

## Aufsätze

Florian Jacoby\*

# Insolvenzabhängige Lösungsklauseln

ZIP0060686

*Der IX. Zivilsenat hat mit seiner Entscheidung vom 27.10.2022 der regen Diskussion um die Zulässigkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln weitere Impulse verliehen. Völlig zurecht hat er das diesen Klauseln zugrunde liegende Wertungsproblem hervorgehoben. Der folgende Beitrag plädiert allerdings für einen strengeren Umgang mit solchen Klauseln. Einschlägige Grundlage dafür ist danach auch nicht § 119 InsO, sondern die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO sowie die AGB-Kontrolle nach §§ 307, 308 Nr. 3 BGB.*

### I. Einführung

Das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht verbietet an zwei Stellen ausdrücklich insolvenzbezogene Abreden. So erklärt § 44 Abs. 2 StaRUG Klauseln für unwirksam, die bestimmte vertragliche Rechtsfolgen an die Inanspruchnahme von Instrumenten des StaRUG knüpfen, § 225a Abs. 4 InsO enthält eine entsprechende Unwirksamkeitsanordnung für Klauseln, die sich auf gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Insolvenzplan beziehen. Beide Bestimmungen haben also einen engen Anwendungsbereich. Für die weitere Untersuchung fällt allerdings die gleiche Struktur beider Bestimmungen ins Auge: Das Gesetz ordnet zunächst in § 44 Abs. 1 StaRUG bzw. § 225a Abs. 4 Satz 1 und 2 InsO an, dass es an das jeweilige Ereignis bestimmte Rechtsfolgen nicht knüpft. Sodann wird verboten, entsprechende Rechtsfolgen durch Vertrag zu erzeugen.

An einer vergleichbaren ausdrücklichen Regelung fehlt es indessen im Hinblick auf die Wirkungen von Insolvenzantrag oder Insolvenzeröffnung. Insbesondere stellt § 119 InsO allein §§ 103 ff. InsO zwingend. Das in § 137 Abs. 2 RegE-InsO vorgeschlagene Verbot insolvenzabhängiger Lösungsklauseln ist nicht Gesetz geworden. Dies hat zu einer erheblichen Kontro-

verse über die Insolvenzfestigkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln geführt, die auch in divergierenden Entscheidungen von IX. und VII. Zivilsenat zum Ausdruck gekommen ist.

Anlass dieses Beitrags ist eine weitere Entscheidung des IX. Zivilsenats, die eine zwischen den bisherigen Positionen vermittelnde Linie einschlägt. Anhand welcher Wertungen der IX. Zivilsenat nunmehr über die Wirksamkeit von Lösungsklauseln auf Grundlage von § 119 InsO entscheiden will, wird unter IV gewürdigt. Vorher wird die Problematik näher entfaltet, indem unter II typische Lösungsklauseln vorgestellt und unter III die Aussagen des Gesetzes zu insolvenzbedingten Lösungen diskutiert werden. Auf dieser Grundlage werden dann die Grenzen für Lösungsklauseln sowohl aufgrund des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts unter V und dann des Zivilrechts unter VI bestimmt.

### II. Relevante Vertragsklauseln

Versteht man den Begriff der insolvenzabhängigen Lösungsklausel eng, handelt es sich um eine Abrede, die an den Tatbestand der Insolvenzeröffnung als Rechtsfolge knüpft, dass der andere Teil sich von dem Vertrag lösen kann. Die in der Praxis anzutreffenden Klauseln gehen indessen sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenrechte deutlich darüber hinaus.

\* Prof. Dr. Florian Jacoby ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bielefeld.

## 1. Tatbestand der Klausel

Das Charakteristikum dieser Klauseln besteht darin, nicht auf die vertragliche Leistungspflicht (Verletzung), sondern auf die Verfassung des einen Vertragsteils abzustellen. Damit unterscheiden sich diese Klauseln von den meisten gesetzlichen Regelungen des Schuldrechts, die wie §§ 323 ff. BGB die Verletzung vertraglicher Pflichten voraussetzen.

