aber der Konkurs eröffnet, ohne dass eine vorgängige Zahlung tatsächlich erfolgt wäre, so würden die Sanierer und Berater als gewöhnliche Drittklassgläubiger entsprechend kollektiert und müssten sich mit einer meist rudimentären Konkursdividende zufriedengeben. Dies zeigt, dass sich das Problem, würde man auf die Auftragserteilung als solche abstellen, nur dann kongruent lösen liesse, wenn Beratern und Sanierern ein Konkursprivileg zustünde, weil (pfandgesicherte und) privilegierte Forderungen auch angesichts von grossen wirtschaftlichen Schwierigkeiten bedient werden dürfen (SchKG-Adrian Staehelin, N 9 zu Art. 288; vgl. auch den vom Beklagten in anderem Zusammenhang zitierten BGE 105 II 188 ff.). Mangels eines solchen Privilegs kann es aber nicht massgeblich sein, ob die Zahlung eben noch geleistet wurde oder gerade nicht mehr. Selbst bei den an sich unproblematischen Austauschgeschäften (insbesondere Kaufverträge über gleichwertige Sachleistungen) ist ein zeitnahe Austausch erforderlich, so dass er sich in der Bilanz neutral auswirkt. Besteht hingegen zwischen dem Kauf und der Zahlung eine längere Zeitspanne, so ist trotz der an sich angemessenen Gegenleistung eine Gläubigerschädigung anzunehmen (Christoph Rüedi, Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff., Diss. Zürich 2008, Rz 278a f., Rz 285, Rz 287). Diese Sichtweise wird auch in BGE 135 III 282 f. bestätigt: „Seuls le paiement simultané au moment de la livraison ou le prépaiement de la livraison ... ne causent en principe pas de préjudice aux créanciers, et ce même si la marchandise ne se trouve finalement pas dans le patrimoine au moment de l'exécution forcée parce qu'elle aura été utilisée dans l'intervalle. Le paiement ... de marchandises déjà livrées ... avantage le créancier payé au détriment des autres créanciers ...“.

Kein massgeblicher Faktor ist, dass die bezahlten Forderungen fällig sind und der Beklagte kann nichts daraus ableiten, dass seine Guthaben grösstenteils (ausser zwei unmittelbar nach der Rechnungsstellung zu erbringende Leistungen) fällig waren (Art. 75 OR; vgl. act. 4/14-19). Auch die Bezahlung fälliger Schulden führt zu einer Gläubigerschädigung, wenn der Schuldner infolge seiner ange-

spannten finanziellen Situation ausser Stande ist, seine *anderen* Verpflichtungen bei Eintritt der Fälligkeit zu bedienen (SchKG-Adrian Staehelin, N 9 zu Art. 288 mit weiteren Hinweisen). Wenn der Beklagte davon ausgeht, dass nur die praktisch zeitgleichen Fälligkeiten zu berücksichtigen seien, stellt er sich damit gegen Lehre und Praxis, welche verlangt, dass auch *bereits bestehende Verpflichtungen mit einer späteren Fälligkeit* in Betracht gezogen werden müssen, was nachvollziehbar mit dem im Konkurs bestehenden Gleichbehandlungsgebotes begründet wird (SchKG-Adrian Staehelin, N 9 f. zu Art. 288).

Es bleibt demnach den Beratern und Sanierern angesichts des geltenden Rechts nichts anderes übrig, als sich über die Entwicklung auf dem Laufenden zu halten und auch fällige Honorare nur so lange einzukassieren, als dies die finanzielle Situation der Auftraggeber erlaubt. Bei der Zahlung als „Rechtshandlung“ im Sinne von Art. 288 SchKG ist nicht (mehr) beachtlich, ob die Sanierung zur Zeit der Leistungen des Sanierers sinnvoll gewesen ist, wenn im Zeitpunkt der Zahlung davon auszugehen ist, dass sie letztlich nicht zum Erfolg geführt hat (Rüedi, a.a.O., Rz 335).

d) Bei der Ermittlung der Schädigungsabsicht kommt es massgeblich auf die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Honorarzahungen (um Mitte November 2002) an. Je schlechter die Finanzlage, desto eher ist auf eine Schädigungsabsicht zu schliessen (Rüedi, a.a.O., Rz 304, Rz 309a). Auch bei der Zahlung fälliger Schulden ist die Schädigungsabsicht zu bejahen, wenn der Schuldner weiss bzw. wissen musste, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr gelingen wird (ZR 106/2007 Nr. 22 Erw. VI.5.). Selbst wenn im massgeblichen Zeitpunkt die buchmässigen Aktiven des Schuldners seine buchmässigen Passiven noch übersteigen, steht dies bei einer schlechten Prognose der Anfechtung nicht entgegen (vgl. SchKG-Adrian Staehelin, N 22 zu Art. 288 SchKG). Dass – wie die Klägerin ausführt (act. 69 Rz 32) – bereits Mitte November 2002 eine Überschuldung vorgelegen haben muss, ist wohl möglich, ist jedoch nicht weiter zu klären. Unter der Voraussetzung der sogleich aufzuzeigenden schlechten Prognose muss zur Frage der Überschuldung auch kein Beweisverfahren durchgeführt werden, wie dies der Beklagte verlangt (act. 63 Rz 30).

e) Der Beklagte macht geltend, Mitte November 2002, im Zeitpunkt der Bezahlung seiner Honorarguthaben, seien sämtliche anderen fälligen Rechnungen der B2._____ bezahlt gewesen, was den Tatbestand von Art. 288 SchKG ausschliesse. Er beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Forderungseingaben der Gläubiger im Konkurs (act. 36/10); diese ergäben, dass in der genannten Zeit keine Rechnungen der B2._____ mehr offen gewesen seien.

Dass es in jenem Zeitpunkt keine offenen Rechnungen mehr gab, wird von der Klägerin (mit Hinweis auf die Kollokation Nr. ... und Nr. ... sowie act. 83 Rz 22) bestritten (act. 69 Rz 13 f.) und muss tatsächlich relativiert werden. Auch der Beklagte räumt ein, dass es noch Ausstände gab, allerdings lediglich zwei sowie die Forderung der eidgenössischen Steuerverwaltung (act. 70/2), für welche es allerdings eine Zahlungsfrist bis Ende November 2002 gegeben habe (act. 77 Rz 12). Weiter ergibt sich aus dem Protokoll vom 29. November 2002 (act. 36/8 S. 2), dass die Pensionskassenbeiträge für Oktober in der Höhe von Fr. 450'000.-- nicht bezahlt worden waren, wobei hier allerdings nicht klar ist, ob es sich dabei auch um Ausstände der B2._____ gehandelt hat. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass ausserdem die unmittelbare Eintreibung von Forderungen drohte, weil Abmachungen nicht eingehalten wurden bzw. werden konnten (act. 4/32 S. 6: „Several covenants of the syndicated loan (...) are breached. The banks can claim repayment at any time“).

Die B2._____ war zwar eine juristisch selbständige AG, wirtschaftlich hingegen Teil der B._____ Gruppe und mit dieser aufs Engste verbunden. Dieser Aspekt verunmöglicht es praktisch, die Situation der B2._____ isoliert zu betrachten, was auch die Klägerin (in act. 69 Rz 14 mit Hinweis auf 4C.262/2002 und act. 83 Rz 18 ff.) geltend macht. Aus den Akten ergibt sich klar, dass alle Beteiligten ihren Fokus immer auf die B._____ Gruppe als Ganzes richteten und auch sämtliche Analysen und Einschätzungen nicht die einzelnen Gruppengesellschaften, sondern die ganze Gruppe betrafen. So kann z.B. erwähnt werden, dass an den Verwaltungsratssitzungen verschiedentlich mitgeteilt wurde, dass die Löhne für den Folgemonat gesichert seien (act. 4/43 S. 1; act. 4/46 S. 4; act. 4/53 S. 3), wobei es sich hierbei offensichtlich nicht um die Löhne von B2._____, sondern (insbesondere) um diejenigen von anderen B._____ Gesellschaften gehandelt haben

muss. Bezeichnend ist zum Beispiel auch, dass die „Swing Loans“ der Herren E._____ und F._____ zwar auf ein Konto der B2._____ einbezahlt wurden, dass jedoch die vertragliche Verpflichtung bestand, sie insgesamt weiterzuleiten, was dann zumindest teilweise auch geschah (act. 27/1 S. 2: „The Borrowers agree to use the Loan Amount exclusively to ensure B._____’s ongoing business. The Borrowers shall not use any part of the Loan Amount to meet obligations for B2._____ or of any other company of the B2._____ Group or to repay any inter-company debts of B._____ AG“). In dieses Kapitel gehört auch die Aussage des Beklagten, die B2._____ hätte die Sanierungsbemühungen immer konsolidiert betrachtet und keineswegs nur eine Lösung für die Holding [B2._____] gesucht (act. 15 Rz 62). Der Beklagte seinerseits beruft sich darauf, dass die Vorinstanz den Liquiditätsbedarf der Gruppe mit jenem der B2._____ verwechsle (act. 63 Rz 18). Die Liquiditätsplanung habe sich nicht auf die B2._____, sondern auf die B._____ Gruppe als Ganzes bezogen (vgl. act. 16/7 [„B._____ Group, Consolidated Liquidity“]; vgl. aber z.B. auch act. 4/38). Weiter ist etwa bei den Fälligkeiten, insbesondere Rückzahlung von Darlehen, die es kurzfristig zu bedienen galt, nicht ohne weiteres klar, wer genau die Borgerin gewesen war; ersichtlich ist jedoch verschiedentlich eine – juristisch wie auch immer geartete – Form der Mithaftung. Anzumerken ist schliesslich noch, dass z.B. H._____ im Zusammenhang mit Prognosen und Projekten auf die enge Verknüpfung der einzelnen B._____ - Gesellschaften und den damit verbundenen Domino-Effekt hinwies (act. 4/32 S. 14 ff.) und von einer (gleichzeitigen) Insolvenz der Gruppen-Gesellschaften ausgingen (act. 4/40 S. 1 B._____ Holding AG, B._____ AG, B3._____ AG, B4._____ AG). Zwar ist es zutreffend, dass die Konkurse der einzelnen Gesellschaften rechtlich unabhängig voneinander durchgeführt werden, worauf auch der Beklagte hinweist (act. 15 Rz 62). Für die seinerzeitigen Prognosen kann diese Sichtweise jedoch nicht entscheidend sein. Wie dies alle Beteiligten taten, ist bei der Analyse der damaligen wirtschaftlichen Situation die B._____ Gruppe als Ganzes zu beurteilen (vgl. z.B. act. 4/32 [Project Green] S. 5 f.: „current situation B._____ Group“; vgl. z.B. act. 15 Rz 62: „Selbstverständlich hat die B2._____ die Sanierungsbemühungen immer konsolidiert betrachtet und keineswegs nur eine Lösung für die Holding gesucht“).

