

# **Prozessrecht,** **Zwangsvollstreckungsrecht,** **Insolvenzrecht**

2022

ISBN 978-3-406-78727-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition.  
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage  
C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu streiten.<sup>40</sup> Nach den einleitend vorgestellten Prämissen ist der insolvente Schuldner in den Fällen der fehlgegangenen Klage ohne Wenn und Aber zur Prozesspartei geworden; er macht insofern von seinen „insolvenzfremden“ prozessualen Befugnissen Gebrauch. Diese prozessualen Befugnisse beziehen sich nicht nur auf die Hauptsachentscheidung (dh den „Sachantrag“ auf Klageabweisung), sondern auch auf die in diesem Verfahren zu treffenden Nebenentscheidungen einschließlich der Kosten(grund)entscheidung, und zwar unabhängig davon, dass der mit dem Erfolg des klageabweisenden Sachantrags „erstrittene“ Kostenerstattungsanspruch sogleich der Insolvenzmasse zugutekommt – die gegenteilige Annahme ließe von der Aussage, der Insolvenzschuldner bleibe an sich prozessual wie materiell-rechtlich voll handlungsfähig, kaum mehr etwas übrig.<sup>41</sup> Der Umstand, dass der Kostenerstattungsanspruch in die Masse fällt, ändert also nichts an der Prozessführungsbefugnis des Schuldners im Streit um die Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO.

Durchgreifende Gründe gegen die Anwendbarkeit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO haben sich also nicht gefunden. Im Ergebnis ist deshalb zunächst der hM<sup>42</sup> darin zuzustimmen, dass in den Fällen der Insolvenzeröffnung zwischen Klageeinreichung und -zustellung eine nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO kostenrechtlich privilegierte Rücknahme eröffnet ist, die es dem Gericht ermöglicht, die Kosten nach pflichtgemäßen Ermessen dem Insolvenzschuldner aufzuerlegen.<sup>43</sup>

### 3. Insolvenzeröffnung vor Anhängigkeit

Zu klären bleibt noch, ob es für die Anwendbarkeit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO erheblich ist, wenn die gegen den Schuldner selbst gerichtete Klage überhaupt erst nach Verfahrenseröffnung eingereicht (und diesem in Unkenntnis der zwischenzeitlichen Verfahrenseröffnung wiederum persönlich zugestellt) wurde. Nach zuletzt herrschend gewordener, wenngleich noch nicht durch den Bundesgerichtshof<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Anders hinsichtlich des nach § 269 Abs. 4 S. 1 ZPO erforderlichen Kostenantrags des beklagten Schuldners (was mE folgeweise dann auch für den Streit aufgrund eines Kostenantrags des klagenden Gläubigers gelten müsste) aber BGH NZI 2009, 169 Rn. 15f.; OLG Hamburg NZI 2019, 190; NZI 2020, 906 Rn. 10; Foerste ZInsO 2020, 2634 (2635).

<sup>41</sup> Vgl. zur Entscheidungsbefugnis über den Neuerwerb in materiell-rechtlicher Hinsicht Windel KTS 1995, 367 (378ff., 392ff.); s. auch BGH NZI 2015, 376 Rn. 8.

<sup>42</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 1166; OLG München 10 W 1777/08 (zit. bei Pießkalla ZInsO 2013, 1729 (1732)); KG BeckRS 2018, 1185 Rn. 29; OLG Hamburg ZInsO 2019, 207, (208); Beck'scher Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung/Bacher, 43. Ed. 1.12.2021, ZPO § 269 Rn. 14.1; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 269 Rn. 59; Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Foerste, 18. Aufl. 2021, ZPO § 269 Rn. 25; Ghassemi-Tabar/Delaveaux NZM 2011, 537 (538); Pießkalla ZInsO 2013, 1729 (1730f.); Windel ZZZ 122 (2009), 367 (370f.); im Ansatz wohl auch OLG München 5 W 1634/08 u. 18 W 1563/08 (zit. bei Pießkalla ZInsO 2013, 1729 [1731]); aA OLG Hamm BeckRS 2009, 05074; Zöller, Zivilprozessordnung/Greger, 34. Aufl. 2022, ZPO § 269 Rn. 18c; wohl auch OLG Nürnberg BeckRS 2010, 26440, das § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO jedenfalls nicht anwendet.

<sup>43</sup> Zu den Kriterien der Ermessensausübung s. noch sogleich → II. 3.