Neben der Anknüpfung an die Insolvenzeröffnung selbst ist ebenso diejenige an einen Eigen- oder/und Fremdantrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens sowie die Abweisung eines Antrags mangels Masse gebräuchlich. Von Klauseln, die diese formellen Insolvenztatbestände voraussetzen, lassen sich diejenigen abgrenzen, die ihre Rechtsfolgen von den Insolvenzgründen der §§ 17–19 InsO und damit von materiellen Insolvenztatbeständen abhängig machen. Ob diese materiellen Voraussetzungen bei einem Vertragspartner erfüllt sind, ist für den anderen typischerweise allerdings viel schwieriger zu erkennen als bei den formellen.

Neue Anknüpfungsmöglichkeiten hat das StaRUG mit seinen Instrumenten geschaffen. Insoweit erklärt § 44 Abs. 2 StaRUG allerdings gerade solche Vertragsklauseln für unwirksam, die Lösungsrechte oder weitere näher bestimmte Rechtsfolgen an die Inanspruchnahme von StaRUG-Instrumenten knüpfen. Teils wird diese Rechtsfolge auch auf die drohende Zahlungsunfähigkeit als materielle Voraussetzung aller StaRUG-Maßnahmen erstreckt.<sup>1</sup> Tatsächlich wird man unterscheiden müssen. Den Schutz des § 44 Abs. 2 StaRUG verdient nur ein Schuldner, der von Instrumenten nach dem StaRUG Gebrauch macht. Aus einer an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpfenden Vertragsklausel können unbeschadet des § 44 StaRUG so lange Rechtsfolgen abgeleitet werden, wie StaRUG-Instrumente nicht in Anspruch genommen werden. Nach dieser Inanspruchnahme steht § 44 Abs. 2 StaRUG indessen auch der Berufung auf eine solche bloß materiell formulierte Klausel entgegen.<sup>2</sup> Dafür spricht insbesondere Erwgr. 40 der RL 2019/1023, der gerade verbietet, dass Lösungsmöglichkeiten an „mit der Aussetzung [als Parafall des StaRUG-Instruments] zusammenhängende Ereignisse“ geknüpft werden.

Von den Lösungsklauseln, die insolvenz- oder restrukturierungsbezogene Tatbestandsmerkmale beinhalten, sind solche abzugrenzen, die vielfach als insolvenzunabhängig bezeichnet werden, auch wenn sie mit einer Insolvenz zusammenfallen können, aber eben nicht müssen. Das ist zunächst die aus § 490 BGB bekannte erhebliche Vermögensverschlechterung. In diesem Kontext sind aber auch die Change of Control-Clauses ebenso zu nennen wie die Unternehmenseinstellung. Stärker an die Leistungspflicht und nicht an die Verfassung des Schuldners knüpft es indessen an, wenn man wie § 321 BGB auf die Leistungsgefährdung abstellt.

## 2. Rechtsfolgen der Klausel

Mit einem solchen Tatbestand können die Parteien ganz unterschiedliche Rechtsfolgen verknüpfen. Als wirkliche Lösung lässt sich die Rechtsfolge einordnen, wenn der Vertrag dann ohne weiteres oder auf Erklärung der nicht insolventen Vertragspartei wie durch Kündigung ex nunc beendet wird. Kaum einmal sehen entsprechende Klauseln eine Frist vor, in der die Kündigung nach Kenntnis vom Lösungsgrund erklärt werden muss.

Eine solche Frist fehlt namentlich in solchen AGB, denen § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B oder § 8 Abs. 1 VOL zugrunde liegen. Dieses Fehlen steht in Widerspruch zu den gesetzlichen Erklärungsfristen, wie § 626 Abs. 2 BGB eine Zweiwochenfrist bestimmt und § 314 Abs. 3 BGB eine Erklärung in angemessener Frist verlangt.

Statt der eigentlichen Lösung kommt aber auch in Betracht, dass der Vertragspartner gewährte Vergünstigungen wie einen Preisrabatt davon abhängig macht, dass der Begünstigte nicht insolvent wird. So lassen sich auf den Insolvenzfall bedingte Preiserhöhungen in der Praxis antreffen.<sup>3</sup> Teils sollen solche Klauseln sogar rückwirkend erhöhte Preise für die Zeit vor Verfahrenseröffnung vorsehen.