5. Um das Bild der damaligen wirtschaftlichen Situation nachzuzeichnen, sind die Begebenheiten im Folgenden mit den zur Verfügung stehenden Aktenstücken aus dem hier interessierenden Zeitraum (relativ kurz vor und kurz nach den Zahlungsdaten vom 13. bzw. 15. November 2002) in chronologischer Ordnung aufzuzeigen. Basierend darauf wird zu beantworten sein, ob die Zahlungen in einem Zeitpunkt erfolgten, in dem es aus einer objektivierten Sicht nicht mehr vertretbar war, auf eine Sanierung hinzuarbeiten, weil die Insolvenz nicht mehr oder doch nur sehr unwahrscheinlich abzuwenden war.

August 2002

- Aktennotiz von RA I. _____ an Dr. J. _____ vom 26. August 2002 (act. 4/40)

Im Hinblick auf eine VR-Sitzung vom 23. September 2002 wird der Grundriss des Projektes „Charon“ unterbreitet, für den Fall, dass die Geschäftsleitung bis dahin kein tragfähiges Konzept zur Sanierung vorweisen könne. Vom Konkurs wären danach folgende Gesellschaften betroffen: B. _____ Holding AG, B. _____ AG, B3. _____ AG sowie B4. _____ AG.

September 2002

- Email von K. _____ an RA L. _____ (M. _____ J. _____) vom 16. September 2002 (act. 4/42)

Fragen betreffend Konsequenzen eines Konkurses bezüglich des Konsortialkredits der Schweizer Banken sowie der Produktionsgesellschaften bezüglich gewisser Verträge. Handschriftliche Notiz: „wird kommen! L. _____, 27.9.02“.

- Protokoll SC B. _____ CH-Meeting 16. September 2002 (act. 4/43)

N. _____ will sich zur Frage, was zu „Payment at risk“ führe, nicht äussern. Die Cash-Situation sei sehr heikel, die September-Löhne seien sichergestellt, nicht jedoch die November-Löhne. Den Lieferanten sei gesagt worden, Konkurs sei keine Option, trotzdem müsse man sich damit auseinandersetzen und vorbereitet sein. Unter dem Stichwort „Produktion“ ist erwähnt, dass Juli/August gut ausgelastet waren, dass September noch gut aussehe, dass man sich aber im Oktober auf Kurzarbeit vorbereite, welche schon angemeldet worden sei.

- Email von O. _____ an P. _____ vom 17. September 2002 (act. 4/44)

Hier geht es um Bilanzierung zu Fortführungs- und Liquidationswerten und dass der Richter vor oder nach der Prüfung der Bilanzen angerufen werden könne.

- Project ..., Report to the Board of Directors, September 19, 2002 von H. _____ (act. 4/32)

Unter dem Stichwort „Current Situation B. _____ Group“ wird erwähnt, dass die Gruppe immer noch negativ arbeite, dass der Markt die Insolvenz erwarte, dass B3. _____ und B4. _____ per 31. August 2002 im Sinne von Art. 725 OR überschuldet sind (was sich nach Ansicht im Report allerdings beheben liesse) und dass sich die Mitglieder der Gruppe in hohem Masse füreinander verschuldet hätten bzw. hafteten. Rückzahlungen an ... Banken [des europäischen Staates Q. _____] (Euro 16 Mio. per 31. Dezember 2002) und R. _____ (Fr. 1,5 Mio. per 30. November 2002) seien aus der Sicht per Ende September nicht möglich, was letztlich dazu führe, dass S. _____ auf alle Ersatzteil-Patente zugreifen könne. Verschiede-

ne Zusagen bezüglich dem Konsortialkredit seien verletzt, so dass die Rückzahlung jederzeit verlangt werden könne. Die Übersicht schliesst mit der Folgerung: „The ability of the group to continue business on a going concern basis is extremely limited. If no new investor is found, an out of court restructuring – at least in Switzerland – therefore appears unlikely“. Nach weiteren Ausführungen zu „Scenarios (worst case) to restructure B._____ Group“, „Identification of triggers for insolvency“, „Scenarios for domino effect (worst case)“ wird gefolgert, Hauptgefahren für die Insolvenz der B._____ Gruppe seien: (1) Rückzahlungsverpflichtung an ... Banken [des Staates Q._____] (16 Mio. Euro im Dezember 2002), (2) Unmöglichkeit der B3._____, Zahlungen an andere Firmen der Gruppe zu leisten, (3) Unmöglichkeit der Firmen, die Angestellten bezahlen zu können und (4) Verpflichtung zur Rückzahlung von Krediten an das Schweizerische Bankenkonsortium (Fr. 10 Mio.) und an S._____ (\$ 20 Mio.) am 31. Januar 2003 bzw. am 30. Mai 2003. Die Schlussfolgerung lautet: „In view of the above issues the board of directors of B2._____ will in the absence of concrete offers by investors seriously consider to file with the court as it may see little scope for a going concern“. Und schliesslich (S. 21) unter dem Titel „Execution of rescue plan – our recommendation: „Based on the Domino Effect and our Analysis of the profitability and Equity basis of the main group companies we recommend the following steps: (1) B._____ AG (Production): In-Court Composition (Nachlassstundung Art. 293 ff. SchKG); (2) B3._____ : In-Court Composition (Nachlassstundung); (3) T._____ : Out-of-Court Standstill Agreement/extra-judicially Composition; (4) U._____ S.R.L.: Out-of-Court Standstill Agreement/extra-judicially Composition; (5) B._____ Inc./B._____ Group, Inc.: Chapter 11 (new businessplan subject to review by the US Court)“. Und dann als Schlussfolgerung: „In our view, assuming the short term liquidity needs in every of above company can be full fulfilled, a continuation (going concern) of their operations, under the circumstances of a bankruptcy of B2._____ and a compositon agreement by B3._____, is feasible. The condition precedent is that the above mentioned companies receive protection from creditor actions“.

➤ Project ..., Report to the Board of Directors, September 22, 2002 von H._____ (act. 4/45)
Das Project ... entstand im Anschluss an die Diskussion über das Projekt ... durch den VR. Es solle eine Strukturänderung erfolgen unter Schaffung einer Holding mit vier verschiedenen Geschäftsbereichen, und zwar im Rahmen einer freiwilligen aussergerichtlichen Sanierung. Zur Basis des (neuen) Projekts ... wird (S. 5) u.a. angeführt, dass „without the wide-ranging and coordinated agreement of most involved stakeholders ... a realisation of Project ... is impossible to implement out of court. Even with the consent of the stakeholders Project ... will be very challenging to implement (e.g. further increase of liquidity needs, operational complexity, legal issues)“.

➤ Business Plan 2002 – 2005 vom September 2002 (act. 16/3)

„Liquidity (S. 69) At the moment B._____ is in a very tight cash situation. From our liquidity forecast a need for cash of aprox. CHF 10,0 – 15,0 Mio. until the end of 2002 can be seen. The group has 2 projects running to transfer inventory and accounts receivable into cash as quick as possible. With these 2 projects running there is a certain chance to decrease the cash needs. On the other hand the restructuring and especially the reduction of personnel will create additional short term cash needs of approximately CHF 10 Mio. The need of the CHF 10,0 is included in the Financials for 2003 ...“.

Oktober 2002

- Termsheet Liquiditätsbedarf vom 3. Oktober 2002: B. _____ group, consolidated liquidity report (act. 16/7)

- Protokoll VR-Sitzung vom 3. Oktober 2002 (act. 4/46)

Der VR erkenne, dass das Überleben in dieser hart umkämpften Branche von einer dramatischen Reduktion der Personalkosten abhängt. Er stimme einer Massenentlassung zu, um die Anzahl der Mitarbeiter auf 850 bis 800 zu kürzen. Mittel für einen Sozialplan stünden nicht zur Verfügung. Gemäss Businessplan solle die Verschuldung von Fr. 110 Mio. auf Fr. 55 Mio. reduziert werden, was einen Schuldenerlass von 50 % bedeute. Der zum Businessplan gehörende „Liquidity Report (... V 3)“ wird vorgestellt. H'. _____ (H. _____) bereite – mit 50 : 50 % Chancen – einen Antrag um Steuererlass in der Höhe von Fr. 16 Mio. vor. Es bestehe ein zusätzlicher Liquiditätsbedarf von Fr. 15 Mio. Vorgestellt wird auch ein weiterer „Liquidity Report (... Vv5)“, welcher als „aggressiver“ bezeichnet wird. Die überfälligen Zahlungen würden im Juli 2003 geleistet werden. Ausserdem wird eine Liste von potentiellen Investoren, darunter eine ... Gruppe [des europäischen Staates V. _____], die Fr. 10 bis 15 Mio. zu investieren gedenke, vorgelegt. W. _____, der auch mit anderen Investoren gesprochen habe, scheine optimistisch und ernsthaft interessiert zu sein.

Der Beklagte selbst führt aus, dass die Verschuldung auf 50 % reduziert werden müsse. Der erste Liquiditätsplan (... V 3) sei zu wenig wirksam, so dass sich damit kein Investor finden lasse. Auch im zweiten Plan (... V 5) sollten weitere Kosten gekürzt werden. In Sachen Investoren erwähnt der Beklagte W. _____ und drei Familienbetriebe. Bis jetzt gebe es jedoch keine festen Zusagen. E. _____ habe 11 Investoren kontaktiert, drei davon seien übrig geblieben, wovon einer nur als Co-Investor in Frage komme. Der VR benötige eine Zusage bis am 22. Oktober 2002. Bis dahin brauche er die Absichtserklärung („letter of intent“) eines neuen Investors und Rückmeldungen von den Gläubigern. Der von J'. _____ (J. _____) erwähnte Konkursaufschub würde nicht viel bringen, weil dafür ebenfalls Mittel zur Verfügung stehen müssten.

