

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer, Rechtsanwalt in Köln – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin in Berlin – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

23 2010
Seite 1633–1696
63. Jahrgang
4. Juni 2010

Professor Dr. Christoph G. Paulus, Berlin*

Vorsicht Falle – Wiederaufnahme eines durch ein Insolvenzverfahren unterbrochenen Prozesses

In dem vermeintlich alltäglichen Anwendungsbereich des § 240 ZPO hat sich im Insolvenzrecht eine herrschende Ansicht herauskristallisiert, die zum Schaden der Insolvenzmasse gereicht. Damit steht sie im diametralen Gegensatz zu den tragenden Grundsätzen der Insolvenzordnung. Abhilfe kann mit Hilfe des allgemeinen methodologischen Rüstzeugs geschaffen werden.

I. Das Problem

Nach § 240 ZPO wird ein rechtshängiger¹ Prozess unterbrochen, wenn währenddessen über das Vermögen einer der beiden Parteien das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wenn das Verfahren ebendiese Insolvenzmasse betrifft. Was die Prozessordnung unter „unterbrechen“ versteht, ergibt sich mit wünschenswerter Deutlichkeit aus den §§ 249, 250 ZPO. Demnach hört mit Eintritt der Unterbrechungswirkung, also mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 27 InsO), der Prozess auf, weiter voranzuschreiten (lateinisch: *procedere*). Er setzt seinen Lauf erst dann wieder fort, wenn einer der dazu Berechtigten das Verfahren aufnimmt; eventuelle Fristen beginnen dann von vorne zu laufen. Das Insolvenzrecht greift in den §§ 85 und 86 InsO dieses Verständnis auf, indem es die zivilprozessuale Diktion übernimmt und die spezifische Aufnahmebefugnis im eröffneten Insolvenzverfahren regelt.

Eine – soweit ersichtlich – bislang weitgehend eher beiläufig² diskutierte Frage ist die, was dieses Unterbrechen denn nun tatsächlich für Auswirkungen hat, wenn es sich bei dem unterbrochenen Verfahren um einen Anwaltsprozess (und damit vermutlich um den Normalfall) handelt. Welche Implikationen hat das zivilprozessuale „Unterbrechen“ auf das insolvenzrechtliche Schicksal desjenigen Vertrags, den der Schuldner mit seinem Anwalt³ geschlossen hat? Kann auch er nach Beendigung der Unterbrechung wieder aufgenommen werden, wie es die Terminologie des § 250 ZPO zu suggerieren scheint?

Falls ja: Bedeutet das, dass die Weiterführung des Prozesses unter den Begriff „einheitliche Angelegenheit“ i. S. des § 15 V RVG zu subsumieren ist, dass also die im vorinsolvenzlichen Teil des Prozesses erbrachten Vorschüsse nicht vergeudet waren, weil der nachinsolvenzliche Teil eben nicht eine neue Angelegenheit darstellt? Falls nein: Muss ein erneuter Anwaltsvertrag mit dem bisherigen oder einem anderen Anwalt geschlossen werden? Die Konsequenzen im letz-

teren Fall sind erheblich: Man denke nur an einen bereits seit langem rechtshängigen Prozess, in dem sich die dem Anwalt gewährten Vorschüsse (§ 9 RVG) im Laufe der Jahre bereits zu erheblichen Summen addiert haben. Da wird es für den Insolvenzverwalter hinsichtlich der Frage, ob er den Prozess aufnehmen will oder soll, von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob er sich aus vertragsrechtlichen Gründen desselben Anwalts bedienen kann, ohne ihm ein weiteres Mal eine vergleichbare Summe für einen Neuanfang zahlen zu müssen, weil dieser Teil des Prozesses als ein Neubeginn, also als ein neues Mandat zu verstehen ist.

II. Die gesetzliche Lage und bisherige Ansichten dazu

Die Insolvenzordnung geht offenbar von dem zweiten Fall aus. Statt eines Aufnehmens i. S. der § 250 ZPO, §§ 85, 86 InsO handelt es sich hinsichtlich des Anwaltsvertrags gerade (und nur) des Schuldners um einen Neuanfang. Das ergebe sich aus den §§ 116 und 117 InsO: Dank letzterer Vorschrift erlösche die Vollmacht⁴, während § 116 InsO den Geschäftsbesorgungsvertrag⁵ und somit das Mandat insgesamt beende⁶.