Eine weitere Fallgruppe von Klauseln beinhaltet Gestaltungen, dass ein Vertragsteil seine Zuwendung an den anderen Vertragsteil davon abhängig machen will, dass dieser nicht insolvent wird. Solche auflösend bedingten Zuwendungen sind gerade bei einer vorweggenommenen Erbfolge anzutreffen, wenn ein Elternteil seine Zuwendung für den Fall ausschließen will, dass das Kind insolvent wird.<sup>4</sup>

## III. Gesetzliche insolvenzbedingte Lösungen

Gesetzliche Lösungsmöglichkeiten stellen typischerweise nicht auf die (wirtschaftliche) Verfassung einer Vertragspartei ab, sondern setzen Pflichtverletzungen voraus. Im Fokus von Normen wie §§ 323 ff. oder §§ 280 ff. BGB steht also nicht, ob ein Vertragspartner insolvent ist, seine Vermögenslage sich verschlechtert oder sein Betrieb einstellt, sondern ob – gleich ob aus einem solchen oder einem anderen Grund – der Vertragsteil seine geschuldete Leistung nicht erbringt.

### 1. Anknüpfungen an die Insolvenz

Nur vereinzelt knüpft das Vertragsrecht an die Insolvenz einer Vertragspartei an. Hervorzuheben ist insoweit das Personengesellschaftsrecht. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Personengesellschafters eröffnet, scheidet er aus der Gesellschaft aus, § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB, § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB-MoPeG, § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB-MoPeG, oder wird die Gesellschaft gar aufgelöst, § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB. Eine abweichende vertragliche Regelung ist infolge des MoPeG<sup>5</sup> gar ausgeschlossen.<sup>6</sup>

Auch das VVG enthielt und enthält Regelungen, die an die Insolvenz eines Vertragspartners anknüpfen. Heute ordnet § 16 VVG die Beendigung des Versicherungsverhältnisses einen Monat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherers an. Indessen wurde § 14 VVG a.F. auf-

1 Flöther/Spliedt, § 44 StaRUG Rz. 5; a.A. Schönfelder, WM 2022, 361, 362; Thole, ZIP 2020, 1985, 1994.

2 Jacoby in Jacoby/Thole, 2023, § 44 StaRUG Rz. 23.

3 Vgl. nur BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274 m. Bespr. Huber, ZIP 2013, 493, m. Bespr. Jacoby, ZIP 2014, 649 = EWIR 2013, 153 (Marotzke).

4 Vgl. BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = ZIP 2017, 2267 = EWIR 2017, 759 (Jacoby).

5 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.8.2021 (BGBl. I 3436).

6 Krit. mit guten Argumenten Richter, ZIP 2023, 1222.

gehoben, nach dem der Versicherer sich in einer Lösungsklausel auf den Insolvenzfall die Beendigung des Vertrages bei Insolvenz des Versicherungsnehmers vorbehalten konnte.<sup>7</sup>

Auch das Insolvenzrecht ordnet die Vertragsbeendigung an, um die Folgen der Insolvenz einer Vertragspartei auf einen Vertrag abweichend vom in § 103 InsO vorgesehenen Verwalterwahlrecht zu bestimmen. Das betrifft zum einen Fixgeschäfte zu einem Marktpreis sowie Verträge über Finanzleistungen nach § 104 InsO. Bei diesen Verträgen beruht die Beendigungslösung auf der Möglichkeit, dass die Parteien ein Ersatzgeschäft abschließen können und der beendete Vertrag zum Markt oder Börsenpreis abgerechnet werden kann.<sup>8</sup> Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge werden nach §§ 115 f. InsO beendet, wenn der Auftraggeber bzw. Geschäftsherr insolvent werden. Als Rechtfertigung dieser Rechtsfolge sollte man den mit der Insolvenzeröffnung einhergehenden Wechsel in der Handlungsorganisation des Schuldners nach § 80 InsO ansehen, der auch einen Austausch der eingeschalteten Hilfspersonen geboten erscheinen lässt, gleich ob die Insolvenz den Inhalt der Tätigkeit tatsächlich ändert.<sup>9</sup>

## 2. Außerordentliche Kündigung

Der Kreis an gesetzlichen Lösungsrechten wäre erheblich weiter, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des einen Teils dem anderen die Vertragsfortsetzung unzumutbar machen würde, so dass dieser außerordentlich kündigen könnte, namentlich nach §§ 314, 543, 626, 648a BGB.