Schliesslich wird zugesichert, dass die Oktober-Löhne gesichert seien. Zusammenfassend wird u.a. beschlossen, dass bis zur nächsten VR-Sitzung eine Absichtserklärung eines neuen Investors in der Höhe von Fr. 15 Mio. vorliegen müsse mit der Bereitschaft, die Mittel bis zum 20. Oktober 2002 einzuschliessen. Die Aktionärsversammlung werde auf den 21. November 2002 geplant. Damit würde neues Geld für die November-Löhne und andere Verpflichtungen zur Verfügung stehen.

- Email an W. _____ vom 11. Oktober 2002 (act. 36/3)

Zustellung des Entwurfs eines „letter of intent“ durch Dr. E. _____ an W. _____

- Email von K. _____ an P. _____ vom 14. Oktober 2002 (act. 4/47)

„November: bis Cash aus der Kapitalerhöhung kommt, ist das Eis sehr, sehr dünn!; Dezember: Die 15 Mio. aus der Kap.erhöhung reichen nur zum temporären Abbau der „Bugwelle“. Wir benötigen im Dezember eine 2. Runde Cash, sonst schleudern wir definitiv ... Verkauf BA. _____: USD 10 Mio. → unbedingt vor Weihnachten“.

- Entwurf Aktionärsbindungsvertrag vom 18. Oktober 2002 (act. 36/4)

Dieser wurde, gemäss der Preamble auf S. 1, im Hinblick auf „the financial restructuring and the private placement of 15 million new shares of B. _____ Holding AG (B2. _____)“ erstellt.

- Email Beklagter an P. _____ vom 21. Oktober 2002 (act. 27/5)
- Auszug aus dem Email-Verkehr des Beklagten mit P. _____ vom 22. Oktober 2002 (act. 27/6)

In seinem Email schrieb der Beklagte, dass das Resultat leider nicht sehr erbaulich aussehe. Aufgrund dieses Resultats müsse mit einem Cash Bedarf von rund CHF 40 Mio. plus gerechnet werden. „Auf dieser Basis sei ein Case für einen Investor faktisch nicht mehr“. Weiter stellte der Beklagte folgende Fragen: „Wo sind weitere (konkrete) Reserven in Q4 02? Ist Gross Profit effektiv nur 30%? Sind die CHF 10 Mio. Restrukturierungskosten immer noch realistisch? Gibt es weiteres Potential (13. Monatslohn)? Wo sind die Restrukturierungsmassnahmen ersichtlich? Ist das Budget Q1 03 realistisch?“ P. _____ antwortet gleichentags, dass er das erste Quartal etwas anders sehe, vorausgesetzt, dass die Massnahmen zeitgerecht umgesetzt würden. Er denke, dass eher der worst case aufgezeigt worden sei. Wenn die Kostenreduktion nun wirklich greifen würde und der Umsatz nicht vollends zusammenbreche, sei es möglich, dass das Resultat noch 4 – 6 Mio. besser werde.

- Protokoll der VR-Sitzung vom 22. Oktober 2002 (act. 4/53 = act. 27/8)

Der Präsident informierte, dass die Gruppe als erste Tranche eine neue Investition von Fr. 15-17 Mio. benötige. Insgesamt Fr. 25 Mio. seien erforderlich, damit genügend Mittel für den Übergang zur Verfügung stünden. Bis jetzt könne keine Absichtserklärung vorgelegt werde. Der Präsident schildert die Beziehung zur ... Gruppe BB. _____ [des Staates V. _____]. Er sei aufgefordert worden, schriftlich darzulegen, wie die beiden Firmen zum beiderseitigen Gewinn zusammenarbeiten könnten. Die Chancen für eine Investition werden vom Präsidenten mit 50-60 % eingeschätzt. Auch mit W. _____, welcher von J. _____ und dem Beklagten besucht worden sei, habe es viele Diskussionen gegeben und er sei nach wie vor interessiert, due diligence weiterzuführen. Nach Anpassungen wie Schulderlass, potentiellen Steuernachlass, sofern erhältlich, würde ein kleiner Gewinn von Fr. 7 Mio. resultieren. Die Oktober-Löhne samt Lohnnebenkosten seien gesichert. Es gebe jedoch Probleme mit Kunden und Lieferanten. Um den Monat November zu überleben, seien Fr. 6 Mio. erforderlich. Für einen Verzicht auf den 13. Monatslohn wäre die Zustimmung jedes einzelnen Mitarbeiters erforderlich. W. _____ misstrau den Zahlen, die ihm gezeigt worden seien. Er wolle „a neutral due diligence“, welche erst am 15. November abgeschlossen sei. Die November-Löhne seien – so W. _____ – nicht sein Problem und er wolle nur analysieren, sich jedoch nicht verpflichten. Der VR will Zusagen von W. _____ betreffend Durchführung von due diligence. Am 20. November müsse er erklären, ob er bei B. _____ investieren wolle. Was T. _____, BC. _____ und BD. _____ anbelange, würde sich keiner dieser Verkäufe vor Ende November auswirken. Die anderen potentiellen Investoren seien nur Co-Investoren. Der VR sei sich bewusst, dass es keinen Verkauf und keine Investitionen seitens Dritter bis Ende November geben werde. Um die November-Löhne zu sichern, sei per Ende Oktober ein Überbrückungskredit nötig, um den sich der Präsident kümmern werde; der Kredit würde nach der Rekapitalisierung zurückbezahlt. Es gebe derzeit folgende Optionen: „Auffanggesellschaft“, geführt durch W. _____, der eine Anzahl Angestellte übernehmen würde oder die Geschäfte weiterführen und Darlehensgeber für die November-Löhne finden. J. _____ schlug vor, dass sich die Herren BE. _____ und E. _____ der Stimme enthalten sollten, wenn nun abgestimmt werde, ob die Gesellschaft fortgeführt werde oder ob der Richter anzurufen sei; diese hätten als Aktionäre ein besonderes Interesse an der Weiterführung. Diese stimmten der Stimmenthaltung zu, wenn E. _____ auch daran erinnerte, dass sie ausserdem Gläubiger seien. Der VR diskutierte, dass der Überbrückungskredit Fr. 6 Mio. betragen und bis Ende Oktober gesichert sein müsse, jedoch erst am 20. No-

vember ausbezahlt werden sollte, wenn B._____ die feste Zusage eines Investors für Fr. 15 bis 25 Mio. habe. Wenn 6 Mio. am 20. November bezahlt würden, können inzwischen die laufenden Einnahmen verwendet werden, um die dringendsten Lieferungen zu bezahlen; dies jedoch nur, wenn die Löhne in einer allfälligen Liquidation zu 100 % gedeckt werden würden. Der VR wurde mit der Klärung der Frage beauftragt, ob eine der schweizerischen Gruppengesellschaften in einer OR Art. 725-iger Situation sei. Die Frage des VR an N._____, ob er bereit sei, die Gesellschaft einen weiteren Monat zu leiten, bejahte dieser mit der Bemerkung, dass es allerdings hart und schwierig werde, vor allem mit den Lieferanten. Auf die Frage, ob der VR noch etwas wissen müsse, bevor er über die Weiterführung der Firma entscheide, antwortete N._____, dass es vom Verhalten der Lieferanten abhängen würde. Der Druck steige. Es sei wichtig, dass keine Nervosität aufkomme und dass die Lieferanten ruhig blieben. Abschliessend erging unter anderem folgende Entscheidung: Dass am 31. Oktober 2002 (nächste VR-Sitzung) verbindliche Zusagen für Darlehen in der Höhe von Fr. 6 Mio. vorliegen müssten, und zwar unter der Bedingung, dass am 20. November 2002 eine Verpflichtungserklärung eines Investors über 15-25 Mio. vorliege, was die Realisierung des Projektes „...“ erlauben würde. W._____ werde aufgefordert, am 31. Oktober einen detaillierten Plan und eine Verpflichtung zur Durchführung von due diligence vorzulegen und dem VR am 20. November eine Antwort zu geben. Sollte am 31. Oktober der Überbrückungskredit nicht gesichert und die Erklärung von W._____ nicht vorliegen, werde die Anzeige beim Richter erfolgen. Der Entscheid fiel einstimmig, BE._____/E._____ enthielten sich der Stimme. Im Hinblick auf die Diskussion erwähnt E._____, dass er nicht mit einem 100%igen Erlass einverstanden sei. (F'._____) F._____ habe klar gemacht, dass er die gleichen Konditionen verlange wie sie den anderen Gläubiger gewährt würden. J._____ erwähnte, dass W._____ nach der Restrukturierung vom verbleibenden Schulden in der Höhe von Fr. 50-55 Mio. ausgehe.

- Medieninformation vom tt. Oktober 2002 (act. 36/5)
- Draft Memorandum BE._____/E._____/F._____ vom 29. Oktober 2002 (act. 16/4)
Zusage, die November-Löhne bis zum Betrag von Fr. 6 Mio. zu finanzieren gegen frei verfügbare Werte und Vorlage eines Restrukturierungsplanes, mit dem mindestens Fr. 15 Mio. vor dem 20. Dezember 2002 eingeschossen würden; bedingte Zusagen der Hauptgläubiger betreffend Reduktion der Schulden auf Fr. 50 Mio. oder weniger, Rückübertragungsmöglichkeit bezüglich der genannten Werte; an Bedingungen geknüpfte Zusage von BE._____ für den Fall, dass kein neuer Investor bis zum 15. November 2002 verbindliche Zusagen abgebe.
- Artikel ... [Tageszeitung] vom tt. Oktober 2002 („B._____ streicht 450 Jobs“; act. 4/48)
- Bericht der ...-Zeitung vom tt. Oktober 2002 („Kahlschlag als Rettungsring, B._____ greifen zu Radikalmassnahmen. Ein Drittel der 1300 Mitarbeiter wird entlassen. Fürs Überleben wird es nicht reichen. B._____ braucht dringend weitere Mittel. Die Banken zieren sich“, act. 4/20)
- Artikel ... [Tageszeitung] vom tt. Oktober 2002 („B._____ wirft viele Fragen auf, massiver Stellenabbau – kein Sozialplan“, act. 4/49)
- Kreditlimitenübersicht per 31. Oktober 2002 (act. 4/50)
- Protokoll der VR-Sitzung vom 31. Oktober 2002 (act. 4/54)

Die Verhandlungen mit den ... Banken [des Staates Q. _____] seien gut verlaufen; es werde in den nächsten 10 Tagen über ihren Entscheid informiert. S. _____ habe mitgeteilt, der Grund für den Erlass sei erkannt. Die Schweizer Banken hätten klar gemacht, dass sie gleich wie andere Gläubiger behandelt werden wollten. W. _____ wünscht die verlangten Informationen und es werde ein Treffen mit Leuten vom Verkauf stattfinden. Due diligence sollte etwa am 15. November abgeschlossen sein und W. _____ sollte bis zum 18. November entscheiden. Die ... Gruppe [des Staates V. _____] würde höchstens Fr. 3 - 4 Mio. als Co-Investoren einbringen. Kontakte zu BF. _____ Group sollten nicht weiter verfolgt werden. Eine Gruppe von Schweizer Investoren sei bereit, mit einem „Swing Loan“ die November-Löhne zu sichern. Ausserdem wurden diverse weitere Punkte behandelt.

