BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 104/07

Verkündet am:
11. Februar 2010
Kirchgeßner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 96 Abs. 1 Nr. 3; § 140 Abs. 3, § 142

Ist zumindest eine der gegenseitigen durch Rechtsgeschäft entstandenen Forderungen bedingt oder befristet, kommt es für die Anfechtbarkeit des Erwerbs der Aufrechnungslage auf den Zeitpunkt an, zu dem die spätere Forderung entstanden und damit das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet worden ist. Die mit Abschluss eines Vertrages entstandene Forderung ist erst ab dem Zeitpunkt und nur insoweit zu berücksichtigen, als sie - etwa durch Erbringung der versprochenen Leistung - werthaltig geworden ist und dem Gläubiger durch die Aufrechnung eine tatsächliche Befriedigung seiner Forderung ermöglicht.

BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 - IX ZR 104/07 - OLG Köln
LG Bonn

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter und die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Schlussurteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 16. Mai 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 10.268.204,02 € zuzüglich Zinsen verurteilt und die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache hinsichtlich der Zinsen aus dem 10.268.204,02 € übersteigenden Betrag festgestellt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 2. April 2001 am 1. Juni 2001 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der T. AG (fortan: Schuldnerin).

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2 Die Beklagte erbringt Dienstleistungen auf dem Gebiet der Telekommunikation. Die Schuldnerin bot ebenfalls die Möglichkeit an, Telefongespräche zu führen. Nach dem Fakturierungs- und Inkassovertrag vom 10./15. Juli 1998 war die Beklagte verpflichtet, die ihr von der Schuldnerin gemeldeten Kommunikationsfälle den Kunden der Schuldnerin in Rechnung zu stellen, das Entgelt zu kassieren und den Erlös an die Schuldnerin abzuführen. Gemäß den Rechnungen vom 28. Februar 2001 bis zum 7. Juni 2001 stehen der Schuldnerin insoweit unstreitig Forderungen gegen die Beklagte von 17.516.283,96 € aus Telefongesprächen im "Call-by-Call-Verfahren" zu. Davon entfallen 6.483.492,30 DM, umgerechnet 3.314.956,98 €, auf die Rechnung vom 28. Februar 2001 und 7.692.519,88 DM, umgerechnet 3.933.122,96 €, auf die Rechnung vom 21. März 2001, zusammen 7.248.079,94 €. Diese beiden Rechnungen sind der Beklagten am 12. bzw. am 23. März 2001 zugegangen.

3 Der Antrag der Schuldnerin auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Beklagten noch am 2. April 2001 bekannt geworden. Der Kläger wurde als (zunächst: vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt. In der Folgezeit rechnete die Beklagte gegen die Ansprüche der Schuldnerin mit Gegenforderungen auf, die ihr gegen die Schuldnerin wegen der Nutzung ihres Telefonnetzes zustanden. Die Beklagte bezifferte ihre Ansprüche auf knapp 100 Mio. DM und meldete davon gut 71 Mio. DM zur Tabelle an.

4 Der Kläger hält die Aufrechnung für unzulässig und hat mit der Klage Auszahlung der Erlöse von 17.516.283,96 € nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht durch einstimmigen Teilbeschluss vom 3. März 2004 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Hauptforderung zurückgewiesen. Die Beklagte hat daraufhin veranlasst, dass dem Kläger zur Abwendung

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

der Zwangsvollstreckung die Hauptforderung bezahlt wird. Der Kläger hat den Zinsanspruch in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt, soweit er von der Beklagten Verzinsung der Hauptforderung über den 14. März 2004 hinaus beansprucht hatte. Durch Schlussurteil vom 9. Juni 2004 hat das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten auch im Kostenpunkt und wegen des überwiegenden Teils des Zinsanspruchs zurückgewiesen und die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache wegen des überwiegenden Teils des Zinsanspruchs für die Zeit ab 13. März 2004 festgestellt.

5 Auf Verfassungsbeschwerde der Beklagten hat das Bundesverfassungsgericht den Teilbeschluss des Berufungsgerichts vom 3. März 2004 mit Beschluss vom 1. Oktober 2004 (NJW 2005, 657) insoweit aufgehoben und das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen, als die Verurteilung der Beklagten die Rechnungen vom 28. Februar 2001 und vom 21. März 2001 betrifft.