<sup>44</sup> Explizit offen lassend jetzt BGH NJW 2021, 941 Rn. 23f.; vgl. aber bereits BGH NJW-RR 2005, 1662 (1663f.).

bestätigter Auffassung soll der Anwendungsbereich des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nicht auf die „Erledigung nach Anhängigkeit“ beschränkt sein. Die Bestimmung erlaube eine vom Grundsatz des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO abweichende Kostenverteilung vielmehr auch dann, wenn die beabsichtigte, ursprünglich potentiell zulässige und begründete Klage schon vor der Einreichung unzulässig oder unbegründet geworden war, die hierfür ursächlichen Umstände dem Kläger aber damals ohne sein Verschulden unbekannt geblieben waren.<sup>45</sup> Folgt man dem, so kann für die „Erledigung durch Insolvenzeröffnung“ nichts anderes gelten.<sup>46</sup>

Zur Anwendung dieser Fallgruppe ist zunächst festzuhalten, dass das Erfordernis schuldloser Unkenntnis des Erledigungsereignisses – was in Rechtsprechung und Literatur nicht immer hinreichend deutlich gemacht wird – keine Voraussetzung der *Anwendbarkeit* von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO in den Fällen der Erledigung vor Anhängigkeit bildet, sondern lediglich bei der *Anwendung* der Bestimmung eine Rolle spielt, dh im Rahmen der Ausübung des „billigen Ermessens“.<sup>47</sup> Des Weiteren kann es auch nicht angehen, gewissermaßen einen Grundsatz des Inhalts zu statuieren, dass die Klageeinreichung trotz vorangegangener Erledigung per se schuldhaft sei, und hiervon nur unter besonderen Umständen Ausnahmen zuzulassen – auch wenn man sich heutzutage im Internet zeitnah und valide über die Insolvenzeröffnung bzw. über die die Prozessführungsbefugnis des Schuldners beeinträchtigenden gerichtlichen Sicherungsmaßnahmen informieren kann (§ 9 InsO), kann hieraus ohne positivrechtliche Grundlage keine entsprechende Verpflichtung eines Gläubigers angenommen werden.<sup>48</sup> Ob der Gläubiger anwaltlich vertreten ist, kann hierfür keinen Unterschied machen.<sup>49</sup> Vorwerfbar und damit als Grundlage einer Kostenentscheidung zulasten des Klägers geeignet ist die Klageeinreichung trotz Insolvenzeröffnung deshalb allenfalls dann, wenn der Kläger vor eindeutig auf die

---

<sup>45</sup> Hierfür etwa OLG München OLG R 2004, 218; OLG Jena BeckRS 2012, 05402; OLG Karlsruhe NJW 2012, 1373 (1374f.); OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2014, 1406; KG BeckRS 2018, 33507 Rn. 10ff.; Beck'scher Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung/Bacher, 43. Ed. 1.12.2021, § 269 Rn. 17.1; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 269 Rn. 61; Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Foerste, 18. Aufl. 2021, ZPO § 269 Rn. 13b; Zöller, Zivilprozessordnung/Greger, 34. Aufl. 2022, ZPO § 269 Rn. 18c; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO § 269 Rn. 53; Schumann FG Vollkommer, 2006, 155 (176f.); eingehend Erbacher, Klagerücknahme vor Rechtshängigkeit?, 2005, S. 43ff., 58; ohne Erwähnung des Erfordernisses des fehlenden Sorgfaltsverstößes OLG Koblenz NZI 2019, 991 Rn. 9; OLG Karlsruhe ZEV 2020, 492 Rn. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 130 Rn. 36; ablehnend jedoch OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2004, 3454; OLG Brandenburg BeckRS 2011, 24847; OLG Karlsruhe NJW-RR 2014, 546 (547).

<sup>46</sup> Ebenso explizit OLG Koblenz NZI 2019, 991 Rn. 11f.; OLG Karlsruhe NZI 2020, 906 Rn. 15; LG Limburg BeckRS 2014, 119048 Rn. 30; *Kaubisch* NZI 2020, 907 (908).

<sup>47</sup> Zutreffend Foerste ZInsO 2020, 2534 (2635); vgl. allgemein Beck'scher Onlinekommentar zur Zivilprozessordnung/Bacher, 43. Ed. 1.12.2021, § 269 Rn. 17.1; Zöller, Zivilprozessordnung/Greger, 34. Aufl. 2022, ZPO § 269 Rn. 18c.