November 2002

- Medienmitteilung vom tt. November 2002 (act. 36/6)
- Email Dr. J. _____ betreffend Refinancing vom 4. November 2002 (act. 16/5)
Ausführungen zu Rechtsfragen hinsichtlich Swing-Loans der Gründer.
- Email Dr. J. _____ an Beklagten vom 5. November 2002 (act. 16/6)
Der Beklagter habe dafür zu sorgen, dass bis zur VR-Sitzung vom 18. November der „Commitment Letter“ der Geldgeber vorliege. 6 Mio. Fr. müssten am 20. November 2002 bei der B2. _____ eingehen. Der Beklagte habe dafür zu sorgen, dass auf das Datum der a.o. GV (12.12.2002) bedingte Schuldverzichtserklärungen im Hinblick auf das zu senkende Schuldenniveau auf ca. 50 Mio. CHF vorlägen. „Im Hinblick auf die Verwaltungsratssitzung vom 18. November 2002 sollten von allen Gläubigern Absichtserklärungen vorliegen, damit sich der Verwaltungsrat von der Tatsache überzeugen könne, dass die Realisierung des Plans auf gutem Weg sei. ... Damit der Verwaltungsrat die entsprechenden Beschlüsse am 18. November 2002 fassen könne, sei es notwendig, dass verbindliche Verpflichtungen der neuen Kapitalgeber vorlägen, für mindestens 15 Mio. neue B2. _____ Aktien zu zeichnen“.

→ erste Überweisung an den Beklagten vom 13. November 2002 (act. 4/15)

- Absichtserklärung BG. _____ vom 13. November 2002 (act. 16/8)
Mitteilung der Bedingungen für eine allfällige Investition, so insbesondere Reduktion der Schulden auf mindestens 60 Mio., Herabsetzung des Aktienkapital, Verkauf des „BA. _____-Geschäftes“, Beendigung der Produktion in den ... [des Staates BH. _____], wenn überhaupt möglich, Reduktion Mitarbeiter auf 700, Investition von Fr. 10 Mio. in neue Aktien (Total Fr. 20 – 26 Mio.), andere neue Investoren mit 5 – 10 Mio., Zustimmung des eigenen ... Verwaltungsrates [des Staates V. _____].

→ zweite Überweisung an den Beklagten vom 15. November 2002 (act. 4/13)

- Email von Prof. Bl. _____ vom 17. November 2002 (act. 36/7)
- Schreiben BJ. _____ [Bank] vom 18. November 2002 (act. 16/17)
Ankündigung der Bereitschaft, nach Vorliegen des detaillierten Business-Planes für die B. _____-Gruppe und nach Umsetzung der finanziellen Restrukturierungsmassnahmen eine Verlängerung der Kreditfazilität zu prüfen.

➤ Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 18. November 2002 (act. 27/17)

Begründung des schlechten Geschäftsganges. Feststellung, dass Debitorenguthaben in der Höhe von Fr. 20 Mio. brach lägen. Vorgeschlagene Umstrukturierung verursache Kosten in der Höhe von Fr. 10 Mio. Die angedachten Restrukturierungen benötigten offenbar sehr viel Zeit. Der Plan mit den Banken [des Staates Q. _____] (65 % forgiveness, 35 % [ca. CHF 10 Mio.] immediate repayment) könne nur umgesetzt werden, sofern die dazu erforderlichen liquiden Mittel nicht von der B2. _____ zur Verfügung gestellt werden müssten. Sunrise lasse sich nur dann umsetzen, wenn die Situation in Q. _____ „cash neutral“ erledigt werden könne und wenn E. _____/F. _____ die Liquidität bis Ende 2002 sicherstellen würden. E. _____/F. _____ müssten innert weniger Tage einen Swing Loan im Betrage von total CHF 6 Mio. auszahlen und ausserdem noch dieses Jahr mindestens CHF 9 Mio. freigeben. Ohne dieses Geld könne die B. _____ Gruppe nicht überleben. Swin Loan ist einerseits zu hart formuliert und die geforderten Debitorenzessionen können nicht gegeben werden. E. _____/F. _____ sind nicht zu einem Forderungsverzicht bereit. Nach BI'. _____ (BI. _____) sind bis Ende 2002 mindestens CHF 15 Mio. nötig und für Januar bis Mai 2003 mindestens nochmals CHF 15 Mio. Weder von S. _____ noch von den Banken liege ein positives Signal vor ... Die Finanzierung für die Monate Januar bis April/Mai 2003 sowie die Finanzierung der Restrukturierung sei nicht sichergestellt, allfällige Einnahmen aus Debitorguthaben würden für die Bezahlung von Material gebraucht, andernfalls die Produktion still stehe.

➤ Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002 (act. 27/9)

Projekt Sunrise werde z.Z. bevorzugt. Spin-off sei bis anhin weder mit Banken noch mit Gewerkschaften besprochen worden, sollte aber bis 1. Januar 2003 und bevor Dritte in die B2. _____ investieren, erledigt sein. J'. _____ (J. _____) wendete ein, dass es kaum möglich sein werde, von allen Hauptgläubigern bis zur a.o. GV die verlangten Zusagen zu erhalten. E'. _____ (E. _____) betont, dass Zwischenfinanzierung durch ihn und Dr. F. _____ nur dann zustande komme, wenn Sunrise mit Sicherheit umsetzbar sei. Diese Sicherheit müsse im Zeitpunkt der Auszahlung vorliegen. Der Beklagte fasst den Cash-Bedarf zusammen, nämlich: „für 2002 Fr. 15 Mio., für Januar bis März 2003, nochmals Fr. 15 Mio. Sofort benötigt würden Fr. 10 Mio. Einzige Quelle für dieses Geld seien E'. _____/F'. _____ (E. _____/F. _____). Alle Versuche, Drittinvestoren zu finden, seien gescheitert. Das Überleben der B. _____ hänge somit allein vom Verhalten von E'. _____ (E. _____) und F'. _____ (F. _____) ab. Über eine Kapitalerhöhung könne erst im April oder Mai 2003 weiteres Geld beschafft werden. Die Platzierung von neuen Aktien bedürfe eines Prospektes. Bis dieser aufgrund von vernünftigen Informationen erstellt werden könne und vorliege, werde es mindestens April oder Mai 2003. Eventuell könnte noch etwas Geld über den Verkauf von Aktiven (BC. _____) beschafft werden. Strategische Investoren könnten erst dann angegangen werden, wenn die Restrukturierung erfolgreich umgesetzt worden sei. Das BK. _____ Geschäft könnte dann auch für strategische Investoren interessant sein.

BI'. _____ (BI. _____) fasste zusammen: „Bis Ende 2002 brauche die Gesellschaft CHF 15 Mio. neue Mittel. Einzige mögliche Quelle seien E'. _____/F'. _____ (E. _____/F. _____). Von diesen CHF 15 Mio. müssten mind. CHF 4 – CHF 6 Mio. innert weniger Tage kommen. Der Rest bis Ende Dezember, damit die Löhne bezahlt werden könnten. Für 2003 bestehe folgender Cash-Bedarf: Januar CHF 8 Mio.; Februar: CHF 4 Mio. und März CHF 2 Mio. Woher diese CHF 14 Mio. kommen sollten, sei nicht klar. Im April oder Mai 2003 können über die Kapitalerhöhung ev. CHF 9 – 11 Mio. beschafft werden.“