Der VII. Zivilsenat führt mit seiner Entscheidung zur Insolvenzfestigkeit des Kündigungsrechts aus § 8 Abs. 2 VOB/B die Riege derjenigen an, die die Insolvenz zumindest des Bauunternehmers für einen außerordentlichen Kündigungsgrund des anderen Teils halten.<sup>10</sup> Zum einen sei dem Auftraggeber nicht zumutbar, nach Maßgabe des § 103 Abs. 2 InsO auf die Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter zu warten. Zum anderen beruhe die Entscheidung des Auftraggebers für den Abschluss des Vertrags mit dem Auftragnehmer auf dem Vertrauen in dessen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Durch den Eigeninsolvenzantrag zerstöre der Auftragnehmer dieses Vertrauen und mache die Fortsetzung des Vertrags regelmäßig unzumutbar, so dass ein außerordentlicher Kündigungsgrund gegeben sei. Diese Auffassung hat sich der Regierungsentwurf zur Schaffung des § 648a BGB letztlich zu eigen gemacht.<sup>11</sup>

Indessen überzeugt diese Weichenstellung weder für das Baurecht noch darüber hinaus. Der Verlauf eines Insolvenzverfahrens kann so vielgestaltig sein. Die Gleichsetzung von Insolvenz mit Leistungsunfähigkeit, Unzuverlässigkeit oder gar fehlender Fachkunde entspricht dem immer noch verbreiteten Stigma der Insolvenz, wirkt aber den mit dem Insolvenzverfahren eröffneten Sanierungsmöglichkeiten entgegen. Die Beurteilung durch den VII. Zivilsenat wird von der Einschätzung getragen, dass das Stellen eines Eigenantrags die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht i.S.d. § 280 Abs. 1, 3, § 282 BGB darstellt.<sup>12</sup> Tatsächlich behauptet der Senat diese wichtige Weichenstellung lediglich, ohne diese Behauptung näher zu belegen. Sie überzeugt nicht. Richtig ist, dass angesichts der Insolvenz der einen Vertragspartei die Abwicklung der Hauptleistungspflichten gefährdet ist. Wie diese Unsicherheit

geklärt wird, bestimmt die Insolvenzordnung für nicht beiderseits erfüllte gegenseitige Verträge in §§ 103 ff. InsO. Ein Sonderkündigungsrecht wird dort für den Bauvertrag – anders als in § 113 InsO für bestimmte Dienstverhältnisse –<sup>13</sup> nicht vorgesehen. Mit §§ 103 ff. InsO berücksichtigt die Insolvenzordnung nicht nur die Interessen der Vertragsparteien, sondern auch die der übrigen Gläubiger, deren gleichmäßiger Befriedigung das Insolvenzverfahren nach § 1 InsO zu dienen hat. Diese gesetzliche Regelung darf nicht durch die Behauptung eines außerordentlichen Kündigungsgrundes umgangen werden. Der Vertragspartner wird dadurch geschützt, dass die vertraglichen Rechte und Pflichten erhalten bleiben. Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung, muss dieser den Vertrag so erfüllen, wie der Vertrag ursprünglich geschlossen wurde.<sup>14</sup> Es ist nicht hinzunehmen, wenn der VII. Zivilsenat die Entscheidung des InsO-Gesetzgebers als Beleg für einen außerordentlichen Kündigungsgrund nimmt.

