

Bundesgerichtshof

Beschl. v. 28.09.1989, Az.: VII ZR 115/89

Frist für die Einlegung der Revision; Unterbrechung der Revisionsbegründungsfrist durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Neubeginn durch Einstellung des Konkursverfahrens; Freigabe einer Forderung durch ihre Abtretung; Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verschulden der für das Revisionsverfahren zuständigen Anwälte; Kenntnis vom Fristbeginn durch Anfrage beim Konkursverwalter oder Konkursgericht; Wirkungen eines vermeidbaren Rechtsirrtums; Rechtliches Interesse des Nebenintervenienten; Zulässigkeit des Beitritts eines Streithelfers

Amtlicher Leitsatz

In der Abtretung einer streitbefangenen Forderung durch den Konkursverwalter an einen Dritten ist keine Freigabe zu sehen. Die Unterbrechung des Verfahrens, dem die abgetretene Forderung zugrunde liegt, endet daher mit der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse (im Anschluß an Senatsurteile BGHZ 36, 258 und 64, 1).

Zur Pflicht der während eines Rechtsmittelverfahrens tätigen Anwälte, den Lauf der Rechtsmittelbegründungsfrist nach Unterbrechung des Verfahrens gem. [§ 240 ZPO](#) nicht außer Kontrolle geraten zu lassen.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch

den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie
die Richter Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Thode und Dr. Haß
am 28. September 1989

beschlossen:

Tenor:

1. 1.

Die Revisionen der Beklagten zu 1 und 2 gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 29. November 1985 werden als unzulässig verworfen.

2. 2.
Der Antrag der Beklagten zu 2 auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist wird zurückgewiesen.
3. 3.
Die Nebenintervention der Streithelferin wird zugelassen.
4. 4.
Von den Gerichtskosten des Revisionsverfahrens und den außergerichtlichen Kosten der Streithelferin der Klägerin haben die Beklagte zu 1 und die Beklagte zu 2 als Gesamtschuldner 6/10, die Beklagte zu 1 weitere 3/10 und die Beklagte zu 2 das restliche Zehntel zu tragen. Ihre eigenen Kosten tragen die Beklagten jeweils selbst.

Streitwert: insgesamt	172.692,37 DM.
für die Auslagen der Prozeßbev. der Bekl. zu 1:	157.015,77 DM
für die Auslagen des Prozeßbev. der Bekl. zu 2:	122.692,37 DM

Gründe

1

I.

Die (spätere) Firma B. B.V. in G. beauftragte durch Vertrag vom 8. September 1975 die Klägerin mit der Errichtung eines SB-Warenhauses. Für die Klägerin erledigte die Beklagte zu 1 Verfüllungs- und Verdichtungsarbeiten an dem Baugrundstück. Die Beklagte zu 2 wurde Mieterin des Warenhauses. Nach einiger Zeit kam es zu Rißbildungen an den Wänden und im Boden des Warenhauses. Die Klägerin führt die Schäden auf mangelhafte Verfüllung und Verdichtung des Baugrundes und auf die unsachgemäße Aufstellung einer Reinigungsmaschine im Warenhaus zurück.

2

Auf ihre Klage aus eigenem und abgetretenem Recht der Firma B. B.V. hat das Berufungsgericht die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 107.015,77 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die Beklagte zu 2 wurde außerdem verurteilt, an die Klägerin weitere 15.676,60 DM nebst Zinsen zu zahlen. Zudem wurde festgestellt, daß

die Beklagte zu 1 verpflichtet ist, der Klägerin in Zukunft noch entstehende Schäden und Kosten der Firma B. B.V. und der Klägerin selbst zur Hälfte zu ersetzen, die auf näher bezeichnete nicht Vertrags- und ordnungsgemäß durchgeführte Verfüllungs- und Verdichtungsarbeiten beruhen.