BL'.____ (BL.____) bemerkte, dass ev. auch die Schweizer Banken bereit sein würden, in das sanierte BK.____ Geschäft bis maximal CHF 5 Mio. zu investieren. Im weiteren stellte BL'.____ fest, dass die Zusammenfassung von BI'.____ (BI.____) die Beseitigung von „Altlasten“ nicht berücksichtige. Diese Beseitigung könne gut nochmals CHF 10 Mio. kosten. BL'.____ stellte aber fest, dass die Geschäftsleitung und der Verwaltungsrat hinter dem Projekt Sunrise stünden, sofern auch die Investoren Flagge zeigen. Daher seien jetzt E'.____ und F'.____ (E.____/F.____) aufgefordert zu sagen, ob und bis wann sie bezahlen würden. BI'.____ (BI.____) ergänzte, dass für diesen Entscheid nicht mehr viel Zeit bleibe. Eine erste Tranche muss innert Wochenfrist fließen. P'.____ (P.____) stellte fest, dass B2.____ per dato nicht überschuldet sei. ... BL'.____ (BL.____) räumt ein, dass noch viele Unsicherheiten und offene Fragen bestünden. Die Situation lasse aber ein Zuwarten nicht mehr zu. Bis nächsten Donnerstag oder Freitag bräuchte es die Zusage der Investoren, ob sie mitmachten oder nicht. BI'.____ (BI.____) betonte, dass die Gesellschaft z.Z. über kein cash mehr verfüge. Lieferanten könnten nicht mehr bezahlt werden. Es drohe der betriebliche Stillstand. ... E'.____ (E.____) fasste die gemeinsame Haltung von ihm und F'.____ (F.____) wie folgt zusammen: 1. Sunrise bringe viele Risiken. 2. Die Situation in Q.____ sei in mehrfacher Hinsicht unsicher: Es bestünden Unsicherheiten bezüglich der Machbarkeit eines MBO's sowie der Zusagen der Banken zur 65/35 Lösung. 3. Die Finanzierung sei noch völlig offen. Es scheine so zu sein, dass die CHF 15 Mio. nur bis Ende 2002 reichen würden. E'.____ (E.____) und F'.____ (F.____) wollten aber nur investieren, wenn sicher sei, dass ab Januar 2003 genügend Geld vorhanden sei, um die „neue“ B.____ durch und in Schwung zu bringen. Aufgrund dieser Überlegungen behielten sich E'.____ und F'.____ (E.____/F.____) vor, die Situation nochmals zu überdenken. Sie würden am 28.11.02 mit einem konkreten Vorschlag auf die Gesellschaft zukommen. BI'.____ (BI.____) hielt fest, dass aufgrund des akuten Liquiditätsengpasses nicht bis am 28.11.02 zugewartet werden könne. BI'.____ (BI.____) betonte, dass die Gesellschaft bis am Montag CHF 5 Mio. benötige, da es sonst Probleme mit den Lieferanten gäbe. ... BM'.____ (BM.____) schlug deshalb vor, dass sich E'.____ und F'.____ (E.____/F.____) verpflichteten, bis am Montag bedingungslos CHF 5 Mio. zu bezahlen und bis Donnerstag der Gesellschaft ihren Grundsatzentscheid mitzuteilen, ob sie auch bei der Finanzierung der restlichen CHF 10 Mio. mitmachen würden. E'.____ und F'.____ (E.____/F.____) fühlten sich unter Druck gesetzt. Bis am Montag komme sicher kein Geld. Zuerst müsse die Situation überdacht und mit den eigenen Anwälten besprochen werden. F'.____ (F.____) betonte, dass er ohne unterschriebene Verträge, die genügende Sicherheit vorsähen, keinen Franken bezahlen werde. BI'.____ (BI.____) hat Verständnis für die Bedenken von E'.____ und F'.____ (E.____/F.____). BI'.____ (BI.____) betont aber, dass es am 28.11.02 eventuell gar nichts mehr zu entscheiden gebe. Die Gesellschaft könne zur Zeit nicht mehr produzieren, da die Lieferanten nicht mehr lieferten. ... E'.____ und F'.____ (E.____/F.____) betonten noch einmal, dass sie ohne saubere vertragliche Grundlagen keine Darlehen gewähren würden. ... Aufgrund dieser Situation schlug BI'.____ (BI.____) folgendes weitere Vorgehen vor: Erstens: Das Projekt Sunrise werde vorangetrieben. Zweitens: Parallel dazu würde der Fall der Bilanzdeponierung vorbereitet. Alle Verwaltungsräte waren mit diesem Vorgehen einverstanden. ...“.

Mit dieser ausführlichen Wiedergabe des VR-Protokolls vom 22. November 2002 kann die chronologische Aufarbeitung der Akten und deren Inhalte abgeschlossen werden; wie sich die Dinge zwischen dem Zeitpunkt der Zahlung und

der Konkureröffnung dann tatsächlich entwickelten, ist für das vorliegende Verfahren nicht entscheidend. Die Bemühungen des Beklagten wurden mit Überweisungen vom 13. und vom 15. November 2002 honoriert. Das Protokoll der VR-Sitzung vom 22. November 2002 zeigt in zeitlicher Hinsicht recht genau, von welchem Stand der Dinge und von welchen Erwartungen die Organe der B2. _____ im massgeblichen Zeitraum ausgingen bzw. (noch) ausgehen konnten. Die Chronologie zeigt auch deutlich, dass sich die Verhältnisse um Mitte November 2002 nicht unerwartet zum Schlechten gewendet hatten, dass der Konkurs der B2. _____ nicht unerwartet, wie der Beklagte behauptet (act. 15 Rz 7), oder aus einem nicht voraussehbaren Anlass kam, sondern dass es sich um eine kontinuierliche, immer wahrscheinlichere Entwicklung handelte. Dass der Verwaltungsrat an der Sitzung vom 22. November 2002 – weniger als 10 Tage nach den angefochtenen Honorarauszahlungen – die Deponierung der Bilanz noch nicht direkt beschloss, sondern diese parallel zur Fortführung des Projektes Sunrise vorbereitete (act. 27/9 S. 11), steht im Widerspruch mit seinen eigenen Beschlüssen. So wurde an der VR-Sitzung vom 3. Oktober 2002 beschlossen, dass bis zur nächsten Sitzung eine Absichtserklärung eines neuen Investors in der Höhe von 15 Mio. vorliegen müsse sowie die Bereitschaft, die Mittel bis zum 20. Oktober 2002 einzuschiessen. An der gleichen Sitzung wurde erwähnt, dass Rückmeldungen der Gläubiger, die mit der Reduktion ihrer Guthaben von ca. Fr. 110 Mio. auf rund Fr. 55 Mio. einverstanden sein sollten, erforderlich seien. Beides liess sich nicht realisieren. Zwar wurde im Hinblick auf die finanzielle Restrukturierung und private Platzierung von 15 Mio. neuen Aktien ein Aktionärsbindungsvertrag (vom 18. Oktober 2002) entworfen (act. 36/4), hingegen gingen keine verbindlichen Zusagen von Investoren und erst recht kein Geld bei der B2. _____ ein. An der VR-Sitzung vom 22. Oktober 2002 wurde zwar auf das fortbestehende Interesse des potentiellen Investors W. _____ hingewiesen, jedoch auch gesagt, er misstrauete den ihm unterbreiteten Zahlen. Er wolle due diligence zwar durchführen, jedoch nur analysieren und sich nicht verpflichten. In diesem Zusammenhang wird erwähnt, dass sich W. _____ (der von einer Schuldenreduktion auf Fr. 50-55 Mio. ausging) bis zum 20. November 2002 erklären müsse, ob er investieren wolle. Schliesslich wurde einstimmig (mit Stimmenthaltung von E. _____/F. _____) be-

schlossen, dass – wenn am 31. Oktober 2002 der erforderliche Überbrückungskredit nicht gesichert sei und keine Erklärung von W._____ vorliegen würden –, die Anzeige beim Richter erfolge (act. 27/8 S. 5). Nach dem Protokoll der VR-Sitzung vom 31. Oktober 2002 hätte W._____ bis zum 18. November 2002 entscheiden müssen, wobei inzwischen auch feststand, dass die ... Gruppe [des Staates V._____] höchstens und unter verschiedenen Bedingungen Fr. 3 bis 4 Mio. *als Co-Investoren* einbringen würde (vgl. die weiteren, bei weitem nicht erfüllten Bedingungen für die ... Beteiligung [des Staates V._____] in act. 16/8). Die Klägerin führt aus, dass es schon Ende Oktober klar gewesen sei, dass BB._____ nicht investiere (act. 69 Rz 67). Wie es sich damit letztlich verhält, kann offen bleiben, da die von BB._____ genannten Bedingungen jedenfalls nicht erfüllt waren. An der VR-Sitzung vom 22. November 2002 wurde dann allerdings der Gang zum Richter nicht beschlossen, obwohl die anvisierten Zusagen der Gläubiger betreffend Reduktion ihrer Guthaben nicht vorlagen, alle Versuche, Drittinvestoren zu finden, gescheitert waren und auch der Überbrückungskredit mit den Gründern angesichts der verschiedenen Unklarheiten noch keineswegs unter Dach und Fach war.

Der Beklagte führt an, die Bereitschaft von E._____/F._____, noch insgesamt Fr. 3 Mio. zu investieren, zeige, dass die Weiterführung der B2._____ keineswegs hoffnungslos gewesen sei. Die Klägerin erwähnt, dass angesichts der früheren grossen Investitionen von E._____/F._____ die Fr. 3 Mio. nicht erheblich ins Gewicht fielen; ausserdem sei es fraglich, ob ihr Investitionsverhalten als Massstab genommen werden könne, da diese zu stark involviert waren, um objektiv urteilen zu können, weshalb sie in der Abstimmung über die Fortführung der B2._____ dann auch in den Ausstand versetzt worden seien (act. 69 Rz 51 f.).

Dazu ist zu bemerken, dass es so oder so nicht massgeblich auf die Einschätzung von E._____/F._____ ankommt und dass deren Bereitschaft Mitte November 2002 ausserdem noch keineswegs feststand; es trifft nämlich keineswegs zu, dass im November 2002 kein Grund zu Zweifeln bestand, „dass die Gründer nicht zu ihrem Ende Oktober 2002 gegebenen Wort stehen würden und zwar umso mehr als die Gründer bereits 2002 die B2._____ massiv finanziell unterstützt hatten“ (act. 63 Rz 52). Der Verwaltungsrat hatte erst an der Sitzung vom

29. November 2002 (act. 27/8 S. 6) definitiv über die „Swing Loans“ entschieden („The Board accepts the two Swing Loans for Dr. F. _____ and Dr. E. _____ in the total amount of 3 Mio. CHF“) und die bezüglichen Verträge (act. 27/1) datieren vom 2. Dezember 2002. Das VR-Protokoll vom 22. November 2002 zeigt deutlich, dass die Darlehensgeber damals grösste Bedenken und noch keineswegs entschieden hatten. Die mehrfach wiederholte Behauptung des Beklagten, die genannten 3 Mio. seien am 20. November 2002 dem Konto der B2. _____ gutgeschrieben worden (vgl. z.B. act. 63 Rz 49), ist unzutreffend, durch die Akten widerlegt (Verfugungsauftrag Dr. E. _____ [act. 27/3] und [Gutschrift Zahlung Dr. E. _____, act. 27/4]) und vom Beklagten selbst auch an einer Stelle richtig gestellt (act. 63 Rz 34: „[recte: 2./3. Dezember 2002“]). Was die *Höhe* der Darlehen E. _____/F. _____ anbelangt, fällt auf, dass insgesamt Fr. 3 Mio. zur Verfügung gestellt wurden (act. 27/1), was – angesichts des verschiedentlich geäusserten Liquiditätsbedarfes – unzureichend gewesen sein muss (vgl. act. 4/46: Verwaltungsrats-Beschluss, dass bis zur nächsten VR-Sitzung [22. Oktober 2002] eine Absichtserklärung neuer Investoren in der Höhe von Fr. 15 Mio. vorliegen sollte mit der zusätzlichen Bereitschaft, bis zum 20. Oktober 2002 zu bezahlen; vgl. act. 4/54: VR nennt einen Überbrückungskredit von Fr. 6 Mio., der bis Ende Oktober zugesichert, bis 20. November bezahlt sein müsse. Wenn Fr. 6 Mio. am 20. November bezahlt würden, könnten die inzwischen laufenden Einnahmen verwendet werden, um die dringendsten Lieferungen zu bezahlen; am 31. Oktober 2002 [nächste VR-Sitzungen] müssten verbindliche Zusagen für Darlehen in der Höhe von Fr. 6 Mio. vorliegen; act. 16/6: Dr. J. _____ teilt dem Beklagten am 5. November 2002 mit, dass er dafür sorgen müsse, dass Fr. 6 Mio. bis am 20. November 2002 bei der B2. _____ eingegangen seien; act. 27/9 S. 8 f.: Zusammenfassung des Cash-Bedarfes durch den Beklagten für 2002 Fr. 15 Mio. ... Sofort benötigt würden Fr. 10 Mio. Hinweis von Bl. _____ (act. 27/9 S. 9), dass von den bis Ende 2002 benötigten Fr. 15 Mio. innert weniger Tage Fr. 4 - 6 Mio. kommen müssten, der Rest bis Ende Dezember, damit die Löhne bezahlt werden könnten. Es könne nicht bis am 28. November 2002 zugewartet werden, es brauche am Montag Fr. 5 Mio., die Gesellschaft könne zur Zeit nicht mehr produzieren, da die Lieferanten nicht mehr lieferten.