<sup>48</sup> Zutreffend Foerste ZInsO 2020, 2534 (2636); im Ergebnis auch OLG Düsseldorf NZI 2009, 407 (zur Nichterhebung der Gerichtskosten nach § 21 Abs. 1 S. 3 GKG); aA OLG Koblenz NZI 2019, 991 Rn. 13ff.; OLG Karlsruhe NZI 2020, 906 Rn. 16; LG Limburg BeckRS 2014, 119048 Rn. 30; *Kaubisch* NZI 2020, 907 (908); vgl. (unter dem Aspekt eines materiell-rechtlichen Kostenersatzungsanspruchs) auch OLG München BeckRS 2010, 5776.

<sup>49</sup> So aber wohl („eher“) Foerste ZInsO 2020, 2534 (2636).

Insolvenzeröffnung bzw. den Insolvenzantrag hinweisenden Verdachtsmomenten die Augen verschlossen hat.<sup>50</sup>

Andererseits geht es in der vorliegenden Konstellation – anders als im Regelfall des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO<sup>51</sup> – auch nicht an, für eine Kostenentscheidung zulasten des Schuldners an dessen materiell-rechtliche Kostenerstattungspflicht anzuknüpfen;<sup>52</sup> denn der materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch ist seiner Rechtsqualität nach jedenfalls Insolvenzforderung, während der aufgrund der Entscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entstehende prozessuale Kostenerstattungsanspruch nach der hier vertretenen Auffassung eine Neuverbindlichkeit des Schuldners darstellt (s. o. sub → 2.a.). Bliebe nur die Annahme einer Verpflichtung des Schuldners zur Unterrichtung des Gläubigers über die vorangegangene Insolvenzeröffnung bzw. über die die Prozessführungsbefugnis des Schuldners beeinträchtigenden gerichtlichen Sicherungsmaßnahmen;<sup>53</sup> indessen fehlt es auch hinsichtlich einer solchen Informationspflicht an einer rechtlichen Grundlage.<sup>54</sup> Bestehen also typischerweise keine Zurechnungsgründe, die Kosten einer der Parteien ausschließlich aufzuerlegen, so entspricht es in der Regel billigem Ermessen, die Kosten entsprechend § 92 Abs. 1 ZPO gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen. Dies gilt dann nicht nur im Fall der Klageeinreichung nach Insolvenzeröffnung, sondern erst recht im Fall der vor Verfahrenseröffnung eingereichten und erst danach beim Schuldner zugestellten Klage.

#### 4. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis haben sich also keine durchgreifenden Gründe gegen eine Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO gefunden. Das Ergebnis ist aber für den Urheber der „fehlgegangenen“ Klage nur bedingt tröstlich: Er bleibt zwar nicht auf den vollen Prozesskosten sitzen, aber in der Regel zumindest auf seinen eigenen (bzw. der Hälfte). Selbst wenn man in Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zur vollen Kostentragung des Beklagten gelangt, so ist der Kläger mit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch Neugläubiger und kann nur in das – während des Insolvenzverfahrens typischerweise unergiebig – insolvenzfreie Vermögen des Schuldners vollstrecken.<sup>55</sup> Und wenn man der hier abgelehnten Auffassung folgt, wonach der Kläger mit seinem prozessualen Kostenerstattungsanspruch Insolvenzgläubiger

---

<sup>50</sup> ME zu weitgehend Foerste ZInsO 2020, 2534 (2636), der wohl bereits Hinweise auf die wirtschaftliche Krise des Schuldners genügen lassen will.

<sup>51</sup> Vgl. – unter Hinweis auf die Gesetzesmotive (BT-Drs. 14/4722, 81) – BGH NJW-RR 2005, 217 (218); 2005, 1662 (1663); Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Foerste, 18. Aufl. 2021, ZPO § 269 Rn. 13; skeptisch Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 269 Rn. 64.

<sup>52</sup> So aber Foerste ZInsO 2020, 2534 (2636), nach dessen Auffassung aber auch der durch § 263 Abs. 3 S. 3 ZPO begründete Kostenerstattungsanspruch Insolvenzforderung ist.

<sup>53</sup> Hierfür OLG München BeckRS 2010, 5776 (unter dem Aspekt eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs); LG Limburg BeckRS 2014, 119048 Rn. 31; Foerste ZInsO 2020, 2534 (2636f.) (jeweils zu § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO).