3

Gegen das Urteil legten die Beklagten zu 1 und 2 frist- und formgerecht Revision ein. Die Revisionsbegründungsfrist wurde bis zum 9. Mai 1986 verlängert. Am 31. Januar 1986 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Klägerin eröffnet. Der Konkursverwalter trat u.a. die streitbefangenen Ansprüche an die Streithelferin ab, nachdem der Titel auf ihn umgeschrieben worden war. Die Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 erhielten davon im Mai 1988 Kenntnis. Am 1. September 1988 wurde das Konkursverfahren mangels Masse eingestellt. Der Beschluß wurde u.a. im für amtliche Bekanntmachungen des Konkursgerichts bestimmten Regierungsamtsblatt vom 26. September 1988 veröffentlicht.

4

Nach Angaben des Revisionsanwalts der Beklagten zu 2 erfuhren er sowie der Korrespondenzanwalt und Berater der Beklagten zu 2 am 20. Februar 1989 erstmals von der Einstellung des Konkursverfahrens. Mit am 6. März 1989 eingegangenem Schriftsatz vom gleichen Tage forderte die Beklagte zu 2 die Klägerin bzw. den Konkursverwalter gemäß § 239 Abs. 2 und 3 ZPO auf, das Verfahren aufzunehmen und stellte vorsorglich den Antrag, der Beklagten zu 2 wegen der Versäumung der Frist zur Begründung der Revision Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Revision wurde gleichzeitig begründet.

5

Mit Schriftsatz vom 20. April 1989 ist die Streithelferin dem Rechtsstreit auf seiten der Klägerin beigetreten. Sie beantragt, die Revisionen der Beklagten zu 1 und 2 als unzulässig zu verwerfen.

6

Die Beklagte zu 1 hat ihre Revision nicht begründet. Sie beantragt, die Nebenintervention der Streithelferin nicht zuzulassen.

7

II.

Beide Revisionen sind unzulässig, weil sie nicht rechtzeitig begründet worden sind. Der Beklagten zu 2 kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden.

8

1.

Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Klägerin am 31. Januar 1986 ist der Prozeß gemäß § 240 ZPO unterbrochen worden. Der Lauf der Revisionsbegründungsfrist hörte auf (§ 249 Abs. 1 ZPO).

9

a)

Die Unterbrechung endete hier mit der Einstellung des Konkursverfahrens am 1. September 1988. Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse gemäß § 204 KO steht der Aufhebung des Konkursverfahrens im Sinne des § 240 ZPO gleich (Senatsurteil BGHZ 36, 258, 262).

10

Der Prozeß wurde ohne Aufnahme oder Anzeige einer der Prozeßparteien fortgesetzt. Der Lauf der Revisionsbegründungsfrist begann neu. Es lief die einmonatige Frist des § 554 Abs. 2 ZPO und zwar gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 KO mit Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des Blattes, in dem die Einstellung des Konkursverfahrens bekannt gemacht wurde (Senatsurteil BGHZ 64, 1 [BGH 13.01.1975 - VII ZR 220/73]). Die Bekanntmachung erfolgte am 26. September 1988 im Regierungsamtsblatt, so daß die Revisionsbegründungsfrist Ende Oktober 1988 abgelaufen war.

11

b)

Die Abtretung der streitbefangenen Forderung durch den Konkursverwalter an die Streithelferin ändert daran nichts.

12

Im Ansatz zutreffend geht die Revision der Beklagten zu 2 allerdings davon aus, daß das Verfahren noch unterbrochen wäre, wenn in der Abtretung eine Freigabe der Forderung durch den Konkursverwalter zu sehen wäre. Denn im Falle einer Freigabe durch den Konkursverwalter endet die Unterbrechung des Verfahrens erst mit der Aufnahme durch den Gemeinschuldner oder den Prozeßgegner (allgemeine Meinung, vgl. Senatsurteil BGHZ 36, 258, 261).