Auf Grund der Aussagen der massgeblichen Beteiligten waren sich diese im Zeitraum Mitte November 2002 somit durchaus bewusst, dass 4, 5 respektive 6 Mio. Fr. sofort benötigt würden und dass dafür keine verbindlichen Zusagen vorlagen, schon gar nicht von Drittinvestoren. Dass die Gründer letztlich im Nachhinein dann doch noch – auf Grund sämtlicher zuvor genannten Zahlen unzureichende – 3 Mio. einschossen, ändert nichts daran, dass auch dieses Darlehen im massgeblichen Zeitpunkt höchst unsicher war (vgl. Wortmeldungen E._____/F._____) in act. 27/9 S. 8, 9,10 und 11), dass die etwas längerfristige Finanzierung erst recht nicht gesichert war und dass die B.____ Gruppe in jenem Zeitpunkt buchstäblich von der Hand in den Mund lebte (kein cash mehr, Lieferanten konnten nicht mehr bezahlt werden, betrieblicher Stillstand drohte, vgl. act. 27/9 S. 9). Auf die Absichtserklärung der Gründer (BE._____/E._____/F._____) im Memorandum vom 29. Oktober 2002 (act. 16/4), bis zu 6 Mio. für die volle und rechtzeitige Bezahlung der November-Löhne einzuschliessen, durften sich die Organe der B2.____ angesichts der Entwicklung nicht verlassen, zumal diese Absichtserklärung an zahlreiche Bedingungen (insbesondere Übertragung von Vermögenswerten in der Höhe von 6 Mio.; Vorlage von Absichtserklärungen der Hauptgläubiger für einen Schuldenerlass auf den Stand von weniger als 50 Mio. etc.) geknüpft gewesen war, die sich bekanntlich nicht erfüllen liessen, wovon Mitte November auszugehen war. Das vom Beklagten beantragte Beweisverfahren (act. 63 Rz 52) könnte keine zusätzliche Erkenntnisse bringen und die Bestätigung der aktenmässig erstellten Erkenntnisse ist nicht erforderlich. Letztlich kommt es nämlich nicht darauf an, was die Organe der B2.____ tatsächlich glaubten, sondern ob sie – bei einer objektivierten Betrachtung – an eine Erholung glauben durften.

Auch was der Beklagte weiter anführt, vermag dieses Bild des unmittelbar drohenden Niederganges nicht zu relativieren. Wenn er für seinen Standpunkt den Business-Plan nennt (act. 15 Rz 9; act. 16/3 S. 69), ist dies eine naturgemäss mit Unsicherheiten verbundene Einschätzung für die Zukunft. Der Businessplan nennt Liquiditätsbedarf von Fr. 10 bis 15 Mio. bis Ende 2002, welche durch die Umsetzung zweier Projekte hätten aufgebracht werden sollen. Dass das Liquiditätsproblem bis Mitte November auf diese Weise nicht behoben werden konnte,

stand in jenem Zeitpunkt fest, so dass es auf die im Businessplan geäusserten Chancen nicht ankommen konnte. Bezüglich des Schreibens der BJ. _____ AG vom 18. November 2002 (act. 16/7), welches der Beklagte dafür anführt, dass es um die B2. _____ bzw. die B. _____ Gruppe bei weitem nicht so schlecht bestellt war, wie behauptet werde, ist zu erwähnen, dass es sich – wie sich schon aus dem Wortlaut ohne weiteres ergibt – nicht um eine Zusage handelte, sondern dass lediglich bedingt in Aussicht gestellt wurde, die Weiterführung des Konsortialkreditvertrages für den Fall zu *prüfen*, dass ein detaillierter Business Plan vorgelegt würde und die seitens des Verwaltungsrates der B2. _____ geplanten Restrukturierungsmassnahmen umgesetzt seien. Offener und unverbindlicher kann eine „Zusage“ nicht formuliert werden, ja sie ist mangels jeglicher Verbindlichkeit wertlos.

Wenn in dieser Situation am 22. November 2002 förmlich und einstimmig beschlossen wurde, das Projekt Sunrise voranzutreiben, geschah dies entgegen den früher gefassten Verwaltungsrats-Beschlüssen. Dass der Verwaltungsrat die von ihm an einer früheren Sitzung selber beschlossenen Konsequenzen nicht zog, kann der Beklagte nicht zu seinen Gunsten anführen. Grund dafür war jedenfalls nicht, dass die seinerzeit festgelegten Vorgaben auch nur teilweise erfüllt worden wären, im Gegenteil. Immerhin zeugt die Tatsache, dass die Vorbereitungen für die Deponierung der Bilanz parallel an die Hand genommen wurden (act. 27/9 S. 11) davon, dass der Verwaltungsrat die bevorstehende Insolvenz als durchaus reale Möglichkeit erkannte. Wenn dem Beklagten in dieser Situation sein Honorar ausbezahlt wurde, im Wissen um die prekäre aktuelle finanzielle Situation, im Bewusstsein, dass auch die für die nähere Zukunft erforderlichen Schuldenreduktionen und Investitionszusagen in der erforderlichen Höhe nicht erhältlich waren, nahmen die B2. _____ bzw. deren Organe in Kauf, dass die anderen Gläubiger als natürliche Folge dieses Tuns benachteiligt würden und zwar nicht nur als eventuelle und weit entfernte Folge (BGE 135 III 284 E. 7.1: „consequence eventuelle et lointaine“). Anzuführen ist, dass das spätere „Aus“ der B2. _____ nicht auf unerwartete Entwicklungen zurückging, sondern dass das eintrat, was vorhersehbar gewesen war: Dass die vorhandenen Mittel nicht ausreichten und dass Investoren und Veräusserungserlöse nicht rechtzeitig für den benö-

tigen Liquiditätszuwachs sorgten. Der Spin-Off der T. _____ von der B. _____ Gruppe, welches der B2. _____ einen Kreditorennachlass von ca. Fr. 43 Mio. hätte bringen sollen (act. 63 Rz 67), kam letztlich nicht zustande, weil die ... Banken [des Staates Q. _____] – so der Beklagte – (act. 63 Rz 71), die mündlich gemachten Zusagen nicht schriftlich bestätigt hatten. Dass im Zeitpunkt Mitte November 2002 fest mit diesem Kreditorennachlass gerechnet werden konnte, ist unzutreffend. In act. 27/9 S. 8, dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002, steht nämlich wörtlich: „Der Spin-off in Q. _____ wurde bis jetzt weder mit den Gewerkschaften noch mit den ... Banken [des Staates Q. _____] besprochen“, so dass jedenfalls in jenem Zeitpunkt kein begründeter Verlass auf die behaupteten Zusagen der Banken bestand.

Aus all diesen Gründen ist somit davon auszugehen, dass die Honorarzahlung an den Beklagten das Vollstreckungssubstrat vermindert hat. Dem Beklagten steht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 III 265 ff.) der Gegenbeweis offen, nämlich dass die anderen Gläubiger auch bei nicht erfolgter Honorarzahlung an den Beklagten den gleichen Verlust erlitten hätten. Dass keine hier zu berücksichtigende Gegenleistung im Sinne des Art. 288 SchKG erbracht wurde, ist bereits ausführlich behandelt worden. Gleiches gilt für die Argumente, dass Mitte November 2002 alle fälligen Forderungen der B2. _____ bezahlt gewesen seien und dass eine Verminderung der Passiven den Gläubigern, wenn die verbleibenden Schulden die Aktiven nach wie vor übersteigen, nichts bringen. Dass die Zahlung an den Beklagten aus anderen Gründen ausnahmsweise die übrigen Gläubiger nicht geschädigt haben sollte (z.B. wegen der Wirkung des Prioritätsprinzips in der Betreuung auf Pfändung [BGE 85 III 185 ff. Erw. 2a] oder wegen Gewährung und Rückzahlung eines kurzfristigen Darlehens zur Bezahlung privilegierter Lohnforderungen [BGE 99 III 27 ff. Erw. 3]), wird nicht geltend gemacht. Eines Beweisverfahrens (act. 63 Rz 19) bedarf es somit nicht.

6. Schliesslich ist vorausgesetzt, dass die Schädigungsabsicht für den Dritten, hier den Beklagten, erkennbar ist. Erkennbar ist sie, wenn die Schädigung „bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkannt werden konnte“. Eine besondere Sorgfalt kann nur

verlangt werden, wenn und soweit ein besonderer Anlass dafür besteht. Nur deutliche Anzeichen rufen nach einer sorgfältigen Prüfung (BGE 134 III 456 Erw. 4.2, vgl. auch BGE 135 III 286 f.).

Nach den Vorbringen des Beklagten kann keine Rede davon sein, dass er über die äusserst angespannten finanziellen Verhältnisse der B2._____ regelmässig vollumfänglich informiert und dokumentiert war bzw. dies hätte sein müssen (act. 63 S. 3 Rz 8 sowie S. 20 Rz 79 ff.), während die Klägerin auf die jahrelange Beratertätigkeit des Beklagten und die dadurch erworbenen intimen Kenntnisse der finanziellen und wirtschaftlichen Situation des Beklagten hinweist (vgl. z.B. act. 69 Rz 1 ff., Rz 6).