<sup>54</sup> Insofern zutreffend OLG Koblenz NZI 2019, 991 Rn. 23; OLG Karlsruhe NZI 2020, 906 Rn. 16; Kaubisch NZI 2020, 907 (908).

<sup>55</sup> BGH NZI 2011, 633 Rn. 11; BGHZ 192, 322 = NZI 2012, 409 Rn. 29; BGH NZI 2014, 119 Rn. 8.

ist (und gleichwohl § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO für anwendbar hält), führt das zwar dazu, dass der Anspruch schon im Insolvenzverfahren Befriedigung erfährt, aber natürlich nur in Höhe der Quote.

Es versteht sich auf dieser Grundlage nicht von selbst, dass es für den Kläger überhaupt sinnvoll ist, von der Möglichkeit des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO Gebrauch zu machen; denn hierdurch geht zugleich die mit der Rücknahme an sich verbundene Privilegierung bei den Gerichtskosten – Ersparnis von zwei Gebühren – verloren (KV 1211 Nr. 1 Hs. 2 GKG). In manchen Fällen ist es für den Kläger deshalb günstiger, auf den Antrag (§ 269 Abs. 4 S. 1 ZPO) auf Erlass einer Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO zu verzichten; er erhält dann zunächst zwei Gebühren vom Gericht zurück und kann seinen materiell-rechtlichen Kostenersatzanspruch separat – dh hier: als Insolvenzforderung – geltend machen.<sup>56</sup>

### III. Abhilfe durch die Annahme eines gesetzlichen Parteiwechsels

Die Ergebnisse, zu denen die hM in den Fällen der insolvenzbedingt fehlgegangenen Klagen gelangt, bleiben also auch unter Berücksichtigung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO nachhaltig unbefriedigend. Es besteht daher Anlass, noch einmal zum Ausgangspunkt zurückzukehren und über Abhilfeoptionen nachzudenken, die – ohne deswegen gleich die „Amtstheorie“ zu verabschieden – bereits bei der Parteistellung des Schuldners ansetzen.

Ein Ansatz, die angesprochene Konstellation einem sachgemessenen Ergebnis zuzuführen, könnte zumindest in einem Teil der Problemfälle in der Anwendung der Vorschriften über die Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens auf den „bloß anhängigen“ und also noch nicht rechtshängigen Zivilprozess gesehen werden. Die hM interpretiert die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale „Verfahren“ (§ 240 ZPO) und „anhängige Rechtsstreitigkeit“ (§§ 85 f. InsO) bzw. „anhängiger Rechtsstreit“ (§§ 180 Abs. 2, 184 Abs. 1 S. 2 InsO) bekanntlich im Sinne eines Rechtshängigkeitserfordernisses, lässt also die durch Einreichung der Klageschrift begründete Anhängigkeit gerade nicht genügen.<sup>57</sup> Eine Gegenauffassung postuliert dagegen schon länger, dass eine Unterbrechung im Stadium der Anhängigkeit möglich sei, wobei die spezifische Unterbrechungswirkung nach den meisten Vertretern diese Auffassung nicht sofort eintreten soll,<sup>58</sup> sondern vom späteren Eintritt der Rechtshängigkeit, deren Herbeiführung selbst durch den Unterbrechungsgrund nicht gehindert werde, abhängig sein soll.<sup>59</sup> Ob die Zustellung beim Schuld-

<sup>56</sup> BGHZ 197, 147 = NJW 2013, 2201 Rn. 13.

<sup>57</sup> BGH NZI 2008, 683 Rn. 10; 2009, 169 Rn. 10f.; BeckRS 2010, 12764 Rn. 8; NZI 2013, 489 Rn. 10f.; BeckRS 2017, 131666 Rn. 9; BAG ZInsO 2014, 200 Rn. 24ff.; Baumert LMK 2009, 277891; Heidelberger Kommentar/Kayser, 10. Aufl. 2020, InsO § 85 Rn. 10f.; Latka ZInsO 2007, 1034ff.; Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung/Lüke, Stand 90. 2022, InsO § 85 Rn. 21; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 126 Rn. 27.

<sup>58</sup> So aber K. Schmidt NJW 1995, 911 (915): „Vorwirkung des § 240 ZPO“.

<sup>59</sup> OLG Schleswig ZInsO 2004, 1086; Gerhardt ZZP 108 (1995), 390 (391); Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 85 Rn. 6f.; Windel ZZP 122 (2009), 367 (369f.) (im Anschluss an Rosenberg, Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 1961, § 122 V 1).

ner oder beim Insolvenzverwalter erfolge, sei für dieses Ergebnis unerheblich.<sup>60</sup> Hierfür wird u. a. mit dem in §§ 85 Abs. 1, 86 Abs. 1, 180 Abs. 2, 184 Abs. 1 S. 2 InsO im Anschluss an die Konkursordnung und deren Vorgängerrechtsordnungen (und ebenso in den Gesetzesmotiven zu beiden Reichsjustizgesetzen<sup>61</sup>) verwendeten Begriff der „Anhängigkeit“ argumentiert. Motiviert wird diese Interpretation des § 240 ZPO nicht zuletzt durch das praktische Bedürfnis nach einer Verminderung der Zahl der insolvenzbedingt fehlgehenden Klagen.<sup>62</sup> Für die Fälle der erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingereichten Klage kann dieser Ansatz aber auch keine Lösung präsentieren.<sup>63</sup>

ME ist dieser Gegenauffassung im Ergebnis weitgehend zu folgen. Die gesetzliche Terminologie ist hier, was die Einbeziehung der Phase vor Zustellung einer zivilprozessualen Klage angeht, allerdings nicht hinreichend aussagekräftig: Die Vorschriften über Unterbrechung und Aufnahme müssen auf vielerlei Verfahren passen; zudem tradiert der in den Aufnahmevorschriften der KO bzw. InsO und den Gesetzesmotiven verwendete Begriff der „Anhängigkeit“ nur die aus heutiger Sicht untechnische, teils auch rein sprachästhetisch motivierte Begriffsverwendung des 19. Jahrhunderts.<sup>64</sup> Vielmehr muss nach der Existenz eines unterbrechungsfähigen „Verfahrens“ gefragt werden, und ein solches existiert im Zivilprozess eben vor der Klagezustellung noch nicht, jedenfalls nicht in der Hauptsache (ein „Zustellungsverfahren“ gibt es als solches aber auch nicht);<sup>65</sup> ebenso wenig kann man davon sprechen, der Schuldner sei vor der Klagezustellung bereits „Partei“ des Zivilprozesses gewesen (was § 240 S. 1 ZPO wiederum voraussetzt). Allerdings räumt die Verschiebung der Unterbrechungswirkung auf den Zeitpunkt des Rechtshängigkeitseintritts dieses „doktrinäre“ Gegenargument<sup>66</sup> doch gerade aus (und akzeptiert es damit zugleich als „an sich“ zutreffend!) – indem die Verfechter dieses Konzepts ihren Vorschlag nach wie vor unter „Unterbrechung im Anhängigkeitsstadium“ rubrizieren lassen, produzieren sie mE gänzlich überflüssigerweise ein dogmatische Bedenken hervorrufendes Missverständnis.

Durchgreifende Einwände bestehen aber unter anderen Aspekten: Zum einen verlässt diese Auffassung dadurch, dass sie es explizit für unerheblich erklärt, ob die Zustellung der Klageschrift beim Schuldner oder bei dem Insolvenzverwalter (als „Partei kraft Amtes“) erfolgt, die Grundlagen der „Amtstheorie“; denn zu diesem Ergebnis kann man nur gelangen, wenn man beide Rechtssubjekte unter dem Aspekt der subjektiven Zuordnung des Prozessrechtsverhältnisses miteinander identifiziert.<sup>67</sup> Ein

<sup>60</sup> Windel ZJP 122 (2009), 367 (369).

<sup>61</sup> Nachw. bei Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 85 Rn. 6.

<sup>62</sup> Windel ZJP 122 (2009), 367 (369).

<sup>63</sup> Ebenso Windel ZJP 122 (2009), 367 (369); Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 85 Rn. 8.

<sup>64</sup> Vgl. etwa seine untechnische Verwendung in den §§ 172 Abs. 1, 261 Abs. 3 Nr. 1, 266 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 1, 281 Abs. 2 S. 3, 302 Abs. 3 S. 1, S. 4, 696 Abs. 1 S. 4, 703a Abs. 2 Nr. 1, 717 Abs. 2 S. 2 ... ZPO (aktueller Fassung).

<sup>65</sup> Lattka ZInsO 2007, 1034 (1035f.).

<sup>66</sup> Windel ZJP 122 (2009), 367 (369).

<sup>67</sup> Diesen Einwand vermeidet – auf einer ohnehin von der Amtstheorie abweichenden Basis – K. Schmidt NJW 1995, 911 (915) mit dem Vorschlag, dem Kläger vor der Klagezustellung die Er-

Nachteil besteht auch darin, dass diese Auffassung eingeständenermaßen nur eine Lösung für den Fall ermöglichen kann, dass das Insolvenzverfahren erst nach Klageeinreichung eröffnet wird.<sup>68</sup>

Vor allem aber ist gegen den Ansatz bei der Unterbrechungswirkung des § 240 S. 1 ZPO einzuwenden, dass dieser Bestimmung damit funktionswidrig eine Bedeutung für die subjektive Zuordnung des Prozessrechtsverhältnisses beigemessen wird. § 240 S. 1 ZPO entscheidet ebenso wenig wie die daran anknüpfenden Bestimmungen über die Aufnahme des unterbrochenen Prozesses selbst über die subjektive Zuordnung des Prozessrechtsverhältnisses. Diese Bestimmungen sollen vielmehr den Parteien, vor allem dem Verwalter als neuer Partei, Gelegenheit geben, sich auf die veränderte Lage einzustellen, um auf valider Grundlage über das Ob und Wie einer Prozessfortführung entscheiden zu können.<sup>69</sup> Prämisse ist ein gesetzlicher Parteiwechsel auf den Insolvenzverwalter, der sich nicht erst durch den Verfahrensstillstand und die anschließende Prozessaufnahme durch oder gegen den Verwalter vollzieht,<sup>70</sup> sondern als notwendige Konsequenz des Übergangs der Prozessführungsbefugnis bereits im Moment der Insolvenzeröffnung eingetreten ist.<sup>71</sup>

Der als Folge der Insolvenzeröffnung gebotene Parteiwechsel vollzieht sich also genauso wie der gesetzliche Parteiwechsel im Fall der Gesamtrechtsnachfolge, sei es aufgrund Todes der Partei<sup>72</sup> oder aus anderen Gründen:<sup>73</sup> Hier wie dort geschieht er ipso iure und nicht erst als Folge des Parteiakts der Aufnahmeerklärung; für den Insolvenzverwalter gilt mithin, was *de Boor* für den Erben ausgesprochen

---

klärung abzuverlangen, ob sich die Klage massebezogen gegen den Verwalter oder gegen den Schuldner persönlich richte.

<sup>68</sup> Hiermit argumentiert vom Standpunkt der hM aus auch BGH NZI 2009, 169 Rn. 12.

<sup>69</sup> Vgl. etwa BGH ZIP 1998, 659 (660); NZI 2012, 625 Rn. 7; 2012, 572 Rn. 46; 2013, 747 Rn. 15; Rückert, Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, 2007, S. 10ff.; Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 80 Rn. 203ff., § 85 Rn. 2.

<sup>70</sup> So aber BGH (XI. ZS) ZIP 2009, 832 Rn. 6; Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung/Lüke, Stand 90. 2022, InsO § 80 Rn. 14, § 85 Rn. 57; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO § 240 Rn. 1, 21; Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Stadler, 18. Aufl. 2021, ZPO § 240 Rn. 1.

<sup>71</sup> So zutreffend die hM, vgl. BGH (IX. ZS) NJW 1997, 1445; NZI 2009, 169 Rn. 16; BeckRS 2010, 03331; BGH (VI. ZS) NJW-RR 2018, 124 Rn. 26; BGHZ (VII. ZS) 172, 16 = NZI 2007, 543 Rn. 7; BGH (VII. ZS) NZI 2022, 47 Rn. 14; BAG ZInsO 2001, 727 (728); BFH ZInsO 2009, 2394; 2013, 1156 Rn. 25; OLG Köln BeckRS 2005, 13950; OLG Celle ZIP 2011, 2127; KG ZInsO 2018, 934; Ahrens/Gehrlein/Ringsmeier, InsO/Piekenbrock, 4. Aufl. 2020, InsO § 85 Rn. 41; Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung/Schumacher, 4. Aufl. 2019, InsO vor §§ 85–87 Rn. 2, § 85 Rn. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessordnung, 18. Aufl. 2018, § 42 Rn. 4; Rückert, Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, 2007, S. 24ff.; offen BGH (VII. ZS) NZI 2010, 298 Rn. 24.

<sup>72</sup> BAG NZA 2019, 940 Rn. 46; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 239 Rn. 1; aA die früher hL, vgl. Blomeyer, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1985, § 144 I 1, S. 653; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 149f.; Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1952, § 93 I 3, S. 365; heute noch Stadler in Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 239 Rn. 2.

<sup>73</sup> Vgl. etwa (zur Gesamtrechtsnachfolge in eine Personengesellschaft durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters) BGH NJW 1971, 1844; 1989, 1020; 1993, 1917 (1918); WM 1999, 2262 (2263); NZI 2005, 287; de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1941, S. 71ff.; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 177ff., 180; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO Vor § 239 Rn. 23, § 239 Rn. 7.

hat: er „wird nicht Partei, weil er aufnimmt, sondern er hat aufzunehmen, weil er mit dem Eintritt der Rechtsnachfolge Partei geworden ist“. <sup>74</sup> Seinen praktischen Ausdruck findet dies etwa in dem Umstand, dass der Insolvenzverwalter ein unter Verstoß gegen § 240 ZPO zustande gekommenes Urteil mit Rechtsmitteln anfechten kann, ohne das Verfahren gleichzeitig aufzunehmen, <sup>75</sup> auch die Aufnahme durch den Gegner (§ 86 InsO) bzw. dessen Befugnis, den Verwalter zur Aufnahme zu laden (§ 85 Abs. 1 S. 2 InsO iVm § 239 Abs. 2 ZPO), hat darin ihre Grundlage. Dass der Rechtsstreit, wenn er über eine spätere Insolvenzforderung geführt war, uU nicht bzw. nicht allein mit dem Insolvenzverwalter, sondern zusätzlich oder statt dessen mit einem widersprechenden Gläubiger (§§ 179, 180 Abs. 2 InsO) oder gar mit dem widersprechenden Schuldner persönlich (§ 184 Abs. 1 S. 2 InsO) fortzusetzen ist, steht dieser Annahme nicht entgegen; es folgt dann lediglich dem gesetzlichen Parteiwechsel auf den Verwalter ggf. ein weiterer Parteiwechsel oder eine Parteierweiterung hinsichtlich des Widersprechenden. <sup>76</sup>

Diese Erkenntnis bestätigt zunächst noch einmal, dass die Unterbrechung eines (zivilprozessualen) „Verfahrens“ die Rechtshängigkeit voraussetzt, da der Übergang der Parteistellung auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter, der mit dem Verfahrensstillstand abgefedert werden soll, seinerseits nicht vor dem Entstehen des Prozessrechtsverhältnisses und damit erst mit Rechtshängigkeit denkbar ist. Sie eröffnet aber zugleich einen eigenen Lösungsansatz für die insolvenzbedingt fehlgegangenen Klagen: Es ist keine durchgreifende Rechtfertigung erkennbar, den sich ipso iure vollziehenden Parteiwechsel auf den Fall zu beschränken, dass ein sachlich auf das insolvenzbefangene Vermögen bezogener Rechtsstreit zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits rechtshängig war. Der Parteiwechsel kann vielmehr aus denselben Gründen auch noch bei einer während des Insolvenzverfahrens rechtshängig gewordenen Klage eintreten; er vollzieht sich dann gleichzeitig mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit (bzw., wenn man solche begrifflichen Spielereien schätzt, eine „logische“ oder „juristische“ Sekunde danach). Hier wie dort ist das entscheidende Kriterium die sachliche Zuordnung des Streitgegenstands zum insolvenzbefangenen Vermögen; dass diese Zuordnung im Einzelfall einmal zweifelhaft sein kann, passiert im Normalfall einer bereits rechtshängigen Klage ebenso und stellt deshalb keinen Gegengrund dar.

Schutzwürdige Interessen der Prozessbeteiligten stehen diesem Ergebnis nicht entgegen: Die sogleich eintretende Unterbrechung gemäß § 240 S. 1 ZPO verhindert nachteilige Folgen für die Insolvenzmasse ebenso wie für die bisherigen Prozessbeteiligten (§ 249 Abs. 2, Abs. 3 ZPO); dies gilt auch für den Fall, dass der Prozess zunächst in Unkenntnis der Verfahrenseröffnung mit dem Schuldner fort-

---

<sup>74</sup> de Boor, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, 1941, S. 63.

<sup>75</sup> BGH NJW 1997, 1445; BeckRS 2010, 03331; BAGE 1, 22 (23); Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 240 Rn. 34; Musielak/Voit, Zivilprozessordnung/Stadler, 18. Aufl. 2021, ZPO § 240 Rn. 9; Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 85 Rn. 106 mwN.

<sup>76</sup> Unpräzise ist deshalb die übliche Formulierung, der Widersprechende trete „anstelle des Schuldners“ in den Rechtsstreit ein, so etwa BGHZ 195, 233 = NZI 2012, 967 Rn. 10f.; BGH NJW 2014, 3436 Rn. 17; ZIP 2015, 1500 Rn. 23; BAG NZA 2013, 1303 Rn. 7.

geführt wird (was im Übrigen auch im Fall einer nach Rechtshängigkeit eintretenden Insolvenzeröffnung ebenso vorkommen kann).<sup>77</sup> Die Anwendung von § 240 ZPO und §§ 85f., 180 Abs. 2 InsO stellt zudem sicher, dass die Insolvenzmasse ebenso wenig gegen den Willen des Insolvenzverwalters mit Prozesskosten(-risiken) belastet wird wie im Normalfall einer bei Verfahrenseröffnung bereits rechtshängigen Klage. Will der Insolvenzverwalter den Prozess nicht führen bzw. gibt er den Gegenstand des Prozesses aus der Masse frei, so tritt ein erneuter Parteiwechsel (auf den Schuldner persönlich) ein.<sup>78</sup>

Methodisch handelt es sich bei dem hier Vorgesprochenen zumindest insoweit um eine Analogie, als es die Anwendung des § 240 S. 1 ZPO betrifft; denn das Tatbestandsmerkmal „Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei“ liegt nicht vor. Der Normzweck, nämlich die Abfederung des an die Insolvenzeröffnung anknüpfenden gesetzlichen Parteiwechsels, erweist den Normtext hier aber als lückenhaft und der Lückenschließung durch entsprechende Anwendung der Rechtsfolge des § 240 S. 1 ZPO bedürftig; denn die zeitliche Reihenfolge von Rechtshängigkeitseintritt und Insolvenzeröffnung ist hierfür unerheblich.

Wer gleichwohl noch dogmatische Bauchschmerzen verspürt, mag sich noch einmal die Fallkonstellationen in Erinnerung rufen, in denen es nicht nur um fehl-investierte Prozesskosten geht, sondern zB darum, dass eine sozial ungerechtfertigte Kündigung nicht mehr arbeitsgerichtlich angegriffen werden kann, weil das Fehlen der Klage erst nach Ablauf der Klagefrist zutage tritt.<sup>79</sup> Solche Fälle auf der Grundlage einer mit besonderer begrifflicher Konsequenz zur Anwendung gebrachten Amtstheorie nicht sachangemessen lösen zu können, bedeutet doch wohl eine schmerzliche Einbuße, was die Leistungsfähigkeit dieses Erklärungsmodells angeht, und sollte Anlass geben, auch etablierte Grundannahmen noch einmal in Frage zu stellen.

<sup>77</sup> Vgl. BGHZ 66, 59 (61f.); BGH NZI 2017, 540 Rn. 3; 2019, 191 Rn. 5; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO § 249 Rn. 22f.; Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 85 Rn. 103.

<sup>78</sup> So – und zumindest für den Fall fehlender Aufnahme durch den Verwalter zutreffend – die hM RGZ 79, 27 (29); BGHZ 46, 249 (251ff.) = NJW 1967, 781; Kayser in Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung/Kayser, 10. Aufl. 2020, InsO § 80 Rn. 23; K. Schmidt, Insolvenzordnung/Sternal, 19. Aufl. 2016, InsO § 80 Rn. 5; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO § 240 Rn. 22; aA (Fortführung des Prozesses durch den Verwalter analog § 265 Abs. 2 ZPO) allerdings zB Uhlenbruck, Insolvenzordnung/Mock, 15. Aufl. 2019, InsO § 85 Rn. 181, § 86 Rn. 23; Jaeger, Insolvenzordnung/Windel, 2007, InsO § 80 Rn. 211, § 86 Rn. 23; offen BGH (III. ZS) ZInsO 2016, 2088 Rn. 6; BeckRS 2016, 16029 Rn. 6; ausf. zum Ganzen Otterbach, Die Fortsetzung des Rechtsstreits nach Wechsel der Sachlegitimation oder der Prozessführungsbefugnis, 2010, S. 178ff.; Rückert, Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, 2007, S. 140ff.

<sup>79</sup> S. oben bei und in Fn. 12.