6 Der Senat hat auf die von ihm zugelassene Revision der Beklagten durch Urteil vom 23. November 2006 (IX ZR 141/04, ZIP 2007, 697 ff) das Schlussurteil des Berufungsgerichts im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist, soweit die Beklagte vom Landgericht zur Zahlung von Zinsen aus 7.248.079,94 € für die Zeit vom 15. Juni 2001 bis 12. März 2004 verurteilt und festgestellt worden ist, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit der Kläger von der Beklagten die Zahlung von Zinsen aus 7.248.079,94 € für die Zeit ab dem 13. März 2004 beansprucht hat. Im Umfang der Aufhebung hat der Senat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen; die weitergehende Revision der Beklagten hat der Senat zurückgewiesen.

7 Das Berufungsgericht hat nunmehr dem Kläger erneut - über den rechtskräftig zuerkannten Betrag von 10.268.204,02 € hinaus - den Betrag von 7.248.079,94 € nebst Zinsen zugesprochen und festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit Zinsen für die Zeit ab dem 13. März 2004 beansprucht worden waren. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat Erfolg; sie führt zur erneuten Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Aufrechnung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3, § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO unwirksam, weil die Beklagte die Möglichkeit hierzu durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt habe. Die Forderungen der Schuldnerin gegen die Beklagte aus dem Inkasso- und Fakturierungsvertrag seien jedenfalls nicht vor Rechnungszugang erfüllbar gewesen und die Aufrechnungslage damit erst im Zeitpunkt des Zugangs der Rechnungen entstanden. Nach dem Vertrag habe die Schuldnerin zwei Mal im Monat die von ihr gemeldeten Kommunikationsfälle gegenüber der Beklagten fakturieren sollen. Vor diesem Hintergrund hätten Zahlungen der Beklagten an die Schuldnerin vor Rechnungsstellung zu Schwierigkeiten im Rahmen der Abrechnung führen und

das im Einzelnen ausdifferenzierte Abrechnungssystem zwischen den Parteien stören können. Die Schuldnerin sei spätestens ab 12. März 2001 und daher auch im Zeitpunkt des Zugangs der Rechnungen vom 28. Februar 2001 und vom 21. März 2001 bei der Beklagten zahlungsunfähig gewesen. Am 12. März 2001 habe sie ihre Zahlungen gegenüber der Beklagten eingestellt gehabt, was dieser auch bekannt gewesen sei. Die fälligen Forderungen der Beklagten gegen die Schuldnerin hätten in diesem Zeitpunkt 43.124.923,14 DM betragen. Davon habe hinsichtlich eines Betrages von mindestens 20.640.129,92 DM eine nicht nur kurzfristige Zahlungseinstellung vorgelegen.

II.

10 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Aufrechnungslage sei erst mit Zugang der Rechnungen der Schuldnerin bei der Beklagten entstanden, trifft nicht zu.

11 1. Auf diesen Zeitpunkt kommt es rechtlich nicht an. Da § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO fordert, dass alle Merkmale einer anfechtbaren Rechtshandlung vorliegen, ist der für die Anfechtbarkeit maßgebliche Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung nach § 140 InsO zu bestimmen. Ohne besondere vertragliche Regelung muss die Aufrechnungslage grundsätzlich im vollen Umfang des § 387 BGB entstanden sein, ehe sie im Sinne von § 140 Abs. 1 InsO "vorgenommen" ist. Insbesondere muss die Forderung des Insolvenzgläubigers, der gegen einen Anspruch des Schuldners aufrechnen will, fällig sein (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl. § 140 Rn. 11c). Eine Einschränkung hinsichtlich des für die Anfechtung maßgeblichen Zeitpunkts ergibt sich jedoch aus § 140 Abs. 3

InsO. Diese Vorschrift setzt das Bestehen eines befristeten oder bedingten Anspruchs voraus (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO).

12 a) § 140 Abs. 3 InsO erfasst befristete Zeitbestimmungen im Sinne von § 163 BGB, also Termine, bei denen das Eintreten des künftigen Ereignisses, welches die Rechtswirkung der Handlung beeinflussen soll, nach der Vorstellung der Beteiligten gewiss und allenfalls dessen Zeitpunkt ungewiss ist (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 140 Rn. 53). Als anfechtbare befristete Rechtshandlung nennt die amtliche Begründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 167 [zu § 159 InsO-E]) aber auch die Kündigung zu einem künftigen Zeitpunkt; sie ist mit Zugang der Kündigungserklärung vorgenommen, weil auch diese als befristete Rechtshandlung im Sinne von § 140 Abs. 3 InsO verstanden werden kann (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 140 Rn. 53; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl. § 140 Rn. 14; Uhlenbruck/Hirte, InsO 12. Aufl. § 140 Rn. 18; a.A. Smid/Zeuner, InsO 2. Aufl. § 140 Rn. 20).

13 b) § 140 Abs. 3 InsO ist auch im Rahmen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO für die Anfechtbarkeit und damit die Unzulässigkeit von Aufrechnungen von Bedeutung. Ist zumindest eine der gegenseitigen durch Rechtsgeschäft entstandenen Forderungen befristet oder von einer Bedingung abhängig, so kommt es für die Anfechtbarkeit des Erwerbs der Aufrechnungslage nicht darauf an, wann die Aufrechnung zulässig wurde, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die spätere Forderung entstand und damit das Gegenseitigkeitsverhältnis begründet wurde (BGHZ 159, 388, 395 ff; BGH, Urt. v. 11. November 2004 - IX ZR 237/03, ZIP 2005, 181, 182; HK-InsO/Kreft, aaO § 140 Rn. 14). Abzustellen ist grundsätzlich auf den "Abschluß der rechtsbegründenden Tatumstände" (BT-Drucks. 12/2443, aaO; HK-InsO/Kreft, aaO § 140 Rn. 13; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 140 Rn. 50). Bei mehraktigen Rechtshandlungen treten deren

Wirkungen erst mit dem letzten zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlichen Teilakt ein. Von einer solchen mehraktigen Rechtshandlung ist auch bei der Herstellung der Aufrechnungslage auszugehen. Insolvenzrechtlich von Bedeutung sind die im wirtschaftlichen Ergebnis einer Vollstreckung gleichkommenden Rechtsfolgen der Aufrechnung. Allein eine mit Abschluss eines Vertrages entstandene Aufrechnungslage bringt dem Gegner noch keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen. Solange der Schuldner nichts geleistet hat, wofür der Gläubiger eine Vergütung schuldet, besteht für ihn keine Befriedigungsmöglichkeit im Wege der Aufrechnung. Die Aufrechnungslage als Befriedigungsmöglichkeit entsteht vielmehr erst durch die Inanspruchnahme der Leistung des Schuldners. Es kommt also darauf an, wann dessen Forderung werthaltig geworden ist. Erst dann sind die rechtlichen Wirkungen eingetreten, die für die Beurteilung der Aufrechnungslage nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO maßgebend sind (BGH, Urt. v. 4. Oktober 2001 - IX ZR 207/00, ZIP 2001, 2055, 2056 [zu § 2 Abs. 4 GesO]; G. Fischer ZIP 2004, 1679, 1683 rechte Spalte).

14 2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Aufrechnung insolvenzrechtlich unzulässig, wenn die Voraussetzungen einer anfechtbaren Rechtshandlung im Zeitpunkt des Werthaltigwerdens der Forderungen der Schuldnerin gegeben waren.

15 a) Nach Nr. 2.2 Abs. 3 des Fakturierungs- und Inkassovertrages vom 10./15. Juli 1998 (Anlage K 1) werden die Rechnungsbeträge der Schuldnerin als Verbindungsnetzbetreiberin 30 Tage nach Rechnungseingang bei der angegebenen Abrechnungsstelle der Beklagten fällig. Darin liegt eine Befristung im Sinne des § 140 Abs. 3 InsO; denn nach der erkennbaren Vorstellung der Beteiligten war die Rechnungsstellung und damit die 30 Tage nach Zugang bei der Beklagten eintretende Fälligkeit gewiss und nur ihr Zeitpunkt ungewiss.

16 b) Zum maßgeblichen Zeitpunkt des Werthaltigwerdens der Forderung der Schuldnerin hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen.

17 aa) Die Revision macht insoweit geltend, die Rechnung vom 28. Februar 2001 erfasse Verbindungsdaten aus der Zeit vom 29. November 2000 bis zum 28. Februar 2001, und die Rechnung vom 21. März 2001 solche vom 28. Februar 2001 bis zum 12. März 2001. Die der Rechnung vom 28. Februar 2001 (Anlage K 3a) als Anlagen beigefügten Empfangs- und Verarbeitungsbestätigungen betreffen aber offenbar Verbindungsdaten in der Zeit vom 29. November 2000 bis zum 2. März 2001 (Anlagenheft zum Schriftsatz vom 15. Mai 2001, Anlage K 3a Blatt 5 und 6). Die der Rechnung vom 21. März 2001 beigefügten Anlagen beziehen sich offenbar auf Verbindungsdaten in der Zeit vom 28. Februar 2001 bis zum 16. März 2001 (Anlagenheft zum Schriftsatz vom 15. Mai 2001, Anlage K 3b Blatt 3 und 16).

18 bb) Aus den Bestimmungen des Inkasso- und Fakturierungsvertrages folgt, dass die Forderungen der Schuldnerin im Zeitpunkt der Bestätigung der Kommunikationsfälle durch die Beklagte werthaltig geworden sind.

19 Die vom Berufungsgericht insoweit unterlassene Auslegung des Vertrages darf das Revisionsgericht selbst vornehmen, wenn die dazu erforderlichen Feststellungen bereits zweitinstanzlich getroffen worden sind und weitere Aufklärung nicht mehr in Betracht kommt (BGHZ 65, 107, 112 [AGB]; BGH, Urt. v. 17. Dezember 1998 - I ZR 37/96, NJW 1999, 1966, 1967 [ergänzende Auslegung]; v. 7. Juli 1999 - VIII ZR 131/98, NJW 1999, 3037, 3038; Hk-ZPO/Kayser, 3. Aufl. § 546 Rn. 10; Zöller/Heßler, ZPO 28. Aufl. § 546 Rn. 10). Diese Voraus-

setzungen sind hier gegeben. Das Berufungsgericht hat insbesondere im Rahmen der tatsächlichen Feststellungen auf die Vertragsurkunde vom 10./15. Juli 1998 Bezug genommen.

20 (1) Nach Nr. 2.2 Abs. 1 Satz 2 des Inkasso- und Fakturierungsvertrages umfasst die Rechnung der Schuldnerin die von der Beklagten per Protokoll bestätigten Kommunikationsfälle. In dem ab 1. August 1998 gültigen Handbuch der Arbeitsabläufe zum Fakturierungsvertrag zwischen der D.
AG und Verbindungsnetzbetreibern Version 2.1, das dem Inkasso- und Fakturierungsvertrag als Anlage 1 beigefügt ist, heißt es dazu unter Nr. 2.4.2.1 Abs. 1 Satz 1, dass die Anlieferung einer Datei innerhalb eines Arbeitstages durch ein Verarbeitungsprotokoll bestätigt wird und für den Verbindungsnetzbetreiber, hier also die Schuldnerin, die Basis für die Rechnungsstellung darstellt. Nach Satz 2 der Bestimmung enthält das Protokoll insbesondere die Anzahl und die Betragssummen der übergebenen, der zurückgewiesenen und der akzeptierten Datensätze. Die Rechnung des Verbindungsnetzbetreibers enthält nach Nr. 2.4.3 "je Verarbeitungsprotokoll je Datei" eine Rechnungsposition mit dem akzeptierten Nettogesamtbetrag. Weiter sieht Nr. 5.1 des Vertrages vor, dass Zahlungsrückstände der Kunden von der Beklagten beizutreiben sind. Die nicht einziehbaren Forderungen werden gemäß Nr. 5.2 des Vertrages der Schuldnerin monatlich zurückbelastet.

21 (2) Dementsprechend sind die rechtsbegründenden Tatumstände (vgl. BGHZ 159, 388, 395 f) mit der Bestätigung der Kommunikationsfälle durch die Beklagte und nicht erst mit der Rechnungserteilung, dem Zugang der Rechnung oder gar der Zahlung der Kunden abgeschlossen. Andererseits kann nicht auf die Herstellung der Verbindungen abgestellt werden, bei denen es sich nicht um eine die Werthaltigkeit bewirkende Leistung der Schuldnerin gegenüber der Be-

klagten handelt. Das Werthaltigwerden ist hier anders als beim Werkvertrag zu beurteilen, weil es um den Anspruch der Schuldnerin aus dem Inkasso- und Fakturierungsvertrag geht, die Beklagte also Gelder auszahlen soll, die sie von Dritten einzuziehen hat. In ähnlicher Weise hat der Senat für die nach § 87 Abs. 1 bis 3 HGB bereits mit Abschluss des Vertrages entstehende Provisionsforderung des Handelsvertreters entschieden, dass diese nach § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB erst verdient ist, sobald das Geschäft ausgeführt ist und bis dahin unter einer aufschiebenden Bedingung steht (BGHZ 159, 388, 394 f). Die Herstellung der Telefonverbindung stellt den maßgeblichen Zeitpunkt für das Werthaltigwerden allenfalls im Verhältnis zum Kunden dar.

22 Entgegen der vom Revisionsbeklagten in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht ergibt sich aus dem Urteil des Senats vom 14. Juni 2007 (IX ZR 56/06, ZIP 2007, 1507) nichts anderes. Danach entsteht die Aufrechnungslage zwischen dem Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts und dem Anspruch des Mandanten auf Herausgabe eingezogener Gelder frühestens dann, wenn der Rechtsanwalt das Geld in Empfang genommen hat. Dies beruht darauf, dass die Vertragspflicht des Geschäftsbesorgers nach § 667 BGB, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben, erst entsteht, wenn er tatsächlich etwas erlangt hat. Die Einziehung ist keine Bedingung oder Befristung des Herausgabeanspruchs, sondern lässt diesen erst entstehen (BGH, aaO S. 1509 Rn. 16). Demgegenüber hatte die Schuldnerin nach den vertraglichen Vereinbarungen einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte nicht erst nach der tatsächlichen Einziehung beim Kunden, sondern unabhängig hiervon. Die nicht einziehbaren Forderungen wurden gemäß Nr. 5.2 des Vertrages in einem gesonderten Verfahren erfasst und zurückbelastet.

23 cc) Ließe man die Bestimmung des § 140 Abs. 3 InsO außer Betracht, ergäbe sich nichts anderes. Abzustellen wäre dann gemäß § 140 Abs. 1 InsO darauf, wann die Forderung der Schuldnerin für die Beklagte erfüllbar war, die Beklagte also die ihr obliegende Leistung bewirken konnte, § 387 BGB. Das ist derselbe Zeitpunkt. Mit dem Erstellen der Verarbeitungsprotokolle stand der von der Beklagten akzeptierte Gesamtnettobetrag fest. Diesen hatte die Schuldnerin gemäß Nr. 2.4.3 des Protokolls in Rechnung zu stellen. Dementsprechend waren die rechtsbegründenden Tatumstände mit der Bestätigung der Kommunikationsfälle durch die Beklagte abgeschlossen. Auf die Erstellung oder den Zugang der Rechnung kam es auch insoweit nicht an.

III.

24 Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nochmals an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

25 Das Berufungsgericht wird nunmehr die für die maßgeblichen Zeitpunkte erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

26 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

27 1. Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend von der Anfechtung wegen kongruenter Deckung (§ 130 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO) ausgegangen. Die Herstellung der Aufrechnungslage führt zu einer inkongruenten Deckung, wenn der Aufrechnende vorher keinen Anspruch auf die Vereinbarung hatte, die die Aufrechnungslage entstehen ließ (BGHZ 147, 233, 240; 159,

388, 393 f). Wird der Gläubiger, der vom Insolvenzschuldner eine Zahlung zu fordern hat, durch pflichtgemäßes Verhalten seinerseits Schuldner einer Gegenforderung des späteren Insolvenzschuldners, so ist die Aufrechnungslage dem Grunde nach kongruent hergestellt. Dies trifft z.B. zu, wenn die Aufrechnungslage durch eine entgeltliche Nutzung von Gegenständen entsteht, welche der Anfechtungsgegner schon vor der kritischen Zeit zu beanspruchen hatte (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 131 Rn. 17; vgl. BGHZ 145, 245, 253 ff).

28 2. Das Vorliegen einer kongruenten Deckung schließt die Prüfung der Anfechtbarkeit gemäß § 133 Abs. 1 InsO nicht aus (BGH, Urt. v. 20. Dezember 2007 - IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420, 421 Rn. 18; v. 10. Januar 2008 - IX ZR 33/07, ZIP 2008, 467, 468 Rn. 13).

29 3. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines - nur bei kongruenten Rechtshandlungen möglichen (BGHZ 123, 320, 328 f; 150, 122, 130) - Bargeschäfts (§ 142 InsO) mit Recht verneint.

30 a) Ein Bargeschäft liegt nur vor, wenn der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner in engem zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGHZ 157, 350, 360; 174, 297, 311 Rn. 41; BGH, Urt. v. 8. Dezember 2005 - IX ZR 182/01, NZI 2006, 159, 161; v. 11. Oktober 2007 - IX ZR 195/04, ZIP 2008, 237). Es ist also eine rechtsgeschäftliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung erforderlich (BGHZ 174, 297, 312 Rn. 42), ein lediglich wirtschaftlicher Zusammenhang genügt nicht (vgl. für das Stehenlassen einer Forderung BGHZ 174, 297, 311 Rn. 41; BGH, Urt. v. 7. Mai 2009 - IX ZR 71/08, ZIP 2009, 1122, 1123 Rn. 12). Dieser Ausnahmeregelung liegt der wirtschaftliche Gesichtspunkt zu Grunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsver-

kehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen (BGHZ 167, 190, 199 Rn. 30).

31 Leistung und Gegenleistung müssen beim Bargeschäft nicht Zug um Zug erbracht werden. Es genügt, wenn Leistung und Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht werden. Der hierfür unschädliche Zeitraum lässt sich nicht allgemein festlegen. Er hängt wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und davon ab, in welcher Zeitspanne sich der Austausch nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs vollzieht (BGHZ 167, 190, 199 Rn. 31; BGH, Urt. v. 19. Dezember 2002 - IX ZR 377/99, ZIP 2003, 488, 493; HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 16). Auf die Reihenfolge der Leistung kommt es grundsätzlich nicht an (BGHZ 123, 320, 329; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 16; vgl. aber BGH, Beschl. v. 14. Januar 2010 - IX ZR 153/07). Folglich schließt auch eine etwaige Vorleistungspflicht des Schuldners ein Bargeschäft nicht aus.

32 b) Wie das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat, kann die Beklagte eine Gegenleistung im Sinne von § 142 InsO nicht durch Aufrechnung ihrer Entgeltforderung aus der Zusammenschaltungsvereinbarung gegen die an sie gerichtete Forderung der Schuldnerin bewirken. Es fehlt hier bereits an der rechtsgeschäftlichen Verknüpfung einer Leistung mit einer Gegenleistung.

33 aa) Die Revision macht zwar geltend, die Forderungen der Schuldnerin und die Gegenforderungen der Beklagten seien aus demselben Rechtsverhältnis und auch zeitgleich entstanden. Das ist jedoch unzutreffend. Der Fakturierungs- und Inkassovertrag einerseits und die Zusammenschaltungsvereinbarung andererseits waren zwei getrennte Verträge. Diese stehen zwar in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang. Es fehlt jedoch die rechtliche Verknüpfung im Sinne von Leistung und Gegenleistung. Beide Ansprüche stehen vielmehr rechtlich selbständig nebeneinander.

34 Für ein Bargeschäft genügt es außerdem nicht, wenn nur die den Leistungen zu Grunde liegenden wechselseitigen Ansprüche in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Vielmehr muss der zeitliche Zusammenhang zwischen den Leistungen selbst gewahrt bleiben (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 15).

35 bb) Hier fehlte es sogar an dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang, weil die Beklagte keineswegs mit den aus demselben technischen Vorgang herrührenden Ansprüchen aufgerechnet hat, sondern ausweislich des außergerichtlichen Schreibens vom 7. September 2001, auf welche das Berufungsgericht Bezug nimmt, zunächst mit Zinsen aus einer Anmeldung in Höhe von 603.307,88 € und sodann mit den jeweils ältesten Forderungen aus der dem Schreiben beigefügten Anlage 2 Punkt 2 in der dortigen Reihenfolge. Lässt man die dortigen Teilzahlungen und Gutschriften außer Betracht, erstrecken sich die Belegdaten für die unter 1) zusammengestellten Verzugszinsen vom 4. Mai 1999 bis 24. April 2001 und für die unter 2) zusammengestellten ältesten Forderungen der Beklagten vom 10. November 1999 bis 12. April 2001.

36 cc) Schließlich setzt das Bargeschäft voraus, dass die Leistung des anderen Teils tatsächlich in das Aktivvermögen des Schuldners gelangt ist (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 4a). Daher reicht - ebenso wenig wie eine bloße Verringerung der Verbindlichkeiten durch Erlöschen der befriedigten Forderung - die Aufrechnung oder Verrechnung mit einem schon bestehenden Anspruch gegen einen neuen Anspruch des Schuldners als Gegenleistung nicht aus (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 4a; vgl. BGHZ 174, 297, 311; BGH, Urt. v. 7. Mai 2009, aaO S. 1123 Rn. 12).

37 4. In Bezug auf die Zahlungseinstellung ist das Berufungsgericht ebenfalls von zutreffenden Maßstäben ausgegangen, hat aber - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen bezogen auf den Zeitpunkt des Werthaltigmachens der Forderungen der Schuldnerin - oder bezogen auf einen gegebenenfalls späteren Zeitpunkt vor dem 12. März 2001 für die Gegenforderungen der Beklagten - getroffen. Soweit das Berufungsgericht die Zahlungseinstellung und damit die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin spätestens ab 12. März 2001 bejaht hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

38 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO geprüft, ob die Schuldnerin im maßgeblichen Zeitpunkt die Zahlungen eingestellt hatte. Die in dieser Vorschrift formulierte Vermutung gilt auch im Rahmen des § 130 InsO (BGHZ 149, 178, 184; BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222, 2223 Rn. 12).

39 b) Aus Rechtsgründen genügt es, wenn die Zahlungseinstellung auf Grund der Nichtbezahlung nur einer - nicht unwesentlichen - Forderung gegenüber einer einzigen Person erkennbar wird (BGH, Urt. v. 27. April 1995 - IX ZR 147/94, ZIP 1995, 929, 930). Für eine erfolgreiche Anfechtung muss diese Per-

son dann allerdings gerade der Anfechtungsgegner sein (BGHZ 118, 171, 174; BGH, Urt. v. 10. Januar 1985 - IX ZR 4/84, ZIP 1985, 363, 365; v. 17. April 1986 - IX ZR 54/85, ZIP 1986, 720, 723; v. 27. April 1995 aaO; v. 9. Januar 2003 - IX ZR 175/02, ZIP 2003, 410, 412; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 130 Rn. 40).

40 Ohne Erfolg wendet die Revision ein, die Zahlungseinstellung könne nicht auf Umstände gestützt werden, welche der Schuldner gar nicht kenne. Die Feststellung der Zahlungseinstellung als die äußerlich in Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit ist objektiv unter Berücksichtigung aller Einzelumstände zu treffen, wobei Erkennbarkeit gegenüber dem Anfechtungsgegner genügt (BGH, Urt. v. 17. April 1986 aaO). Die Zahlungseinstellung braucht also nicht vom Willen des Schuldners getragen zu sein und es ist auch nicht erforderlich, dass er selbst seine Zahlungsunfähigkeit kennt, sofern diese nur objektiv vorliegt. Die Zahlungseinstellung kann im Gegenteil auch ohne den Willen oder sogar gegen den Willen des Schuldners vor sich gehen. Es kommt lediglich auf die Frage an, ob die vorliegenden Tatsachen den Schluss rechtfertigen, dass die Zahlungen eingestellt sind. Da die Zahlungseinstellung ein tatsächliches Verhalten des Schuldners ist, setzt sie auch nicht dessen Fähigkeit zu wirksamem rechtsgeschäftlichem Handeln voraus.

41 c) Nach den von der Revision insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts standen am 12. März 2001 fällige Forderungen der Beklagten gegen die Schuldnerin in Höhe von 43.124.923,14 DM offen. Davon entfiel allein auf die über einen Betrag von 100.000 DM hinausgehenden, bis zuletzt nicht bedienten Forderungen ein Betrag von 20.640.129,92 DM. Insbesondere waren die seit dem 19. März 2000 fällige Forderung der Beklagten in Höhe von 500.000 DM bereits fast ein Jahr und die seit dem 4. November 2000

fällige Forderung in Höhe von 435.682,69 DM mehr als vier Monate lang nicht ausgeglichen gewesen.

42 Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus. Dies gilt auch dann, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen (BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006 aaO S. 2223 f Rn. 19). Der Schuldner kann also trotz vereinzelter Leistungen in beachtlicher Höhe seine Zahlungen im Rechtssinne eingestellt haben. Eine Zahlungseinstellung kann allerdings dann nicht festgestellt werden, wenn der Schuldner die Zahlungen verweigert hat, weil er die Forderungen für unbegründet hielt (BGH, Urt. v. 17. Mai 2001 - IX ZR 188/98, ZIP 2001, 1155, 1156). Dafür bestehen hier keine Anhaltspunkte.

43 Eine bloß vorübergehende Zahlungsstockung liegt nicht vor, wenn es dem Schuldner - wie hier jedenfalls am 12. März 2001 - im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung schon seit mehreren Monaten nicht gelungen war, seine fälligen Verbindlichkeiten spätestens innerhalb von drei Wochen (BGHZ 163, 134, 139; BGH, Urt. v. 21. Juni 2007 - IX ZR 231/04, ZIP 2007, 1469, 1471 Rn. 37) auszugleichen und die rückständigen Beträge insgesamt so erheblich waren, dass von lediglich geringfügigen Liquiditätslücken keine Rede sein kann (BGHZ 149, 178, 186 f; BGH, Urt. v. 9. Januar 2003 aaO, ZIP 2003, 410, 411 unter III 1 c). Ausnahmen sind auch auf dem Gebiet der Telekommunikation nicht anzuerkennen.

44 d) Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung hätte danach nur dadurch wieder beseitigt werden können, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen allgemein wieder aufgenommen hätte (BGHZ 149, 100, 109; 149, 178, 188;

BGH, Urt. v. 21. Juni 2007 aaO S. 1471 Rn. 32). Das hätte derjenige darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, der sich hierauf beruft (BGHZ 149, 100, 109; BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006 aaO, S. 2224 Rn. 23). Diese Rechtsprechung gilt jedenfalls uneingeschränkt dann, wenn zwischen der festgestellten Zahlungseinstellung und den angefochtenen Zahlungen ein relativ kurzer Zeitraum liegt (BGHZ 149, 178, 188; BGH, Urt. v. 21. Juni 2007 aaO, S. 1471 Rn. 33). Eine allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen hat die Beklagte nicht dargetan.

45 5. In Bezug auf die Kenntnis der Beklagten ist von folgenden Maßstäben auszugehen:

46 a) Für die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen und dem Verhalten des Schuldners bei natürlicher Betrachtungsweise den zutreffenden Schluss zieht, dass jener wesentliche Teile, also 10 % oder mehr, seiner ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten im Zeitraum der nächsten drei Wochen nicht wird tilgen können (BGH, Urt. v. 12. Oktober 2006 aaO S. 2225 Rn. 30; HK-InsO/ Kreft, aaO § 130 Rn. 25). Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit hinweisen (BGH, Urt. v. 24. Mai 2007 - IX ZR 97/06, ZIP 2007, 1511, 1513 Rn. 25; v. 20. November 2008 - IX ZR 188/07, ZInsO 2009, 145, 146 Rn. 10; v. 8. Oktober 2009 - IX ZR 173/07, ZIP 2009, 2253, 2254 Rn. 10). Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Beurteilung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt (BGHZ 180, 63, 66 Rn. 13 f; BGH, Urt. v. 8. Oktober 2009, aaO Rn. 10).

47 Zahlungsunfähigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner die Zahlungen eingestellt hat. Kennt der Gläubiger die Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung ergibt, kennt er damit auch die Zahlungsunfähigkeit. Bewertet er das ihm vollständig bekannte Tatsachenbild falsch, kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er diesen Schluss nicht gezogen hat (BGHZ 149, 178, 185; 180, 63, 68 Rn. 14).

48 b) Liegt eine Zahlungseinstellung vor, kann die Zahlungsfähigkeit nicht durch eine bloße Patronatserklärung eines Dritten, sondern - wie bereits ausgeführt - nur durch die allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen hergestellt werden. Auch in subjektiver Hinsicht lässt eine etwaige wirksame Patronatserklärung nicht die Kenntnis der Beklagten von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, entfallen. Haben zunächst Umstände vorgelegen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen ließen, weshalb deren Kenntnis der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gleich stand (§ 130 Abs. 2 InsO), kommt ein Wegfall der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nur in Betracht, wenn diese Umstände nicht mehr gegeben sind (BGH, Urt. v. 27. März 2008 - IX ZR 98/07, ZIP 2008, 930, 931 Rn. 17). Daran fehlt es hier.

49 Im Übrigen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass eine wirksame Patronatserklärung nicht vorlag. Sämtliche Zahlungszusagen der W. standen unter der - nicht eingetretenen - Bedingung, dass diese die Mehrheit an der Schuldnerin erwerben würde. Auch die Revision behauptet nicht, dass diese Bedingung tatsächlich eingetreten wäre; sie nimmt lediglich Bezug auf entsprechende, aber nicht näher substantiierte angebliche Behauptungen eines Vertreters der W. , die jedoch ersichtlich unzutreffend waren. Der Kläger hat in seinem eigenen Gutachten im Rahmen des Insolvenzverfahrens entgegen der Annahme der Revision keine ernsthafte und verbindli-

che Zusage der W. dargelegt. Schließlich hat das Berufungsgericht zutreffend festgestellt, dass sich aus dem Gutachten D. eine wirksame Patronatserklärung nicht ergab.

Ganter Gehrlein Vill

Fischer Grupp

Vorinstanzen:
LG Bonn, Entscheidung vom 24.06.2003 - 11 O 151/01 -
OLG Köln, Entscheidung vom 16.05.2007 - 2 U 118/03 -