13

In der Abtretung der Forderung kann jedoch keine Freigabe gesehen werden. Der Konkursverwalter kann zwar eine zur Masse gehörende Forderung ebenso freigeben wie einen Gegenstand (dazu Senatsurteil BGHZ 35, 180). Freigabe bedeutet aber die Aufhebung der

Beschlagnahme zugunsten des Gemeinschuldners. Der Gemeinschuldner erlangt mit ihr seine Verfügungsbefugnis zurück (vgl. Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. § 6 Rdn. 19; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. § 1 Rdn. 5; Kilger, KO, 15. Aufl., § 6 Rdn. 9). Daran fehlt es hier. Denn durch die Abtretung erhielt nicht die Klägerin die Verfügungsbefugnis über die Forderung, sondern die Streithelferin. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß von der Freigabe die Übertragung auf einen Dritten unterschieden werden muß (Kuhn/Uhlenbruck, § 1 Rdn. 5 f).

14

Aus dem gleichen Grund kommt auch eine Freigabe durch eine etwa in der Abtretung zu sehende konkludente Ablehnung der Prozeßaufnahme (§ 10 Abs. 2 KO) nicht in Betracht (so zu Recht Jaeger/Henckel, § 10 Rdnrn. 104, 122, 123).

15

2.

Der Beklagten zu 2 kann die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht bewilligt werden.

16

a)

Der Antrag ist allerdings zulässig. Das Hindernis für die rechtzeitige Revisionsbegründung war die fehlende Kenntnis von der Einstellung des Konkursverfahrens. Eine Revisionsbegründung während des Konkursverfahrens wäre ohne rechtliche Wirkung gewesen (§ 249 Abs. 2 ZPO). Wenn die Beklagte zu 2 von der Einstellung des Konkursverfahrens erst am 20. Februar 1989 erfahren hat, konnte sie zulässigerweise innerhalb von zwei Wochen (§ 234 ZPO), also bis zum 6. März 1989 Wiedereinsetzung beantragen. Der an diesem Tage eingegangene Antrag ist rechtzeitig.

17

Auch die Formerfordernisse des § 236 Abs. 1 ZPO sind gewahrt. Die Revision ist gleichzeitig begründet worden (§ 236 Abs. 2 ZPO).

18

b)

Der Antrag ist aber nicht begründet, weil die Beklagte zu 2 nicht glaubhaft gemacht hat, daß sie ohne ihr Verschulden verhindert war, die Revisionsbegründungsfrist einzuhalten.

19

Dabei kann offen bleiben, ob Wiedereinsetzung in den vorigen Stand schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Beklagten zu 2 selbst

die Einstellung des Konkursverfahrens vor dem 20. Februar 1989 bekannt geworden ist. Ihr Vortrag enthält dazu keine genauen Angaben. Es ist durchaus denkbar, daß zwar die Anwälte nicht informiert waren, die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH jedoch von der Einstellung des Konkursverfahrens wußten. Die Streithelferin der Klägerin behauptet das auch. Es bleibt aber offen, ob den Geschäftsführern bekannt war oder hätte sein müssen, welchen Einfluß die Einstellung des Konkursverfahrens auf den Lauf der Revisionsbegründungsfrist hatte.

20

Doch kommt es darauf nicht entscheidend an. Denn der Beklagten zu 2 kann schon deshalb Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden, weil die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist jedenfalls auf einem Verschulden der für sie während des Revisionsverfahrens tätigen Anwälte beruht, das sie sich zurechnen lassen muß (§ 85 Abs. 2 ZPO).

21

aa)

Der Prozeßbevollmächtigte einer Partei muß alles ihm Zumutbare tun und veranlassen, damit die Frist zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels gewahrt wird (BGH Urteil vom 7. Mai 1982 - V ZR 233/81 = VersR 1982, 802; Beschluß vom 21. Dezember 1982 - VI ZB 16/82 = VersR 1983, 272).

22

Dies gilt nicht nur für die Überwachung bekannter Fristen (vgl. Senatsbeschluß vom 20. Oktober 1988 - VII ZB 22/88 = AnwBl. 1989, 99 m.N.). Der Anwalt muß auch die geeigneten Maßnahmen treffen, die eine rechtzeitige Information vom Lauf der Frist gewährleisten. Wird die Frist durch Zustellung an ihn in Gang gesetzt, ist seine Kenntnis allerdings schon deshalb gesichert, weil die Zustellung erst bewirkt ist, wenn der Anwalt persönlich Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück erlangt und mit dem Vollzug seiner Unterschrift auf dem Empfangsbekenntnis über die Zustellung den Willen erklärt, das Schriftstück als zugestellt gelten zu lassen (BGH Beschl. vom 18. Dezember 1985 - I ZR 171/85 = LM ZPO § 233 (Fb) Nr. 34 = NJW-RR 1986, 614, 615 m.N.). Ist die Zustellung jedoch nicht an ihn erfolgt, muß er sie überprüfen und darf sich nicht auf die Erklärung der Partei zur Frist verlassen (vgl. BGH NJW 1951, 235). Auch der mit der Einlegung eines Rechtsmittels beauftragte Anwalt hat den Lauf der Rechtsmittelfrist selbst zu prüfen (BGH NJW-RR 1986, 614;

Senatsbeschluß vom 29. September 1988 - VII ZB 20/88 -). Unter besonderen Umständen ist sogar der Verkehrsanwalt verpflichtet, sich nach dem Zeitpunkt einer in Gang setzenden Zustellung zu erkundigen (BGH Beschl. vom 2. Dezember 1987 - IV a ZB 17/87 = LM ZPO § 233 (Fb) Nr. 35 = NJW-RR 1988, 508).

23

Wird der Lauf der Frist - wie hier - nicht durch eine Zustellung in Gang gesetzt, hat der Anwalt die zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um vom Fristbeginn anderweitig zu erfahren. Trifft er solche Vorkehrungen nicht, kann ihn seine Unkenntnis ebensowenig entlasten, wie in vergleichbaren Fällen die Unkenntnis seiner Partei ein Verschulden nicht ausschließt. Auch die Partei entschuldigt die Unkenntnis vom Fristbeginn nicht, wenn sie nicht durch zumutbare Maßnahmen für die Einhaltung prozessualer Fristen gesorgt hat, mit deren Ablauf zu rechnen war (vgl. [BGH Beschlüsse vom 25. März 1982 - VII ZB 23/81](#) = VersR 1982, 652, 653; vom 10. Oktober 1985 - I ZB 3/85 = VersR 1986, 41 und vom 20. Oktober 1988 - VII ZB 16/88).

24

bb)

Welche Vorkehrungen im einzelnen zu treffen sind, hängt von den Umständen des Falles ab. Die Anwälte der Beklagten zu 2 haben überhaupt keine Vorkehrungen dafür getroffen, daß sie von der Beendigung des Konkursverfahrens rechtzeitig erfahren, obwohl diese sicher war und sie hätten wissen müssen, daß die Revisionsbegründungsfrist dadurch in Gang gesetzt wird. Sie haben den Lauf der Revisionsbegründungsfrist außer Kontrolle geraten lassen und ihre Kenntnis vom Lauf der Frist lediglich von zufälligen Informationen über die Beendigung des Konkursverfahrens abhängig gemacht. Das reichte nicht aus.

25

Ob die Anwälte verpflichtet waren, die zur Veröffentlichung der Konkursbeendigung bestimmten Blätter zu lesen, wie die Streithelferin der Klägerin unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Februar 1989 (NJW 1989, 1353, 1354, zum Abdruck in BGHZ bestimmt) meint, kann dahinstehen. Jedenfalls hätten sie sowohl den Konkursverwalter als auch das Konkursgericht um Mitteilung einer etwaigen Beendigung des Konkursverfahrens bitten müssen. Zwar sieht § 205 KO eine Zustellung des Einstellungsbeschlusses an bekannte Schuldner nicht vor. Dennoch ist wahrscheinlich, daß die Beklagte zu 2 auf diese Weise alsbald von der Einstellung des Konkursverfahrens

Kenntnis erlangt hätte, denn derartige Mitteilungen sind für die Geschäftsstelle des Konkursgerichts nichts Ungewöhnliches, wie sich aus § 111 Abs. 3 KO ergibt, und werden durch § 205 KO auch nicht ausgeschlossen.

26

cc)

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt auch nicht in Betracht, wenn die Anwälte der Auffassung gewesen sein sollten, in der Abtretung der streitbefangenen Forderung läge deren Freigabe, so daß es der Aufnahme des Prozesses bedürfe. Diese Auffassung ist - wie dargelegt - falsch. Der Rechtsirrtum war vermeidbar. Denn er fand weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum eine Stütze. Ein vermeidbarer Irrtum vermag eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelmäßig nicht zu rechtfertigen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 12. Juli 1973 - VII ZR 60/73 = VersR 74, 33 und vom 30. Juni 1983 - VII ZB 6/83 = VersR 1983, 876). Zumindest war diese Auffassung so zweifelhaft, daß die Anwälte schon vorsorglich die nach Beendigung des Konkursverfahrens neu laufende Frist hätten wahren müssen. Denn ein Anwalt muß bei unklarer oder zweifelhafter Rechtslage vorsorglich so handeln, daß er trotz einer für seine Partei möglicherweise ungünstigen Entscheidung noch deren Belange wahrnehmen kann (BGHZ 8, 47, 54).

27

III.

Der Antrag der Beklagten zu 1 auf "Zurückweisung der Nebenintervention" ist gemäß § 71 Abs. 1 ZPO zulässig. Er ist jedoch nicht begründet.

28

Die Streithelferin hat ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin glaubhaft gemacht. Sie kann deshalb gemäß § 66 Abs. 1 ZPO der Klägerin zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

29

1.

Es kann dahinstehen, ob die Auffassung der Beklagten zu 1 zutrifft, die Streithelferin könne ihr rechtliches Interesse nicht aus der Abtretung der streitbefangenen Forderung ableiten, weil diese erst während des Revisionsverfahrens vorgenommen worden sei und gemäß § 561 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden dürfe. Ist die Abtretung zu berücksichtigen, ist das rechtliche Interesse der Streithelferin als Inhaberin der streitbefangenen Forderung offenkundig.

30

2.

Das rechtliche Interesse der Streithelferin ist aber auch ohne die Abtretung glaubhaft. Die Streithelferin war - zumindest über die mit ihr wirtschaftlich verflochtene B. B.V. in G. - Auftraggeberin der Klägerin und Vermieterin der Beklagten zu 2. Sie hatte die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche teilweise an diese zuvor abgetreten. Die während des Revisionsverfahrens vorgenommene Abtretung ist in diesem Umfang lediglich eine Rückübertragung der Ansprüche. Die diesen Abtretungen zugrunde liegenden rechtlichen Beziehungen zwischen der Klägerin, der Beklagten zu 2 und der Streithelferin machen ohne weiteres das Interesse der Streithelferin am Ausgang des Prozesses glaubhaft. Da der Beitritt auch noch im Revisionsrechtszug erklärt werden kann (§ 66 Abs. 2 ZPO), ist die Streithelferin gemäß § 71 Abs. 1 ZPO zuzulassen.

31

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Streitwertbeschluss:

Streitwert: insgesamt	172.692,37 DM.
für die Auslagen der Prozeßbev. der Bekl. zu 1:	157.015,77 DM
für die Auslagen des Prozeßbev. der Bekl. zu 2:	122.692,37 DM

Girisch

Obenhaus

Walchshöfer

Thode

Haß