Gewiss kann mit der Insolvenz eine Leistungspflichtverletzung einhergehen, so dass die allgemeinen Regelungen des materiellen Rechts eine Lösung vom Vertrag rechtfertigen. Dies lässt sich an der Gestaltung der aktuellen Entscheidung des IX. Zivilsenats belegen. Der Insolvenzschuldner hatte sich als Busunternehmer zur Beförderung von Schülern verpflichtet.<sup>15</sup> Eine Kündigung ist gewiss möglich, wenn er seine Leistungspflichten nicht mehr erfüllt, seine Busse wegen Wartungsrückständen nicht mehr geeignet sind, ihm hinreichend qualifizierte Fahrer fehlen, das Unternehmen seine öffentlich-rechtliche Zulassung verliert oder aus anderen Gründen der Betrieb eingestellt wird. Die bloße Insolvenz allein genügt indessen nicht. Sie ist eben von der Unzuverlässigkeit als Nebenpflichtverletzung zu scheiden. Eine solche Unzuverlässigkeit muss einen sachlichen Bezug zur geschuldeten Leistung haben,<sup>16</sup> wie es die Beispiele defekter Bus, fehlende Fahrer oder Entzug der Zulassung belegen. Darüber hinaus kommt nach Maßgabe von § 323 Abs. 4 BGB ein Rücktritt auch vor Fälligkeit für eine absehbare Pflichtverletzung in Betracht, sog. antizipierter Vertragsbruch.<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber hat schließlich der Vermögenssituation einer Vertragspartei in spezifischer Weise Rechnung getragen. So gestaltet § 490 BGB die außerordentliche Kündigung im Darle-

7 Dazu BGH v. 26.11.2003 – IV ZR 6/03, ZIP 2004, 176, 177 = EWIR 2004, 295 (Blank); vgl. auch BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 = EWIR 2023, 49 (Thole); BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274 Rz. 16.

8 Jaeger/Jacoby, 2. Aufl. 2022, § 104 InsO Rz. 1, 7.

9 Näher Jaeger/Jacoby, 2. Aufl. 2022, §§ 115 f. InsO Rz. 23 ff.

10 BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 = ZIP 2016, 981 Rz. 33 ff. = EWIR 2016, 373 (Matthies).

11 BT-Drucks. 18/8486, 50.

12 BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, ZIP 2016, 981 Rz. 43, 58 f.

13 Zur Privilegierung der nicht insolventen Vertragspartei durch § 113 InsO im Unterschied zu §§ 103 ff. InsO im Übrigen Jaeger/Giesen, 2. Aufl. 2022, § 113 InsO Rz. 13.

14 BGH v. 15.12.2016 – IX ZR 117/16, ZIP 2017, 89 Rz. 12 = EWIR 2017, 49 (Marotzke); BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 17 m.w.N.

15 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 1.

16 Bachmann in MünchKomm/BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 BGB Rz. 140.

17 Vgl. BGH v. 14.6.2012 – VII ZR 148/10, BGHZ 193, 315 = ZIP 2012, 1463 Rz. 26 = EWIR 2013, 99 (Gsell).

hensrecht besonders aus, indem das Kündigungsrecht von der Vermögensverschlechterung abhängig gemacht wird. Allgemeiner schützt § 321 BGB den Vorleistungspflichtigen im Falle einer Leistungsgefährdung, die aber allein ohne die weiteren Voraussetzungen des § 321 Abs. 2 BGB noch keine Lösung ermöglicht, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht gewährt.

### 3. Freie Kündigungsmöglichkeiten

Bestehen freie Kündigungsmöglichkeiten, mag der eine Vertragsteil auch angesichts der Insolvenz des anderen Teils seine dahingehende Möglichkeit nutzen. So erlaubt insbesondere § 627 BGB in den dort bestimmten Fällen einer besonderen Vertrauensstellung die Kündigung, ohne dass es der Berufung auf einen wichtigen Grund bedarf.