* Der Autor ist Professor am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin und Direktor des Instituts für Interdisziplinäre Restrukturierung (IIR). – Der nachfolgende Beitrag geht auf eine Anfrage des Insolvenzverwalters in dem Verfahren der Firma *Falk + Partner Objekt Leipzig Lutherstraße KG* zurück.

1 Nicht schon: anhängig; vgl. *BGH*, NJW-RR 2009, 566 = NZI 2009, 169.

2 S. allerdings noch für die *KO Schmidt*, NJW 1976, 98; *Mümmeler*, Jur-Büro 1976, 277.

3 Hierbei ist natürlich bezüglich der Mandatierung zu differenzieren: S. dazu, dass das einer Sozietät erteilte Mandat selbst dann fortbesteht, wenn der sachbearbeitende Anwalt diese Kanzlei verlässt, *OLG München*, AnwBl 1995, 109; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 30. Aufl. (2009), § 91 Rdnr. 32; *Giebel*, in: *MünchKomm-ZPO*, 3. Aufl. (2008), § 91 Rdnr. 71; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl. (2004), § 91 Rdnr. 145.

4 *BGH*, NJW-RR 1989, 183; *Wieczorek/Schützel/Steiner*, ZPO, 3. Aufl. (1994), § 86 Rdnr. 5; *Thomas/Putzo/Hüßtege* (o. Fußn. 3), § 87 Rdnr. 3. S. jetzt allerdings *LSG Berlin-Brandenburg*, ZIP 2009, 2360, das unter bestimmten Voraussetzungen hierbei eine Einschränkung postuliert.

5 S. nur *Palandt/Sprau*, BGB, 69. Aufl. (2010), § 675 Rdnr. 19; *Jauernig/Mansel*, BGB, 13. Aufl. (2009), Vorb. § 611 Rdnr. 19; *Ott/Vuia*, in: *MünchKomm-InsO*, 2. Aufl. (2008), § 116 Rdnr. 9; *Wegener*, in: *Frankfurter Komm. z. InsO*, 5. Aufl. (2009), § 116 Rdnr. 17; *Marotzke*, in: *Heidelberger Komm. z. InsO*, 5. Aufl. (2008), § 116 Rdnr. 4.

6 Vgl. *BGHZ* 168, 276 = NJW-RR 2007, 50 = NZI 2006, 637 = ZIP 2006, 1781 (1782); *BGH*, NJW-RR 1989, 183; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 86 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

Zu den Folgen dieser Sichtweise gehört konsequenterweise, dass der Verwalter vom bislang tätig gewesenen Anwalt beispielsweise die Herausgabe der Handakten verlangen kann sowie Auskunft über den bisherigen Prozessverlauf⁷; eine eventuelle weitere Tätigkeit des Anwalts braucht er nicht zu vergüten⁸, und er kann diejenigen Vorschüsse zurückverlangen, die der Anwalt nicht mehr bestimmungsgemäß eingesetzt hat⁹.

Eine weitere Folge ist aber eben auch die, dass eine Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens mit dem bisherigen Anwalt nur um den Preis eines neuen Mandats zu erreichen ist. Anders wäre das nur, wenn sich Gründe dafür finden lassen, die vertragsrechtlichen Regelungen der §§ 116 und 117 InsO hinter die der Wiederaufnahme in den §§ 85 und 86 InsO zurücktreten zu lassen und den Anwaltsvertrag des Schuldners insoweit nicht anders als den des Prozessgegners zu behandeln.

Einige¹⁰ sehen solche Gründe dann, wenn besondere Umstände des Einzelfalls eine nachwirkende Treuepflicht haben entstehen lassen, die den Anwalt zu einer Weiterführung des Mandats verpflichten. Andere¹¹ dagegen wollen dem Verwalter dergestalt zu Hilfe kommen, dass sie den Terminus „Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrags“ in § 116 InsO als ein bloßes Erlöschen der Geschäftsführungsbefugnis verstehen und dem Verwalter damit in Anbetracht der Entgeltlichkeit dieser Verträge ein Wahlrecht nach § 103 InsO einräumen¹² – dies gerade, um der Masse die zuvor beschriebene Kostenbelastung abzunehmen.