Die Vorbringen des Beklagten entbehren in dieser Hinsicht jeglicher Begründung: Dass er vor allem für zwei Projekte (Spin-Off der ... Tochtergesellschaft T._____ Srl. [des Staates Q._____] sowie die Vereinbarung mit S._____) zuständig war (act. 15 Rz 7, 32 ff.), mag sein, ändert aber nichts daran, dass er insbesondere an den Verwaltungsratssitzungen vom 3., 22. und 31. Oktober 2002 sowie vom 18. und 22. November 2002 (act. 4/46; act. 4/53; act. 4/54, act. 27/17, act. 27/9) anwesend war, wenn teilweise auch nicht während der ganzen Länge. Das hat aber seinen Informationsstand nicht grundsätzlich beeinflusst und nur auf diesen Informationsstand kann es ankommen. An der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2002, unmittelbar nach der Zahlung seiner Honorare und damit mit dem Wissensstand, der im massgeblichen Zeitpunkt vorlag, fasste der Beklagte selber die Situation betreffend Cash-Bedarf und fehlender Investoren zu Händen des Verwaltungsrates zusammen (act. 27/9 S. 8 f.). Dass verbindliche Zusagen von Investoren nicht erhältlich waren, war ihm gleichermassen bestens bekannt wie auch die Tatsache, dass die Swing Loans keineswegs unter Dach und Fach waren. Gleiches gilt für die Bereitschaft der Gläubiger zu Schuldverzicht, die der Beklagte hätte beibringen sollen (act. 16/6 S. 1). Dass der Beklagte damit die Schädigungsabsicht der B2._____ kannte (vgl. BGE 135 III 286 Erw. 8.1) und wusste bzw. in Kauf nahm, dass die ihm geleisteten Honorarzahungen die Interessen anderer Gläubiger beeinträchtigen, ergibt sich zweifelsfrei aus den

Akten und muss damit nicht mehr durch ein Beweisverfahren erhärtet werden (vgl. SchKG-Adrian Staehelin, N 20 und 23 zu Art. 288).

Schliesslich beruft sich der Beklagte darauf, dass er seine Dienstleistungen aus den Jahren 2001 und 2002 erst im Herbst 2002 in Rechnung gestellt habe (23. September, 17. Oktober sowie 10. November 2002; act. 4/14, 4/16-4/18), was zeige, dass er nicht mit der Insolvenz gerechnet habe. Dies könnte allenfalls als Beleg dafür genommen werden, dass der Beklagte in einem früheren Zeitpunkt nicht um sein Honorar bangte. Mit der Rechnungsstellung im Herbst 2002 (act. 15 Rz 37 ff.) wird hingegen nicht belegt, dass der Beklagte in jenem Zeitpunkt über die behauptete Zuversicht verfügte. Und auch die Tatsache, dass er zwei zukünftige, bereits feststehende Sitzungen in die Rechnung einschloss, lässt – wenn überhaupt – nicht darauf schliessen. Und schliesslich ist aus dem Umstand, dass weitere der B2._____ nahestehende Gläubiger (BE._____/E._____) etwa zeitgleich Rechnung stellten (act. 15 Rz 44; vgl. auch act. 4/21), nicht zu schliessen, dass der Beklagte nicht mit der Insolvenz der B2._____ rechnen konnte, sondern höchstens, dass die B2._____ nahestehende Gläubiger gleichbehandeln wollte. Darauf weist der Beklagte seinerseits in der Berufungsbegründung hin: Aus dem Handelsgerichtsurteil (act. 64 S. 12) habe er erfahren, dass für Dr. E._____ das Begleichen der ausstehenden Rechnungen Voraussetzung für das Zustandekommen des Swing Loan gewesen sei. Die Schlussfolgerung liege somit nahe, dass der Verwaltungsrat alle Berater gleich behandeln und deshalb nicht nur die Rechnungen von Dr. E._____, sondern auch diejenigen der anderen Berater bezahlen wollte (act. 63 Rz 76), worüber Dr. E._____ und die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates der B2._____ als Zeugen zu befragen seien. Das ist ebenfalls entbehrlich. Denn auch wenn sich herausstellen sollte, dass es diese Meinung gehabt hätte, könnte der Beklagte daraus nichts für sich ableiten. Art. 288 SchKG will zum einen die Schädigung aller Gläubiger – und nicht nur jene der gleichen „Kategorie“ – verhindern. Zum andern ergibt sich aus dem gleichen Passus im handelsgerichtlichen Urteil, dass Dr. E._____ nur seine eigene Situation im Auge gehabt haben kann, wenn darauf hingewiesen wird, dass er seine ausstehenden Guthaben vom Auszahlungsbetrag des Swing Loan in Abzug

bringen wollte, wenn sie bis dahin nicht bezahlt gewesen sein sollten (act. 64 S. 12).

7. Der Beklagte bezieht sich zur Stützung seines Standpunktes auch in anderer Hinsicht auf das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Januar 2008 (act. 64) betreffend paulianische Anfechtung zwischen der Klägerin des vorliegenden Verfahrens und der BO._____ AG (betreffend Beraterleistungen von Dr. E._____ [act. 63 S. 3 f. Rz 9 bis 11]). Er macht geltend, dass beim im Wesentlichen gleichen Sachverhalt anders entschieden worden sei als dies die Vorinstanz in seinem Fall getan habe (act. 63 S. 4 Rz 10 f.). Es wäre, so der Beklagte, unverständlich und unerklärlich, wenn der vom Handelsgericht beurteilte, weitgehend identische Fall anders entschieden würde als der vorliegende. Dass dies störend wäre, räumt auch die Klägerin ein, ohne dass dies das vorliegende Verfahren beeinflussen würde (act. 69 Rz 3).

Die Klage wurde im handelsgerichtlichen Verfahren hauptsächlich deshalb abgewiesen, weil Dr. E._____, um das Honorar für dessen Beraterleistungen es ging, (sowie Dr. F._____) letztlich bereit gewesen waren, für die Refinanzierung bedeutende Mittel bereit zu stellen. Im Zeitpunkt der umstrittenen Zahlungen von und an Dr. E._____ hätten die Verantwortlichen der B2._____ den Zusammenbruch zwar befürchtet, nicht jedoch in Kauf genommen, sondern in noch vertretbarer Weise auf eine Sanierung hingearbeitet. Nach Ansicht des Handelsgericht fehlte es deshalb an der Schädigungsabsicht, als am 11. November 2002 Rechnungen für die Beratungsleistungen von Dr. E._____ bezahlt worden waren. Der bezügliche Passus im handelsgerichtlichen Entscheid lautet (act. 65 S. 23): „Zusammenfassend zeigt sich, dass im Verwaltungsrat der B2._____ und sowohl bei Dr. F._____ als auch Dr. E._____ in ihrer Eigenschaft als Investoren bezüglich der Machbarkeit des Planes „Sun“ und damit der Überlebenschancen der B._____ -Gruppe fundierte schwere Bedenken bestanden, die sich am Ende auch verwirklichten. Das sind gewichtige Indizien für die Annahme, dass die Verantwortlichen im Zeitraum vom 29. Oktober bis 11. November, als es zu den angefochtenen Zahlungen an den Beklagten (Dr. E._____) kam, eine mögliche Gläubigerbenachteiligung bewusst in Kauf nahmen. Andere Indizien sprechen aber gegen eine solche Schlussfolgerung. Wenn sich nämlich die Beteiligten trotzdem

zum Weitermachen entschlossen und es zur Auszahlung des Swing Loan kam, dann kann dies nur so gedeutet werden, dass man eine Sanierung der B.____-Gruppe nach Abwägung aller Risiken trotz allem noch als realistische Möglichkeit einschätzte. ... Das Vorhaben scheiterte. Dennoch belegen diese Bemühungen und vor allem die Bereitschaft von Dr. E.____ und Dr. F.____, für die Refinanzierung bedeutende Mittel bereit zu stellen, sowie der Tatbeweis durch die Auszahlung des Swing Loans, dass die Verantwortlichen der B2.____ im Zeitraum 29. Oktober bis 11. November, als es zu den umstrittenen Zahlungen kam, den Zusammenbruch zwar befürchteten, aber nicht in Kauf nahmen, sondern in noch vertretbarer Weise auf eine Sanierung hinarbeiteten“.

Anzumerken ist, dass es sich beim Urteil des Handelsgerichts nicht um einen letzt-, sondern um einen erstinstanzlichen Entscheid handelt. Dieser Entscheid wurde von Klägerseite ans Kassationsgericht des Kantons Zürich weitergezogen; die Nichtigkeitsbeschwerde wurde dann allerdings nicht durch einen Sachentscheid, sondern durch einen Beschwerderückzug erledigt (Prot. S. 6), so dass sich letztlich nicht sagen lässt, wie die Angelegenheit ausgegangen wäre, wenn es zu einem Entscheid des Kassationsgerichts bzw. des Bundesgerichts gekommen wäre. Allerdings kommt es darauf auch nicht an; aus rechtlicher Sicht entscheidend ist die Unabhängigkeit der beiden Verfahren. Unstreitig fehlt es an Bindungswirkungen, wie sie sich aus den Regeln über die materielle Rechtskraft ergeben. Dem handelsgerichtlichen Entscheid kommt auch nicht der Stellenwert eines Präjudizes zu, weil das Handelsgericht gegenüber dem Obergericht kein Gericht höherer Ordnung ist, wobei auch die unterinstanzlichen Gerichte nicht zwingend an die Präjudizialität gebunden wären (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 4). Damit steht fest, dass die beiden Entscheide aus rein rechtlicher Sicht ohne weiteres zu abweichenden Ergebnissen führen können.