Anders liegt es aber im Falle des § 648 BGB. Zwar spricht das Gesetz auch hier von einer Kündigung. Die in § 648 Satz 2 BGB angeordnete Rechtsfolge spricht indessen eine andere Sprache. Denn der Besteller bleibt im Ausgangspunkt voll vergütungspflichtig. Das als Kündigung bezeichnete Gestaltungsrecht befreit also ganz atypisch nur den Vertragspartner von seiner Leistungspflicht, nicht aber den kündigenden Teil. Dass der andere Teil sich auf seinen Vergütungsanspruch Erspartes oder anderweitig Erlangtes anrechnen lassen muss, ist keine Befreiung des kündigenden Teils. Diese Rechtsfolge entspricht den Regelungen, die der Gesetzgeber vorsieht, wenn der Gläubiger der Sachleistung diese unmöglich macht, § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB, oder der Dienstberechtigte in Annahmeverzug gerät, § 615 Satz 2 BGB. Tatsächlich ist also § 648 BGB nicht als Kündigung einzuordnen, sondern als Wahlmöglichkeit des Bestellers, so gestellt zu werden, als ob er die Leistung des Unternehmers unmöglich macht.<sup>18</sup>

Dass der VII. Zivilsenat ungeachtet dessen § 8 Abs. 2 VOB/B auch auf § 648 BGB stützt, lässt sich nur damit erklären, dass der BGH ergänzend auf die Schadensersatzpflicht des gekündigten Unternehmers wegen seiner Insolvenz abstellt.<sup>19</sup> Der IX. Zivilsenat hebt hingegen treffend hervor, dass § 648 BGB nur insoweit als Rechtfertigung einer Vertragsklausel dienen könne, als die Rechtsfolgen sich auch entsprechen.<sup>20</sup>

### IV. Die Neuausrichtung durch den IX. Zivilsenat

Mit seiner Entscheidung vom 27.10.2022 hat der IX. Zivilsenat seine Rechtsprechung zu Lösungsklauseln neu ausgerichtet, auch wenn er selbst ausweislich Leitsatz 1 nur von einer Ergänzung zu seiner zuvor maßgebenden Entscheidung aus dem Jahre 2012 spricht.<sup>21</sup> Nach dieser älteren Entscheidung konnte man insolvenzabhängige Lösungsklauseln wegen eines Verstoßes gegen § 119 InsO für unwirksam halten. Ausdrücklich hatte der IX. Senat allerdings nur Lösungsklauseln in fortlaufenden Lieferverträgen die Wirksamkeit verweigert, wenn diese an Insolvenzeröffnung oder -antrag auf Seiten des zu Beliefernden anknüpften.<sup>22</sup> Der VII. Zivilsenat setzte sich dazu in seiner Entscheidung zur Wirksamkeit der Lösungsklausel in § 8 Abs. 2 VOB/B auch nicht explizit in Widerspruch. Denn von seinem hier unter III 2 und III 3 bekämpften Standpunkt aus konnte er die Wirksamkeit darauf stützen, dass mit §§ 648 f. BGB gesetzliche Lösungsmöglichkeiten bestehen, denen die Lösungsklausel der VOB/B entspricht. Gerade diesen Vorbehalt, dass die Klausel einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit ent-

spricht, hatte der IX. Zivilsenat zur Rechtfertigung von Lösungsklauseln offengelassen.<sup>23</sup>

Doch muss man sagen, dass beide Entscheidungen in ihrem Duktus jeweils eine der entgegengesetzten Seiten in der Diskussion um die Lösungsklauseln repräsentieren. Auf der einen Seite wollte der IX. Zivilsenat im Jahre 2012 die Gefahr bekämpfen, dass Lösungsklauseln dem Masseschutz zuwiderlaufen und die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung behindern. Der VII. Zivilsenat erkannte indessen berechnete Interessen des solventen Vertragspartners an, sich mittels Lösungsklausel vor den Gefahren zu schützen, die die Insolvenz des anderen Vertragspartners mit sich brächte.

Nunmehr will der IX. Zivilsenat an den Ergebnissen der bisherigen Rechtsprechung festhalten und referiert sie als geltendes Recht (Rz. 18 ff.).<sup>24</sup> Eine Neuausrichtung ist aber hinsichtlich der dogmatischen Begründung dieser Ergebnisse festzustellen. Der IX. Zivilsenat vertritt eine vermittelnde Lösung, die die Vertragsfreiheit (Rz. 36 ff.) der Vertragsschließenden einerseits aber auch die Wertungen von §§ 103 ff. InsO zum Schutze der übrigen Gläubiger (Rz. 40 f.) andererseits zum Ausgleich bringen will. So ließen sich Lösungsklauseln auch nicht als sanierungsfeindlich oder -freundlich einordnen (Rz. 39). Zwar könne die Lösung eines Vertragspartners im Verfahren aufgrund einer solchen Klausel die Sanierung erschweren. Gleichwohl könnte aber die Möglichkeit, eine entsprechende Klausel zu vereinbaren, im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens den Vertragsschluss und damit eine Sanierungsoption erst eröffnen.

Im Einklang mit dieser notwendigen Interessenabwägung sei weder das Verbot von Lösungsklauseln (Rz. 25 ff.) noch ihre Wirksamkeit (Rz. 28 ff.) vom Gesetzgeber angeordnet worden. § 119 InsO stelle allein §§ 103 ff. InsO zwingend (Rz. 24). Eine Lösungsklausel verstoße daher gegen diese Bestimmung erst dann, wenn sie allein Ausdruck dessen sei, dass der Vertragspartner sich den zwingenden Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO entziehen wolle (Rz. 46). Eine entsprechende Begrenzung der Vertragsfreiheit sei angezeigt, wenn bei objektiver Betrachtung der wechselseitigen Interessen der Parteien aus der Sicht ex ante bei Vertragsschluss keine berechtigten Gründe für eine sofortige Auflösungsmöglichkeit allein aufgrund des Insolvenzfalles in Betracht kämen (Rz. 43). Auf dieser Grundlage unterscheidet der IX. Zivilsenat folgendermaßen danach, ob der sich die Lösungsmöglichkeit ausbedingende Vertragsteil Geldleistungs- oder Sachleistungsgläubiger ist:

18 Staudinger/Peters, 2019, § 648 BGB Rz. 5.

19 BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 = ZIP 2016, 981 Rz. 43, 58 f.

20 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 19, 63.

21 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45; vgl. zur Bewertung der Rechtsprechungsentwicklung Hoffmann, JZ 2023, 464 ff., insbesondere 466: „über eine bloße Ergänzung seiner Rechtsprechung weit hinaus“.

22 BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274.

23 BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274 Rz. 13; ebenso nunmehr BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 18; krit. Hoffmann, KTS 2018, 343, 365; Hoffmann, JZ 2023, 464, 466.

24 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45. Die jeweilige Rz.-Angabe, die das im Text folgende Referat dieser Entscheidung enthält, bezieht sich auf die Rz. dieser Entscheidung.

## 1. Geldleistungsgläubiger

Lösungsklauseln zugunsten eines Geldleistungsgläubigers hält der IX. Senat grundsätzlich für unwirksam (Rz. 52). Zum einen sei dieser Gläubiger durch §§ 320, 321 BGB ausreichend geschützt. Zum anderen würden ihm durch § 105 Satz 1, § 107 Abs. 2 Satz 1 und § 112 InsO besondere Opfer zugemutet. Mit dieser Wertung knüpft der IX. Zivilsenat an seine Entscheidung zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln in Lieferverträgen aus dem Jahre 2012 an. Denn der Lieferant, dessen Lösungsklausel damals für unwirksam erklärt wurde, war ebenfalls Geldleistungsgläubiger.

Mit dieser Begründung entfernt sich der IX. Zivilsenat deutlich von der des VII. Zivilsenats. Denn während der VII. Zivilsenat die außerordentliche Kündigung gerade auf die unzumutbaren Rechtsfolgen von §§ 103 ff. InsO stützte, entnimmt der IX. Zivilsenat diesen (zwingenden) Bestimmungen, um deren Schutz es ihm geht, völlig konsequent eine Wertungsentscheidung. Tatsächlich lässt sich allerdings hinterfragen, ob diese Bestimmungen Ausdruck der schwachen Position des Geldleistungsgläubigers sind. Denn dessen Schwächungen sind wohl eher Reflex des Schutzes des tatsächlichen Unternehmensverbands, den jedenfalls § 107 Abs. 2 und § 112 InsO in gleicher Weise wie etwa § 166 InsO anstreben. Dafür wird der Gläubiger kompensiert im Falle des § 107 Abs. 2 InsO durch dessen Satz 2, im Falle des § 112 InsO durch die Qualifizierung der Neuforderungen als Masseverbindlichkeit nach § 108 Abs. 1, § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO. Zum Anwendungsbereich des § 105 S. 1 InsO lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass diese Bestimmung Sach- wie Geldvorleistungen gleichermaßen erfasst.<sup>25</sup> Wenn man die Norm teleologisch auf Sachleistungen des Vertragspartners beschränkt, beruht das wiederum auf dem Gedanken, dadurch den Unternehmensverbund zu schützen.<sup>26</sup>