III. Stellungnahme

1. Überraschende Konsequenzen der herrschenden Meinung

Zunächst wird man als unbefangener Betrachter der Problematik konstatieren dürfen (wenn nicht gar: müssen), dass die Ansicht der herrschenden Meinung überrascht: In einem legislativen Kontext, der mit wünschenswerter Eindeutigkeit sowohl in der ZPO als auch in der InsO von einem einheitlichen Prozessverlauf ausgeht – ein Verlauf, der lediglich in zeitlicher Hinsicht durch eine Überlegungsperiode unterbrochen wird, ansonsten aber in substantieller Hinsicht ein zusammenhängendes Verfahren unterstellt –, soll allein das schuldnerische Mandatsverhältnis enden und zu einem Neuanfang nötigen.

Darüber hinaus überrascht, dass gerade und nur an dieser Stelle die Insolvenzmasse stärker belastet werden soll als das Vermögen des Gegners. Wie sogleich unter III 3 a noch ausführlicher zu belegen sein wird, wirkt sich die insolvenzbedingte Unterbrechung auf dessen Gebührenpflicht grundsätzlich in keiner Weise aus. Dagegen soll für den Schuldner – genauer: dessen Masse – die doppelte Vergütungspflicht anstehen. Aus insolvenzrechtlicher Perspektive bedarf es keiner Begründung, dass ein derartiges Ergebnis völlig über Kreuz steht mit Vorschriften wie etwa § 105 oder den §§ 103 ff. InsO insgesamt. Sie alle verfolgen das Bestreben, die Masse so weit wie möglich zu schonen bzw. die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Masse bestmöglich maximiert werden kann¹³.

2. Verkennung des Schutzzwecks der insolvenzrechtlichen Vorschriften in dieser Konstellation

Dabei ist allerdings zu konzedieren, dass die Vertreter der herrschenden Meinung die Vorschriften des gesetzlichen Konzepts der §§ 116 und 117 InsO durchaus zutreffend verstehen und auslegen. Dem Grundsatz nach gibt es hieran nichts zu deuteln. Jedoch führt – und genau das übersieht die

wohl herrschende Meinung – diese Auslegung in der vorliegenden, in der tagtäglichen Praxis des Insolvenzrechts gewiss nicht nur vereinzelt vorkommenden Konstellation zu einem Ergebnis, das den Intentionen des Insolvenzrechtsgesetzgebers diametral entgegengesetzt ist.

Die Gesetzesmaterialien wollen zwar tatsächlich mit den Normen der §§ 115 bis 117 InsO sicherstellen, dass die Verwaltung der Masse vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an allein in den Händen des Insolvenzverwalters liegt¹⁴. Aber selbstverständlich wollen sie damit die allgemeinen Gläubiger des Schuldners vor massebeeinträchtigenden Verpflichtungen schützen, die dieser vor Verfahrenseröffnung begründet hat¹⁵ – nicht aber ihrerseits zur Belastung der Masse werden. Genau das aber bewirkt die pauschale, uneingeschränkte Anwendung der §§ 115 bis 117 InsO auf den Anwaltsvertrag durch die herrschende Meinung. Sie verkehrt damit den Schutzzweck der Normen in ihr Gegenteil.

3. Eigene Lösung

In Anbetracht dessen ist es naheliegend, nach Alternativen zu suchen. Das gilt zumindest für Fälle der vorliegenden Art, in denen durch eine auf der Grundlage des RVG (unter Umständen auch noch nach der BRAGO), erfolgte vorherige Bezahlung der maßgeblichen Prozessgebühren die Masse bereits beeinträchtigt ist und infolgedessen vor erneuter Inanspruchnahme geschützt werden muss.

a) *Richtungsweisung des § 15 IV RVG.* Einen Anhaltspunkt für die Berechtigung eines derartigen Ansinnens erhält man aus § 15 V RVG, der insoweit wortgleichen Nachfolgervorschrift des § 13 V BRAGO. Dessen erster Satz lautet:

„Wird der Rechtsanwalt, nachdem er in einer Angelegenheit tätig geworden ist, beauftragt, in derselben Angelegenheit weiter tätig zu werden, erhält er nicht mehr an Gebühren, als er erhalten würde, wenn er von vornherein hiermit beauftragt worden wäre.“

Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn die Unterbrechung länger als zwei Jahre gedauert hat. Der BGH weist bezüglich dieser Ausnahme unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien darauf hin, dass allein dieser lange Zeitraum die Annahme einer neuen Angelegenheit zu rechtfertigen vermag¹⁶. Erst (und nur) er erfordere eine komplette Neuvornahme der Einarbeitung in den alten Prozessstoff¹⁷.

Dass diese Einheitlichkeit der Angelegenheit für den nicht-insolventen Prozessgegner bzw. dessen Anwalt gilt, ist anerkannt¹⁸. Das OLG Nürnberg¹⁹ geht sogar noch einen Schritt weiter und sieht, freilich ohne nähere Begründung, diese Einheitlichkeit auch als für das schuldnerische Mandatsver-

7 BGH, NJW 1990, 510; *Abrendt*, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 3. Aufl. (2009), § 116 Rdnr. 5.

8 S. nur *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 5), § 116 Rdnr. 48.

9 S. nur BGH, NJW 1991, 1884; ferner *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 5), § 669 Rdnr. 3.

10 Insbesondere *Ott/Vuia*, in: MünchKomm-InsO (o. Fußn. 5), § 116 Rdnr. 49; *Abrendt*, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR (o. Fußn. 7), § 115 Rdnr. 6.

11 Insbesondere *Marotzke*, in: Heidelberger Komm. z. InsO (o. Fußn. 5), § 115 Rdnr. 4 ff., m. w. Nachw. in Fußn. 5, § 116 Rdnr. 7.

12 *Marotzke*, in: Heidelberger Komm. z. InsO (o. Fußn. 5), § 115 Rdnr. 6.

13 S. nur *Paulus*, InsolvenzR, 2009, Rdarn. 141 ff., 153 ff.

14 Vgl. etwa *Balz/Landfermann*, Die neuen InsolvenzG, 2. Aufl. (1999), S. 345; ferner *Pape*, in: Kölner Schrift z. InsolvenzR, 3. Aufl. (2009), S. 399 Rdnr. 78.

15 *Huber*, in: *Gottwald*, InsolvenzR-Hdb., 3. Aufl. (2006), § 36 Rdnr. 47.

16 BGH, NJW 2006, 1525.

17 S. auch *Mayer/Kroiß*, RVG, 3. Aufl. (2008), § 15 Rdnr. 187.

18 Etwa *OLG Düsseldorf*, RPfeger 2001, 272.

19 NJOZ 2006, 3532; s. auch *Gerold/Schmidt*, RVG, 18. Aufl. (2008), VV 3313-3323.

hältnis maßgeblich an – mit der Folge, dass dieses unbeschadet der Insolvenzverfahrenseröffnung fortbesteht.

Eine weitere Überlegung stützt aber die Ansicht des *OLG Nürnberg*. Unterstellt, der Prozess wird wieder aufgenommen und der Prozessgegner verliert ihn. Dann kommt er in die Situation, dass er wegen der Kostentragungspflicht die doppelten Rechtsanwaltsgebühren des obsiegenden Schuldners bzw. Insolvenzverwalters tragen muss. Dies ist jedoch schwerlich mit dem Grundgedanken des § 91 II 2 ZPO in Einklang zu bringen, demzufolge als notwendige Anwaltskosten nur die gerade eines Rechtsanwalts anzusehen sind, es sei denn, dass „in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten musste“²⁰. Welcher tragfähige und sachlich überzeugende Grund soll aber dazu führen, dass der Prozessgegner ein derartiges Insolvenzrisiko tragen muss, das lediglich durch eine schematische Anwendung einer vermeintlich passenden Vorschrift zu Stande kommt? Im umgekehrten Fall, in dem dieser Prozessgegner den Prozess gewinnt, wäre wiederum die Masse im Vorteil; denn sie müsste in jedem Fall nur die Kosten des einen Anwalts tragen.

b) *Treuepflicht aus § 242 BGB?* Sofern man diese nicht nachvollziehbare Diskrepanz zwischen der Behandlung des schuldnerischen und der des gegnerischen Mandats nicht schon mit dem *OLG Nürnberg* genügen lassen will, bietet sich in der Tat eine Feinjustierung des Ergebnisses der herrschenden Meinung mit Hilfe des § 242 BGB an. Dass diese Norm auf ein Mandatsverhältnis Anwendung finden kann, ist unbezweifelbar.

Fraglich ist allein, welche Umstände vorliegen müssen, um eine solche Treuepflicht begründen zu können. Angesichts der *prima vista* tatsächlich Anwendung erheischenden Gesetzeslage in den §§ 116 f. InsO können sie nicht schon allein aus dem besonderen Vertrauensverhältnis hergeleitet werden, das einem jeden Anwaltsvertrag zu Grunde liegt (vgl. auch die §§ 627 und 628 BGB). Aus demselben Grund wird man auch schwerlich aus der Berufung auf die Konsequenz dieser Normen, eben die Notwendigkeit eines neuen Mandats, einen Verstoß gegen eine Treuepflicht herleiten können – auch wenn sich diese Möglichkeit für den Anwalt wie ein Lotteriegewinn auswirkt, weil gerade sein Mandant in ein Insolvenzverfahren geraten ist und nicht der der Gegenseite.

Umstände, die eine Treuepflicht begründen können, werden sich daher wohl regelmäßig, wenn überhaupt, dann aus der Dauer des Verfahrens und der damit einhergehenden Verfestigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant ergeben. Ein erst wenige Wochen rechtshängiger Prozess wird wohl eher zu einem Neuanfang führen dürfen als einer, der sich schon über viele Monate oder gar Jahre hingezogen hat.

c) *Teleologische Reduktion.* Allerdings wird man über das soeben Vorgetragene noch einen Schritt weiter hinausgehen dürfen bzw. gar müssen. Denn die Inkompatibilität zweier miteinander nicht harmonisierender Konzepte – Unterbrechung mit Wiederaufnahmemöglichkeit hier, Erlöschen mit Zwang zum Neubeginn dort – in ein und demselben Gesetz nötigt zu einer über die Einzelfallkorrektur hinausgehenden Harmonisierung der beiden Vorschriftengruppen. Als eine solche drängt sich aus den bereits im Voranstehenden wiederholt angeführten Wertungsgesichtspunkten eine teleologische Reduktion an.

Sie ist dann angezeigt, wenn „eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn, aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist. Die Ausfüllung einer solchen Lücke ge-

schieht durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung. Weil hiermit die im Gesetz enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt, reduziert wird, sprechen wir von einer ‚teleologischen Reduktion‘“²¹. Im selben Text heißt es weiter unten:

„Liegt die Rechtfertigung der Analogie in dem Gebot der Gerechtigkeit, dem maßgeblichen Wertungsgesichtspunkt nach gleichartige Fälle gleich zu behandeln, so die der teleologischen Reduktion in dem Gebot der Gerechtigkeit, Ungleiches ungleich zu behandeln, das heißt die von der Wertung her erforderlichen Differenzierungen vorzunehmen.“²²

Noch einmal zur Verdeutlichung: Die für die Unterbrechungswirkung maßgebliche ZPO geht davon aus, dass der Prozess eine Pause erfährt, die jedoch grundsätzlich nur temporär ist und demgemäß wieder beendet werden kann, mit der Folge, dass der Prozess an der unterbrochenen Nahtstelle fortzuführen ist. An genau diese Vorstellung knüpft die Insolvenzordnung in den §§ 85 f. an und regelt damit diesen Spezialfall; diese Vorschriften sind mithin *leges speciales*. Demgegenüber wird der Anwaltsvertrag in den §§ 115 ff. InsO nicht etwa speziell thematisiert. Er fällt lediglich als eine Erscheinungsform aus einer Vielzahl weiterer unter die pauschale Regelung von Geschäftsbesorgungsverträgen, die es in welcher Form auch immer geben mag; es handelt sich mithin um eine *lex generalis*.

In Anbetracht dieser Ausgangslage passen die oben zitierten Passagen zur teleologischen Reduktion in einer Weise, als wären sie im Hinblick auf den dargestellten Widerspruch geschrieben. Demnach muss die Wirkung der Insolvenzverfahrensöffnung auf den Anwaltsvertrag des Schuldners an das spezielle Konzept der §§ 85 f. InsO, §§ 240 und 249 f. ZPO angepasst werden – und zwar so, dass dieser Vertrag (genauso wie der der gegnerischen Seite) lediglich ruht und im Falle der Wiederaufnahme an der unterbrochenen Stelle weitergeführt wird. Eine Neuvergütung ist unter solchen Voraussetzungen natürlich ausgeschlossen.

d) *Keine Änderung des Wortlauts.* Die oben²³ kurz angesprochene Ansicht, derzufolge die §§ 115 ff. InsO nicht wörtlich zu verstehen seien – also Erlöschen des Auftrags etc. –, sondern dass vielmehr allein die Geschäftsführungsbefugnis entfalle, strebt im Grund genommen dasselbe Ergebnis an wie das einer teleologischen Reduktion, nimmt aber in der Rechtsfolge eine Feineinstellung dergestalt vor, dass dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht des § 103 InsO eingeräumt wird, ob er den Anwaltsvertrag fortsetzen will oder nicht.

Auch wenn sich der *BGH*²⁴ gegen diese Ansicht ausgesprochen hat, findet sie doch durchaus eine Anhängerschaft in der Literatur²⁵. Diesen Autoren ist die Überzeugung gemeinsam, dass die Einräumung eines neuen Vergütungsanspruchs für eine – i. S. des § 15 V RVG – einheitliche Angelegenheit mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht vereinbar ist. Jedoch ist die Umdeutung des insoweit ziemlich eindeutigen Wortlauts des § 116 InsO mit dem herkömmlichen

20 Zum Anwaltswechsel in kostenrechtlicher Hinsicht s. nur die Nachw. bei *Zöller/Herget* (o. Fußn. 6), § 91 Rdnr. 13 unter „Anwaltswechsel“.

21 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 210 f. S. ferner *Paulowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. (1999), Rdnrn. 493 ff.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 2005, S. 126.

22 *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 21), S. 211.

23 Unter II (Fußn. 11 f.).

24 *BGHZ* 168, 276 = *NJW-RR* 2007, 50 = *NZl* 2006, 637 = *ZIP* 2006, 1781 (1782).

25 Etwa *Spliedt*, *EWiR* 2005, 573 (574); *Smid/Meyer*, *InsO*, 2. Aufl. (2001), § 115 Rdnrn. 21.; *Mobrbutter/Ringsmeier*, *Hdb. der Insolvenzverwaltung*, 8. Aufl. (2007), § 120 Rdnr. 120.

methodischen Werkzeugkasten deutlich schwieriger zu bewerkstelligen, als dies bei einer teleologischen Reduktion der Fall ist.

IV. Ergebnisse

Die voranstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die bislang herrschende Meinung nicht haltbar ist, wenn sie den Anwaltsvertrag zwischen Schuldner und Anwalt im Falle eines nach § 240 ZPO unterbrochenen Prozesses unter Hinweis auf die §§ 116, 117 InsO für erloschen erklärt. Um den mit diesem Verständnis in die Insolvenzordnung hineingetragenen Wertungswiderspruch aufzulösen, empfiehlt sich eine über die Einzelkorrektur hinausgehende Bereinigung. Sie wird dadurch erzielt, dass ein derartiger Anwaltsvertrag im Wege der teleologischen Interpretation aus dem Anwendungsbereich der §§ 116 und 117 InsO herauszunehmen ist.

Die rechtliche Konsequenz dessen ist, dass damit der Anwendungsbereich des § 103 InsO eröffnet sein dürfte. Wenn man allerdings das Verhältnis der §§ 108 ff. zu § 103 InsO nicht

als das eines Spezialfalls ansehen wollte, sondern als eine andere Kategorie von Verträgen, müsste der Insolvenzverwalter dann, wenn er in diesen Anwalt kein Vertrauen hat, den Vertrag seinerseits kündigen²⁶. Das kann er gem. § 627 BGB²⁷ jederzeit und ohne dass ein wichtiger Grund vorliegen müsste²⁸ tun. Die Rückabwicklung des bis dahin Geleisteten richtet sich dann nach § 628 BGB. Dabei ist noch auf Folgendes zu achten: Kündigt der Anwalt das Mandat, wird er die bereits erhaltenen Vorschüsse über § 628 I 3 BGB²⁹ nach näherer Maßgabe gerade des Rücktrittsrechts (und nicht des Bereicherungsrechts) zu erstatten haben. ■

26 Diese Möglichkeit dürfte ihm auch dann offenstehen, wenn er zuvor die Erfüllung des Vertrags gewählt haben sollte.

27 Zur Anwendbarkeit des § 627 BGB gerade auf das Anwaltsmandat s. nur statt vieler *Heussler*, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2009), § 627 Rdarn. 18, 20.

28 S. etwa *Staudinger/Richardi*, *Eckpfeiler des ZivilR*, 2005, S. 667; *Oetker/Maultzsch*, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2. Aufl. (2004), S. 431.

29 Vgl. *BGH*, NJW 1982, 437 (438); ferner *OLG München*, NJW-RR 2002, 353.

Akademischer Rat Dr. Raphael Koch, LL. M. (Cambridge), Münster*

Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein?

Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis?

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH setzt eine zu kurz bemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung eine angemessene Frist in Lauf. In jüngerer Vergangenheit entschied der BGH darüber hinaus, dass die konkrete Angabe eines Termins für eine ordnungsgemäße Fristsetzung nicht notwendig ist. Diese Entscheidung soll zum Anlass genommen werden, die inhaltlichen Anforderungen an die Fristsetzung einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Dabei wird auch auf die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eingegangen und ein Blick in das UN-Kaufrecht geworfen.

I. Bedeutung der Fristsetzung

Sowohl der Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 I BGB) als auch der Rücktritt (§ 323 I BGB) setzen – abgesehen von den Fällen der Entbehrlichkeit, die in § 281 II BGB und § 323 II BGB geregelt sind –, voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die Regelungen sind Ausdruck eines Kompromisses. Einerseits soll bereits die vom Schuldner zu vertretende Nicht- oder Schlechterfüllung der Leistungspflicht zum Schadensersatz statt der Leistung oder zum Rücktritt berechtigen, andererseits der Schuldner durch die Fristsetzung eine letzte Warnung erhalten. Die Frist ruft dem Schuldner in Erinnerung, dass nach ihrem Ablauf von der Aufforderung zur Leistung zum Schadensersatz oder Rücktritt übergegangen werden kann – mit anderen Worten: Es wird ernst. Der Bedeutung der Fristsetzung stehen Unsicherheiten im Hinblick auf ihren notwendigen Inhalt gegenüber. Konsens ist, dass die Fristsetzung eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten muss¹, doch welche Anforderungen damit im Einzelnen beschrieben sind, ist keineswegs klar.

II. Konkretisierungen durch Rechtsprechung und Schrifttum

Weil der Schuldner durch die letzte Warnung wissen soll, in welchem Zeitraum die erforderliche Leistung erbracht

werden muss, würde eine unbefangene Annäherung an den Terminus der Fristsetzung wohl verlangen, dass der Gläubiger dem Schuldner einen bestimmten Zeitraum oder einen bestimmten Endtermin nennen, eben eine *Frist setzen* muss. Weil die Frist ausweislich des Wortlauts angemessen sein muss, würde die Unwirksamkeit der Frist naheliegen, wenn es sich nicht um eine angemessene Frist handelt.

Die Rechtsprechung schiebt solchen Auslegungen jedoch einen Riegel vor. Das Erfordernis der Fristsetzung wird durch die Rechtsprechung im Ergebnis erheblich abgemildert. Dies zeigt sich in den zwei zentralen Aussagen zu diesem Problemkreis: Eine zu kurze Frist soll regelmäßig eine angemessene Frist in Lauf setzen². Die Angabe eines Termins oder von Zeiteinheiten (etwa Tagen oder Wochen) soll nicht notwendig sein, sondern die Aufforderung, umgehend oder unverzüglich zu leisten, soll genügen³.

Eine Bestandsaufnahme der Meinungen im Schrifttum ergibt folgendes Bild: Im Hinblick auf den erstgenannten Aspekt, die zu kurze Fristsetzung, stimmt das Schrifttum der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – einhellig zu⁴. Im Hinblick auf den zweiten Aspekt, die genaue Angabe eines Zeitraums oder Endtermins, ist das Meinungsbild nicht einheitlich: Während einige Autoren die Angabe eines Termins oder

* Der Autor ist Habilitand am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Gesellschaftsrecht von Prof. Dr. Ingo Saenger) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

1 *Ernst*, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 281 Rdnrn. 32 f.; *Staudinger/Schwarze*, BGB, Neubearb. 2009, § 281 Rdnr. B 36.

2 *BGH*, NJW 1985, 2640.

3 *BGH*, NJW 2009, 3153; s. bereits *RGZ* 75, 354 (357). Da der *BGH* allg. zur Fristsetzung argumentiert, ist davon auszugehen, dass die Ausführungen auf § 323 I BGB zu übertragen sind.

4 *Ernst*, in: MünchKomm (o. Fußn. 1), § 323 Rdnr. 77; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. (2010), § 281 Rdnr. 10; *Soergel/Gsell*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 323 Rdnr. 83; *Staudinger/Schwarze* (o. Fußn. 1), § 281 Rdnr. B 48.