Schliesslich basiert die Argumentation des Handelsgerichts massgeblich auf der Bereitschaft von Dr. E.____ (und Dr. F.____), trotz der schwierigen Situation im November/Dezember 2002 namhafte Mittel einzusetzen. Beim Prozess vor Handelsgericht ging es um paulianische Anfechtung der Honorarzahlung an

Dr. E. _____ vom 11. November 2002, der sich letztlich nochmals finanziell engagierte. Im massgeblichen Passus im handelgerichtlichen Urteil (act. 64 S. 12) wird ausgeführt: „Durch die Überweisung von Dr. E. _____ von CHF 950'000.- als Swing Loan am 2. Dezember 2002 habe sich das Haftungssubstrat der B2. _____ massiv erhöht. Das Begleichen der ausstehenden Rechnungen sei Voraussetzung für das Zustandekommen dieses Swing Loan gewesen; wäre der Swing Loan trotz Nichtbezahlung gewährt worden, so wäre er um die offenen Rechnungen tiefer aufgefallen. Dr. E. _____ hätte in diesem Falle den Auszahlungsbetrag im Umfang des Ausstandes verrechnet, denn er wäre nicht bereit gewesen, Mittel für die Bezahlung anderer Gläubiger aufzubringen, um selber unbezahlt zu bleiben“. Auch wenn das Handelsgericht davon ausging, dass die Schädigungsabsicht der B2. _____ nicht bestand, ist der Fokus offensichtlich auf die besondere Situation von Dr. E. _____ gerichtet, der zuerst seine Guthaben bezahlt haben wollte, bevor er neue Mittel einschoss und andernfalls die neuen Mittel entsprechend reduziert hätte. Diesbezüglich ist der Fall mit jenem des Beklagten nicht vergleichbar und auch deshalb ist das abweichende Ergebnis vertretbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 288 SchKG erfüllt ist, weil der Beklagte Mitte November 2002 für seine Bemühungen, die er während weit mehr als einem Jahr erbracht hatte, durch die B2. _____ honoriert wurde, obwohl sich diese in prekären finanziellen Verhältnissen befand und die Organe der B2. _____ im Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit von einer Weiterexistenz der Unternehmung ausgehen konnten. Das dem Beklagten bezahlte Honorar stand den unbezahlt gebliebenen Gläubigern im Rahmen der Insolvenz nicht mehr zur Verfügung, was für den Beklagten in Kenntnis der wirtschaftlichen Situation erkennbar war. Die Berufung des Beklagten ist daher abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz ist zu bestätigen.

8. Ausgangsgemäss ist der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nicht angefochten, so dass sie zu bestätigen sind.

Für die Entschädigung im Berufungsverfahren gilt Folgendes: Die Klägerin ist die ausseramtliche Konkursverwalterin der B. _____ AG. Sie ist nicht anwaltlich

vertreten, so dass die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) nicht anwendbar ist; dieser Tarif bezieht sich auf freiberuflich tätige, selbständige Rechtsanwälte (ZR 106/2007 Nr. 78 S. 296). Die Eingaben der Klägerin sind von verschiedenen Personen unterzeichnet. Ob es sich dabei um Mitarbeitende mit Rechtsanwaltspatent handelt, ist nicht ersichtlich; jedenfalls haben sie ohne einen solchen Zusatz firmiert. Letzteres ist auch nicht ausschlaggebend. In ZR 106/2007 Nr. 78 wurde entschieden, wie es sich in Fällen verhält, in denen der Vertreter der entschädigungsberechtigten Partei – dort ein angestellter Rechtsanwalt – in einem arbeitsrechtlichen Anstellungsverhältnis zu dieser steht. Dieser hat entsprechend den vorstehenden Überlegungen ausschliesslich Anspruch auf angemessene Entschädigung im Umfang der wirklichen Bemühungen bzw. des wirklichen Arbeitsaufwands, der Zeitversäumnisse und der wirklichen Auslagen (ZR 106/2007 Nr. 78 S. 296).

Mangels Vorlage eines Nachweises im Sinne von § 69 Satz 2 ZPO ist das Gericht zu einer Schätzung nach pflichtgemäsem Ermessen verpflichtet (a.a.O.). Was den Aufwand im Berufungsverfahren anbelangt, waren zwei Eingaben zu verfassen (Berufungsantwort, Berufungsduplik). Gemäss den Überlegungen in der diesbezüglich hilfsweise heranzuziehenden Anwaltsverordnung fällt der Aufwand im Berufungsverfahren erheblich geringer aus – dort auf ein bis zwei Drittel – weil der Prozessstoff regelmässig und über weite Strecken aus dem vorinstanzlichen Verfahren bekannt ist. Ausserdem war die Klägerin an einem handelsgerichtlichen Verfahren mit einer sehr ähnlichen Thematik beteiligt (act. 64). Für das Berufungsverfahren angemessen erscheint daher ein Aufwand von 40 Stunden. Die Eingaben der Klägerin im Berufungsverfahren umfassen 21 respektive 22 Seiten (act. 69 und act. 83), wobei sich im Berufungsverfahren nichts Zusätzliches ergab, was einen nennenswerten Zusatzaufwand verursacht hätte. Auch wurden die umfangreichen Beilagen praktisch ausschliesslich vor Vorinstanz eingereicht, so dass sich der zweitinstanzliche Aufwand auch diesbezüglich in engen Grenzen hält.

Was den Stundenansatz anbelangt, ging das Kassationsgericht im genannten Entscheid für den angestellten Anwalt von einem Stundenansatz von

Fr. 90.00 aus. Würde es sich um die gleiche Konstellation wie dort handeln, wäre von diesem Ansatz auszugehen und entsprechend der Qualifikation des Verfassers bzw. der Verfasser der Eingaben anzupassen. Die vorliegende Konstellation ist jedoch anders, indem es sich bei der Klägerin um eine ausserordentliche Konkursverwalterin handelt, welche im Prozess die Interessen der Konkursmasse vertritt und somit nicht in eigener Angelegenheit handelt.

Ausserordentliche Konkursverwaltungen können sich gemäss Art. 43 ff. GebV SchKG für ihre Bemühungen aus der Konkursmasse bezahlt machen (Komm. GebV SchKG-Schober, N 3 und 7 zu Art. 43). In anspruchsvollen Verfahren kann gemäss Art. 47 GebV SchKG ein höheres Entgelt entsprechend der Schwierigkeit, der Bedeutung der Sache, dem Umfang der Bemühungen und dem Zeitaufwand festgesetzt werden. Die Entschädigung im vorliegenden Zivilprozess richtet sich zwar nicht nach den Kriterien der GebV zum SchKG, zu denen es im Übrigen nur wenige einschlägige Entscheide gibt. Dennoch muss die Entschädigung nach vergleichbaren Kriterien festgelegt werden, weil sich die Konkursverwaltung im Falle des Obsiegens im Prozess im gleichen Rahmen bezahlt machen können muss wie sie im Falle des Unterliegens der Konkursmasse verrechnen könnte. Was bezüglich jener Entschädigung im vorliegenden Fall gilt, ist nicht bekannt.

Im Fall BGE 130 III 611 ff. lagen die Stundenansätze bei Fr. 200.00/h für den a.o. Konkursverwalter (Rechtsanwalt), bei Fr. 140.00/h für weniger qualifizierte Verrichtungen und bei Fr. 50.00/h für Sekretariatsarbeiten. Im bereits genannten Zürcher Fall (BGE 7B.86/2005) wurde unter Hinweis auf die als üblicherweise bewilligten Ansätze von zwischen Fr. 200.00/h und Fr. 280.00/h, Ansätze von Fr. 280.00/h für den a.o. Konkursverwalter und Partner (Rechtsanwälte), Fr. 220.00/h für angestellte Rechtsanwälte sowie Fr. 90.00/h für Sekretariatsarbeiten bewilligt. In ZR 98/1999 Nr. 44 wurden – für die vergleichbare Nachlassliquidation – bei üblichen Ansätzen von zwischen Fr. 150.00/h und Fr. 280.00/h bzw. 160.00/h und 200.00/h sowie Fr. 85.00/h zusätzlich für qualifizierte Sekretariatsarbeiten – dem Liquidator Fr. 280.00/h zugestanden. Schliesslich ist BGE 120 III 97 ff. zu nennen, in dem eine Treuhandfirma als a.o. Konkursverwalterin einge-

setzt war. Dieser Entscheid basiert für Rechtsanwälte auf einem Stundenansatz von Fr. 200.00/h und für juristische Mitarbeiter auf Fr. 160.00/h pro Stunde. Das Bundesgericht erwähnt in BGE 7B.86/2005 E. 2.2 auch den Tarif der Treuhand-Kammer (Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten) im Vergleich zum Tarif des Zürcher Anwaltsverbandes. Diese Tarife könnten nicht unbesehen übernommen werden, weil es sich bei der Tätigkeit einer Konkursverwaltung um eine Aufgabe im öffentlichen Interesse handle, deren Entschädigung daher nicht rein gewinnorientiert festgelegt werden könne (GebV SchKG-Schober, N 3 zu Art. 47).

Die Entschädigung der Klägerin muss gegenüber jener, welcher BGE 7B.86/2005 zugrunde liegt, angemessen reduziert werden. Dies gilt umso mehr als sich aus den Akten nichts bezüglich der Qualifikation der Verfasser der Rechtsschriften ergibt. Immerhin ist davon auszugehen, dass die ins Recht gelegten Eingaben, wenn nicht von Rechtsanwälten so doch von juristischen Mitarbeitern mit einschlägigen Erfahrungen stammen. Angemessen erscheint daher ein Stundenansatz von Fr. 180.00/h, was für 40 Stunden den Betrag von Fr. 7'200.00 ergibt. Unter Berücksichtigung der geschätzten Spesen und Auslagen ist die Entschädigung auf Fr. 7'500.00 anzusetzen. Sollten der effektive Kostenaufwand höher gewesen sein, ist zu den Unsicherheiten einer derart ex aequo et bono berechneten Entschädigung zu bemerken, dass sich eine Partei, die sich über die effektiven Kosten und Aufwendungen nicht ausweist, das Risiko eines allfälligen Mankos tragen muss (ZR 106/2007 Nr. 78 S. 299). Die Entschädigung der Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird vorgemerkt, dass das erstinstanzliche Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage in dem Fr. 280'581.70 nebst Zins zu 5 % seit 28. Dezember 2004 übersteigenden Betrage abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit dem nachfolgenden Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, die Klage wird gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 280'581.70 nebst Zins zu 5 % seit 28. Dezember 2004 zu bezahlen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 16'000.00 festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'500.00 zu bezahlen.
6. Mündlich eröffnet und schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 280'000.
Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. O. Kramis

lic. iur. D. Tolic

versandt am: