BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 158/05

Verkündet am:
13. April 2006
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO §§ 130 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 133 Abs. 1, § 142;
BRAGO §§ 16, 17, 18

a) Ist eine Angelegenheit beendigt, sind die dafür verdienten Anwaltsgebühren fällig, selbst wenn der Auftrag - der auch noch andere Angelegenheiten umfasst - insgesamt noch nicht erledigt ist. Ein Vorschussanspruch besteht insoweit nicht mehr.

b) Soweit an einen Rechtsanwalt Vorschusszahlungen in einer abgeschlossenen Angelegenheit erfolgen, für die bereits der Vergütungsanspruch fällig geworden, jedoch nicht geltend gemacht ist, sind die Leistungen inkongruent.

c) Erbringt ein Rechtsanwalt Vorleistungen, die der inzwischen in der Krise befindliche Mandant mehr als 30 Tage später vergütet, handelt es sich nicht mehr um ein anfechtungsrechtlich privilegiertes Bargeschäft.

d) Hat der insolvente Mandant durch die Gewährung von Vorschüssen vorgeleistet, gilt für das Vorliegen eines Bargeschäfts derselbe Maßstab wie bei einer Vorleistung des Rechtsanwalts.

e) Wird ein Insolvenzeröffnungsantrag mit der Bitte eingereicht, das Insolvenzgericht möge dessen Bearbeitung noch kurzfristig zurückstellen, ist er dennoch bereits mit der Einreichung wirksam gestellt.

BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 158/05 - OLG Braunschweig
LG Göttingen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 4. August 2005 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen vom 21. September 2004 wird zurückgewiesen, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 18.286,16 € zuzüglich Zinsen zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte war seit Anfang/Mitte Oktober 2001 für die in finanziellen Schwierigkeiten befindliche A. GmbH (fortan: Schuldnerin) anwaltlich tätig. Als Honorar erhielt er von der Schuldnerin zunächst - jeweils in

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

bar - am 1. November 2001 DM 5.000 (= € 2.556,46) und am 8. November 2001 DM 10.000 (= € 5.112,92).

2 Am 9. November 2001 stellte der Geschäftsführer der Schuldnerin im Beisein des Beklagten beim Amtsgericht - Insolvenzgericht - einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit. Nach dem Vortrag des Beklagten geschah dies mit dem Ersuchen, den Antrag erst zu bearbeiten, wenn bis zum 12. November 2001 eine erwartete Kapitaleinlage der französischen Muttergesellschaft ausbleiben sollte.

3 Am 12. November 2001 erhielt der Beklagte - wiederum in bar - von der Schuldnerin eine weitere Zahlung in Höhe von DM 35.764,62 (= € 18.286,16). Über den Gesamtbetrag von DM 50.764,62 (= € 25.955,54) existiert eine auf den 12. November 2001 datierte Rechnung des Beklagten.

4 Zu der Kapitaleinlage kam es nicht. Das Insolvenzverfahren wurde am 1. Februar 2002 eröffnet. Der zum Insolvenzverwalter bestellte Kläger nimmt den Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung auf Rückzahlung des erhaltenen Honorars in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit seiner zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und teilweise zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, im Übrigen zur Zurückverweisung.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine Anfechtung wegen inkongruenter Deckung scheide aus. Sämtliche drei Zahlungen seien kongruent gewesen. Es habe sich um Vorschusszahlungen gehandelt, auf die der Beklagte einen fälligen Anspruch gehabt habe. Der Beklagte habe einen umfassenden Auftrag zur Abwendung der Insolvenz und anwaltlichen Begleitung im Insolvenzantragsverfahren gehabt. Jedenfalls bis zum 20. Dezember 2001 sei dieser Auftrag noch nicht erledigt gewesen. Eine Anfechtung wegen kongruenter Deckung komme gleichfalls nicht in Betracht, weil alle drei Vorschusszahlungen als Bargeschäfte anzusehen seien. Eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung scheitere daran, dass die Schuldnerin nicht mit dem entsprechenden Vorsatz gehandelt habe.

II.

7 Die Revision ist unbeschränkt zugelassen. Der Urteilsausspruch enthält insoweit keine Einschränkungen. Solche können sich zwar auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (BGHZ 153, 358, 360; BGH, Urt. v. 23. September 2004 - IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 495; v. 15. Dezember 2005 - IX ZR

227/04, ZIP 2006, 138, 139). Dafür ist jedoch erforderlich, dass sich diesen mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen lässt, das Berufungsgericht habe die revisionsrechtliche Nachprüfung nur wegen eines abtrennbaren Teils seiner Entscheidung eröffnen wollen (BGH, Urt. v. 12. Juni 2000 - XII ZR 159/98, WM 2000, 1967, 1968; v. 20. Mai 2003 - XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529; v. 15. Dezember 2005 aaO). Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der Frage zugelassen, "ob zugunsten des anfechtenden Insolvenzverwalters bei ... der Vorsatzanfechtung Beweiserleichterungen Platz greifen, und zwar insbesondere dann, wenn das Bargeschäft nach einer beiden Seiten ... bekannten Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrages vorgenommen worden ist". Dies könnte darauf hindeuten, dass lediglich im Hinblick auf die Zahlung vom 12. November 2001 die Revision zugelassen werden sollte. Indes hat das Berufungsgericht außerdem darauf hingewiesen, es müssten höchstrichterliche Leitlinien zu der Frage entwickelt werden, unter welchen Umständen Zahlungen an einen Berater insolvenzfest seien, der gerade wegen einer Krise des Auftraggebers mandatiert werde und somit zwangsläufig diese Krise kenne. Diese Frage betrifft sämtliche streitgegenständlichen Zahlungen.

III.

8 Soweit der Kläger die Rückzahlung des am 12. November 2001 entrichteten Betrages verlangt, führt die Revision zur Wiederherstellung des der Klage stattgebenden erstinstanzlichen Urteils. Insofern ist die Klage ohne weiteres aus § 133 Abs. 1 InsO begründet.

9 1. Anfechtbar ist danach eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

10 2. Diese Voraussetzungen sind für die Zahlung vom 12. November 2001 erfüllt.

11 a) Die Zahlung erfolgte nach Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

12 Der Antrag wurde am 9. November 2001 gestellt. Ob zwischen dem antragstellenden Geschäftsführer der Schuldnerin und dem Insolvenzrichter abgesprochen wurde, die Bearbeitung des Antrags bis zum 12. November 2001 zurückzustellen, ist unerheblich. Das Insolvenzgericht kann einem Wunsch des Antragstellers entsprechen, die Behandlung des Antrags kurzfristig zurückzustellen (Jaeger/Gerhardt, InsO § 13 Rn. 33; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 13 Rn. 4; HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 13 Rn. 4; FK-InsO/Schmerbach, 4. Aufl. § 14 Rn. 21; kritisch MünchKomm-InsO/Schmahl, § 13 Rn. 61). Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Antrag erst mit dem Zeitpunkt als gestellt gilt, zu dem das Insolvenzgericht mit seiner Bearbeitung beginnt. Bittet der Antragsteller um kurzfristige Zurückstellung der Behandlung, ist dies regelmäßig nur eine unverbindliche Anregung, welche die Wirksamkeit des Antrags nicht berührt. Ein Insolvenzantrag, der nur mit der Maßgabe gestellt würde, dass er zunächst nicht bearbeitet wird, wäre unzulässig. Der Insolvenzantrag kann weder bedingt noch befristet

gestellt werden (AG Köln NZI 2000, 284; Jaeger/Gerhardt, aaO; MünchKomm-InsO/Schmahl, § 13 Rn. 60; Uhlenbruck, aaO; Kübler/ Prütting/Pape, InsO § 13 Rn. 71; HK-InsO/Kirchhof, aaO). Dafür, dass der - von einem Rechtskundigen, nämlich dem Beklagten, begleitete - Geschäftsführer der Schuldnerin hier einen unzulässigen Antrag hat stellen wollen, gibt es keinen Anhalt.

13 b) Die Schuldnerin zahlte an den Beklagten mit dem Vorsatz, ihre Gläubiger zu benachteiligen.

14 aa) Der Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge - sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils - erkannt und gebilligt hat (BGHZ 155, 75, 84; 162, 143, 153; zur früheren Rechtsprechung vgl. BGHZ 124, 76, 81 f; 131, 189, 195). Ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz (BGHZ 155, 75, 83 f; 162, 143, 153). Dessen Vorliegen ist jedoch schon dann zu vermuten, wenn der Schuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit kennt. Dies ergibt sich mittelbar aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Da für den anderen Teil die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet wird, wenn er wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte, können für den Schuldner selbst keine strengeren Anforderungen gelten (HK-InsO/Kreft, aaO § 133 Rn. 10; vgl. auch MünchKomm-InsO/ Kirchhof, § 133 Rn. 26; Bork ZIP 2004, 1684, 1691 f).

15 bb) Bei der Zahlung am 12. November 2001 kannte die Schuldnerin ihre Zahlungsunfähigkeit. Zumindest wusste sie, dass die Zahlungsunfähigkeit droh-

te. Der Geschäftsführer der Schuldnerin hat ausweislich des vom Insolvenzgericht aufgenommenen Protokolls bei der Stellung des Insolvenzantrags am 9. November 2001 erklärt: "Die Firma ist m.E. zahlungsunfähig. Die fälligen Verbindlichkeiten belaufen sich auf ca. 2,9 Mio. DM, die nicht beglichen werden können." Überdies lag der Schuldnerin das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers vor, der bereits für den 22. Oktober 2001 festgestellt hatte, dass die Schuldnerin überschuldet sei und Zahlungsunfähigkeit drohe.

16 Zu Unrecht hält das Berufungsgericht die eigene, bei der Stellung des Insolvenzantrags offenbarte Einschätzung der Schuldnerin nicht für entscheidend, weil die seinerzeit noch ausstehende Einlage der französischen Muttergesellschaft und die von dieser übernommenen Bürgschaften ausgereicht hätten, die Verbindlichkeiten der Schuldnerin zu decken. Die alsbaldige Zurverfügungstellung dieser Sicherheiten war - wie die weitere Entwicklung ergeben hat - nicht gewährleistet. Im Übrigen waren sie zur Deckung der Verbindlichkeiten der Schuldnerin nicht ausreichend, und davon ist diese selbst ausgegangen, weil sie ansonsten nicht bereits zum damaligen Zeitpunkt den Insolvenzantrag gestellt hätte.

17 cc) Umstände, welche die Vermutung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes hätten entkräften können, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Solche sind auch nicht ersichtlich.

18 c) Da der Beklagte denselben Kenntnisstand wie die Schuldnerin hatte, ist schließlich auch davon auszugehen, dass er deren Gläubigerbenachteiligungsabsicht gekannt hat.

IV.

19 Hinsichtlich der beiden vorausgegangenen Zahlungen vom 1. und 8. November 2001 ist das Berufungsurteil ebenso wenig haltbar; insoweit ist der Rechtsstreit jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif.

20 1. Die Annahme des Berufungsgerichts, eine Anfechtung nach § 131 InsO scheide aus, weil die Zahlungen als Vorschüsse auf Grund eines umfassenden Auftrags zur anwaltlichen Beratung und Begleitung und somit als kongruent anzusehen seien, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um Vorschüsse gehandelt und der Beklagte einen dahingehenden Anspruch gehabt hat.

21 a) Unzutreffend ist allerdings die Meinung der Revision, die Annahme eines umfassenden (Dauer-) Mandats stehe im Widerspruch zu der von dem Beklagten vorgelegten, mit dem Datum des 12. November 2001 versehenen Rechnung. Falls diese die Abrechnung verschiedener Angelegenheiten enthält (dazu sogleich Näheres unter b), steht dies dem Vorliegen eines einheitlichen Auftrags nicht entgegen; ein Auftrag kann sich auf mehrere Angelegenheiten beziehen (Fraunholz in Riedel/Sußbauer, BRAGO 8. Aufl. § 13 Rn. 5; Hartmann, Kostengesetze 33. Aufl. § 13 BRAGO Rn. 15).

22 b) Indes kommt es nicht auf den Auftrag an, weil sowohl die Gebühren- als auch die Vorschussforderung des Rechtsanwalts auf die jeweilige Angelegenheit - und nicht auf den Auftrag - bezogen ist. Die Gebühren entgelten die Tätigkeit des Rechtsanwalts vom Auftrag bis zur Erledigung der Angelegenheit (§ 13 Abs. 1 BRAGO); in derselben Angelegenheit kann der Rechtsanwalt die

Gebühren nur einmal fordern (§ 13 Abs. 2 BRAGO). Das Recht auf Vorschüsse (§ 17 BRAGO) dient der Sicherung des späteren Vergütungsanspruchs des vorleistungspflichtigen Rechtsanwalts (BGH, Urt. v. 29. September 1988 - 1 StR 332/88, AnwBl. 1989, 227, 228; v. 11. Dezember 2003 - IX ZR 109/00, BGHR BRAGO § 17 - Rahmengebühren 1).

23 Der Beklagte ist in vier verschiedenen Angelegenheiten tätig geworden. Die von ihm vorgelegte, mit dem Datum vom 12. November 2001 versehene Honorarrechnung enthält die jeweils getrennten, lediglich in einer Schlussrechnungssumme zusammengefassten Abrechnungen verschiedener, konkret bezeichneter Angelegenheiten. Im einzelnen sind in der Rechnung vier Angelegenheiten aufgeführt: "(1) Besprechung und Verhandlung mit Insolvenzverwalter B. betreffend Kaufpreisreduzierung ... , (2) Überprüfung und Beratung Mietverträge ..., (3) Beratung in arbeitsvertraglichen Angelegenheiten (nicht übernommene Mitarbeiter pp.) ..., (4) beratende Tätigkeit im Übrigen bis zur Antragstellung, Antragstellung im Insolvenzverfahren und Besprechung mit dem Insolvenzverwalter ...". Dies hat der Beklagte dahin erläutert, die Tätigkeit laut Nr. (1) habe den Erwerb des Unternehmens der Schuldnerin von dem früheren, ebenfalls insolvent gewordenen Unternehmensträger betroffen. Unter der Nr. (2) seien Verhandlungen mit der Grundstückseigentümerin abgerechnet worden, die den Zweck gehabt hätten, durch Herabsetzung des Mietzinses für die von der Schuldnerin angemieteten Räume "Luft" für die Fortführung des Unternehmens zu schaffen. Gegenstand der Abrechnung unter der Nr. (4) seien Verhandlungen mit der französischen Muttergesellschaft gewesen, um diese zur Erfüllung der von ihr übernommenen Patronatsverpflichtungen anzuhalten.

24 c) Inkongruent waren die Zahlungen an den Beklagten, wenn er - bezogen auf eine konkrete Angelegenheit - keinen fälligen Anspruch darauf gehabt hat.

25 aa) Gemäß § 16 Satz 1 BRAGO wird die Vergütung des Rechtsanwalts fällig, wenn der Auftrag erledigt oder die Angelegenheit beendigt ist. Ist eine Angelegenheit beendigt, sind die dafür verdienten Gebühren fällig, selbst wenn der Auftrag - der auch noch andere Angelegenheiten umfasst - insgesamt noch nicht erledigt ist (Fraunholz aaO § 16 Rn. 8). Den Vorschussanspruch erwirbt der Rechtsanwalt zwar bereits mit Abschluss des Anwaltsvertrages (BGHSt 35, 357 = NJW 1988, 1167). Er erlischt jedoch, sobald der Vergütungsanspruch fällig geworden ist (vgl. auch Hartmann, aaO § 17 Rn. 8: Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses). Dies ist mit der Beendigung der Angelegenheit der Fall (§ 16 Satz 1 Alt. 2 BRAGO).

26 Soweit Vorschusszahlungen in bereits abgeschlossenen Angelegenheiten erfolgt sind, sind die Leistungen somit ohne weiteres inkongruent. Sofern an Stelle des Vorschussanspruchs ein Vergütungsanspruch bestand und möglicherweise auch bereits fällig war, ändert dies nichts an der Inkongruenz, wenn der Vergütungsanspruch mangels einer dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung noch nicht eingefordert werden konnte (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BRAGO). Inkongruent sind ferner Zahlungen, die auf einen Vergütungsanspruch geleistet worden sind, der noch nicht fällig war, weil die Erledigung der Angelegenheit noch ausstand.

27 bb) Da die Rechnung vom 12. November 2001 mehrere Angelegenheiten betraf, durfte das Berufungsgericht sich nicht mit der Feststellung begnügen, der Beklagte sei jedenfalls bis zum 20. Dezember 2001 für die Schuldnerin tätig

gewesen, und dabei offen lassen, in welcher Angelegenheit er nach dem 12. November 2001 noch gearbeitet hat. Es bedarf der Feststellung, auf welche der in der Rechnung vom 12. November 2001 abgerechneten Angelegenheiten die jeweiligen Zahlungen erfolgt sind. Weiter muss festgestellt werden, ob die Angelegenheit, in der gezahlt worden ist, im Zeitpunkt der Zahlung noch nicht abgeschlossen, der aus der fraglichen Angelegenheit erwachsene Vergütungsanspruch somit noch nicht fällig war, so dass (nur) ein Vorschuss verlangt werden konnte. Solche Feststellungen fehlen, desgleichen ausreichender Vortrag.

28 d) Sollte die erneute tatrichterliche Prüfung ergeben, dass die Zahlungen inkongruent sind, so liegen auch die weiteren Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO vor. Die Zahlungen sind im letzten Monat vor der Stellung des Insolvenzantrags erfolgt und haben dem Beklagten, der im Insolvenzverfahren bloßer Insolvenzgläubiger gewesen wäre, volle Befriedigung verschafft. Falls die Zahlungen unter die Bargeschäftsausnahme (§ 142 InsO) fallen sollten (dazu unten 2a), wird die Anfechtung nach § 131 InsO dadurch nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Senats werden Rechtsgeschäfte nur dann als Bargeschäfte anerkannt, wenn die Leistung des Schuldners kongruent ist (BGHZ 150, 122, 130; BGH, Urt. v. 17. Juni 2004 - IX ZR 124/03, WM 2004, 1576, 1577; vgl. auch zur Konkursordnung BGHZ 123, 320, 328 f; zur Gesamtvollstreckungsordnung BGH, Urt. v. 3. Dezember 1998 - IX ZR 313/97, NJW 1999, 645, 646).

29 2. Werden die Zahlungen nicht von § 131 InsO erfasst, kann eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO eingreifen; § 142 InsO steht möglicherweise nicht entgegen.

30 a) Unter dem Gesichtspunkt des Bargeschäfts (§ 142 InsO) werden Leistungen privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. Dieser Ausnahmeregelung liegt der wirtschaftliche Gesichtspunkt zugrunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen (Amtliche Begründung zu § 161 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 167).

31 Leistung und Gegenleistung müssen beim Bargeschäft nicht Zug um Zug erbracht werden (so noch RGZ 100, 62, 64). Dem Erfordernis der Unmittelbarkeit entsprechen auch solche Geschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht werden (Amtliche Begründung zu § 161 RegE-InsO, aaO; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 15; HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 5; Uhlenbruck/Hirte, aaO § 142 Rn. 13). Der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum lässt sich kaum 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 (HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 5; Lwowski/ Wunderlich, Festschrift für Kirchhof 2003 S. 301, 308).

32 Es ist anerkannt, dass die Erfüllung beliebiger gegenseitiger Verträge unter die Bargeschäftsausnahme fallen kann (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 4; HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 3). Auch länger dauernde Vertragsbeziehungen scheiden nicht von vornherein als Bargeschäft aus. Insbesondere können Dienstleistungen eines Steuerberaters oder Rechtsanwalts Bargeschäfte sein (vgl. BGHZ 28, 344, 347 f; 77, 250, 252 f; BGH, Urt. v. 28. Januar 1988 - IX ZR 102/87, WM 1988, 472, 474; v. 18. Juli 2002 - IX ZR 480/00, NJW 2002, 3252 f; vgl. auch Kirchhof ZInsO 2005, 340, 343 f). Anwaltliche Dienstleistungen

können sich über einen längeren Zeitraum hinziehen. Selbst wenn es sich nicht um Dauermandate handelt, sind Zeitspannen von Monaten oder gar Jahren nicht selten.

33 Dies wäre unter dem Gesichtspunkt des engen zeitlichen Zusammenhangs unproblematisch, wenn auf den Zeitraum zwischen der Beendigung der Dienstleistung und der Zahlung des Honorars abzustellen wäre (so Lwowski/Wunderlich, aaO S. 312; ähnlich Kirchhof ZInsO 2005, 340, 344). Dies ist jedoch unzutreffend. Zwar hat der Rechtsanwalt, der von dem Mandanten alsbald nach Fälligkeit der Vergütung bezahlt wird, dem Mandanten keinen Kredit durch Stundung gewährt. Dass im Falle einer Kreditgewährung ein Bargeschäft nicht in Betracht kommt, rechtfertigt jedoch nicht den Umkehrschluss, ein Bargeschäft liege immer dann vor, wenn kein Kredit gewährt werde. Der Dienstleistende erbringt eine Vorleistung, wenn seine Vergütung erst nach Beendigung seiner Dienste fällig wird. Im Allgemeinen hat, wer an den Schuldner Vorleistungen erbracht hat, wegen seines Anspruchs auf die Gegenleistung nur eine Insolvenzforderung (BGHZ 135, 25, 27). Die dem § 142 InsO zugrundeliegende gesetzgeberische Erwägung, dass dem in der Krise befindlichen Schuldner eine weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr ermöglicht werden soll, falls dies die Gläubigergesamtheit nicht beeinträchtigt, betrifft nicht Fälle, in denen über längere Zeit vorgeleistet wird. Wer beispielsweise für den Schuldner ein Gebäude errichtet und sich darauf einlässt, dass der Werklohn insgesamt erst nach Abschluss der Bauarbeiten zu entrichten ist, kann sich, wenn der Schuldner ihn in der Krise bezahlt, nicht darauf berufen, der Bauvertrag sei ein Bargeschäft gewesen. Mit Dienstverträgen verhält es sich nicht anders. Der Bundesgerichtshof hat deshalb bei der Prüfung, ob der Vertrag über die Dienstleistung eines anwaltlichen oder steuerlichen Beraters ein privilegiertes Bargeschäft darstellt, grundsätzlich auf den Zeitraum zwischen der Annahme des Auftrags

oder dem Beginn der Tätigkeit und der Gegenleistung abgestellt (BGHZ 28, 334, 348; BGH, Urt. v. 18. Juli 2002 aaO S. 3253 - in dem zuletzt genannten Fall konnte er offen lassen, ob dieser Zeitraum zu lang war, weil der Gläubiger dem Schuldner auch zu dem späteren Zeitpunkt der Fälligkeit die Gegenleistung gestundet hatte).

34 Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist für die Annahme eines Bargeschäfts zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah - entweder in Teilen oder abschnittsweise - ausgetauscht werden. So können Zahlungen, mit denen ein Bauunternehmer nach Baufortschritt entlohnt wird, Bargeschäfte sein, falls der Abstand zwischen den einzelnen Raten nicht zu groß wird. Entsprechendes gilt für die Saldierung von Soll- und Habenbuchungen im Rahmen eines debitorisch geführten Kontos; hier ist der erforderliche unmittelbare Leistungsaustausch gegeben, wenn zwischen den Buchungen weniger als zwei Wochen vergehen; die Abrechnungsperiode des Kontokorrents wäre zu lang (BGHZ 150, 122, 131; BGH, Urt. v. 25. Februar 1999 - IX ZR 353/98, NJW 1999, 3264, 3265 f; v. 25. Januar 2001 - IX ZR 6/00, NJW 2001, 1650, 1651 f).

35 Wenn zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen, liegt kein Bargeschäft mehr vor. Dies entspricht der Verzugsfrist (§ 286 Abs. 3 BGB), die hier in Ermangelung anderer Anhaltspunkte als Maßstab für einen unmittelbaren Leistungsaustausch dienen kann. Rechtsanwälte werden dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Denn sie können jederzeit Vorschüsse verlangen.

36 Allerdings sind die Voraussetzungen eines Bargeschäfts wiederum nicht erfüllt, wenn der Rechtsanwalt einen Vorschuss in einer Höhe geltend macht, der die wertäquivalente Vergütung für die nächsten 30 Tage überschreitet. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Gebührentatbestände möglicherweise bereits verwirklicht sind. Es ist einem Rechtsanwalt, der in den Genuss der Bargeschäftsausnahme kommen will, möglich und zumutbar, in regelmäßigen Abständen Vorschüsse einzufordern, die in etwa dem Wert seiner inzwischen entfalteten oder der in den nächsten 30 Tagen noch zu erbringenden Tätigkeit entsprechen. Ferner kann vereinbart werden, Teilleistungen gegen entsprechende Vergütung zu erbringen.

37 b) Stellt man nur darauf ab, wann der Beklagte seine Tätigkeit begonnen hat, wäre der Rahmen des engen zeitlichen Zusammenhangs wohl noch gewahrt. Der erste Vorschuss wurde dem Beklagten höchstens drei bis vier Wochen nach der Aufnahme seiner Tätigkeit bezahlt, der zweite Vorschuss eine Woche später.

38 Indessen lässt sich dies derzeit nicht abschließend beurteilen, weil nicht feststeht, auf welche Angelegenheit gezahlt worden ist, wann der Beklagte mit der Bearbeitung dieser Angelegenheit begonnen und wann er sie beendet hat. Zugunsten der Revision muss deshalb unterstellt werden, dass alle Zahlungen in einer Angelegenheit erbracht worden sind, die ihn bis zuletzt beschäftigt hat. Das Ende der Tätigkeit hat nach dem Vortrag des Beklagten "nicht vor dem 20. Dezember 2001" gelegen. Die erste Zahlung ist dann zumindest fast sieben Wochen, die zweite zumindest fast sechs Wochen und die Dritte immerhin noch mehr als fünf Wochen zuvor erfolgt. Dies wäre zu lang, wobei wiederum nicht unberücksichtigt bleiben kann, dass die Arbeiten "Anfang/Mitte Oktober 2001"

aufgenommen worden sind. Sie erstreckten sich insgesamt also über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten.

39 In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum diskutiert, ob der Maßstab des engen zeitlichen Zusammenhangs weniger streng ist, wenn der Schuldner (hier durch die Gewährung von Vorschüssen) vorgeleistet hat, als bei einer Vorleistung des Gegners, der somit dem Schuldner Kredit gewährt hat. Teilweise wird dies bejaht (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 16). Andere lehnen dies ab (HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. § 142 Rn. 6; Uhlenbruck//Hirte, InsO 12. Aufl. § 142 Rn. 15; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 142 Rn. 7). Zutreffend ist die zuletzt genannte Ansicht. Dass wegen des Normzwecks der Zeitraum zwischen Leistung und Gegenleistung größer sein könne, wenn der Schuldner selbst vorleiste (so MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO), trifft nicht zu. Für eine Privilegierung des Gegners besteht kein Anlass, wenn der Schuldner seinerseits vorgeleistet hat. Denn dies ist für die künftige Masse sogar nachteiliger als der umgekehrte Fall. Außerdem könnte die anfechtungsrechtliche Privilegierung der Kreditgewährung durch den Schuldner für einen Geschäftspartner, der einen Anspruch auf Vorschuss hat (andernfalls kommt ein Bargeschäft ohnehin nicht in Betracht), Anreiz bieten, möglichst frühzeitig auf einem solchen zu bestehen. Im Interesse der Gläubigergesamtheit liegt dies nicht.

40 3. Sofern danach die Voraussetzungen eines Bargeschäfts nicht erfüllt sind, kommt es für die Anfechtbarkeit der beiden ersten Zahlungen darauf an, ob die Schuldnerin zur Zeit der jeweiligen Zahlung zahlungsunfähig war und der Beklagte zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit gekannt hat (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Dazu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen.

V.

41 Die Sache ist somit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dies gibt den Parteien Gelegenheit, unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen ihr Vorbringen zu ergänzen. Das Berufungsgericht wird sodann zu prüfen haben, ob die beiden ersten Zahlungen als Vorschuss angefordert und vereinnahmt worden sind und ob zu den fraglichen Zeitpunkten ein entsprechender Vorschussanspruch bestanden hat und fällig gewesen ist. Soweit die Schuldnerin auf fällige Forderungen geleistet hat, wird sich das Berufungsgericht erneut dem Problem des Bargeschäfts zuwenden und klären müssen, ob zwischen der Aufnahme der Bearbeitung der Angelegenheit, in der gezahlt worden ist, und der Zahlung oder zwischen dieser und der Erledigung der jeweiligen Angelegenheit ein enger zeitlicher Zusammen-

hang bestanden hat. Falls es danach noch auf eine Anfechtung nach § 133 InsO ankommt, wird sich das Berufungsgericht auch nochmals mit deren Voraussetzungen befassen müssen.

Fischer Ganter Raebel

Kayser Lohmann

Vorinstanzen:
LG Göttingen, Entscheidung vom 21.09.2004 - 8 O 16/04 -
OLG Braunschweig, Entscheidung vom 04.08.2005 - 8 U 177/04 -