Vor diesem Hintergrund ist schließlich die These des IX. Senats zu hinterfragen, ob der Geldleistungsgläubiger durch §§ 320 f. BGB hinreichend geschützt ist. Immerhin besteht auf diese Weise ein Schutz vor der Gefahr, durch Vorleistungen das Insolvenzrisiko zu übernehmen. Kommt es zur Abwicklung Zug um Zug, wird deren Insolvenzfestigkeit durch das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO geschützt. Problematisch sind allerdings die Aufwendungen auf Seiten des Geldleistungsgläubigers für die von ihm zu erbringende Dienst- oder Sachleistung. Vielfach wird dieses Produkt angesichts seiner Individualität nicht anderweit zu verwerten sein. Entsprechend läuft der betroffene Vertragspartner Gefahr, für seine Leistungsvorbereitung nicht vergütet zu werden.<sup>27</sup> Dieses Problem ist für den Bauhandwerker bekannt. Es sollen Abschläge nach § 632a BGB sowie Sicherheiten nach § 650f BGB helfen. Auch ein Dienstverpflichteter wird – wie bei Sanierungsberatern üblich – Teilleistungen abrechnen und ggf. Vorschuss verlangen. §§ 320 f. BGB meiden die Risiken aber keinesfalls allein.

## 2. Sachleistungsgläubiger

Für den Sachleistungsgläubiger sieht der IX. Zivilsenat indessen eher berechtigte Gründe, um sich eine Lösungsklausel auszubedingen. Insoweit stimmt der IX. Zivilsenat mit dem Ergebnis des VII. Zivilsenats zur Wirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B überein, die gleichfalls mit dem Lösungsrecht für den Auftrag-

geber ein solches für einen Sachleistungsgläubiger betraf. Der BGH erwägt verschiedene berechtigte Gründe.

### 2.1 Konkretisierung eines wichtigen Grundes

Zunächst wendet sich der IX. Zivilsenat den Verträgen zu, bei denen das gesetzliche Vertragsrecht eine Kündigung aus wichtigem Grund vorsieht, wie es namentlich § 314 BGB, § 543 BGB, § 626 BGB, § 648a BGB tun. Für diese Sachlagen behauptet der IX. Zivilsenat die Kompetenz, die Insolvenz als wichtigen Grund zu vereinbaren, um so Streit über den wichtigen Grund zu vermeiden und den Lösungsgrund rechtssicher auszugestalten (Rz. 47 f.). Allerdings schränkt der Senat diese Kompetenz mittels des Erfordernisses ein, dass die vertragliche Ausgestaltung der wichtigen Gründe durch eine typisierte Interessenbewertung für die darin geregelten Fälle gerechtfertigt sein muss (Rz. 54). Für entscheidend erklärt der Senat, inwieweit die Risiken der Insolvenz die Erfüllung des Vertrags in einem Maße gefährden, das abstrakt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ein wichtiger Grund gegeben sei. Im zu entscheidenden Fall der Schulbeförderung komme es darauf an, ob Störungen der ordnungsgemäßen Beförderung zu befürchten seien und solche Störungen angesichts des Inhalts der gestörten Leistungspflicht zu vermeiden seien (Rz. 64).

Diese Aussagen wecken zunächst Bedenken, weil der bezweckte Klärungseffekt nicht eintritt. Wie gerade der dem BGH vorliegende Sachverhalt angesichts der vom BGH ausgesprochenen Zurückverweisung zeigt, bewirkt diese Fallgruppe keine eindeutige Klärung, ob die Insolvenz als wichtiger Grund vereinbart werden kann. Vielmehr bedarf es der vom BGH skizzierten Wertungsentscheidung. Darüber hinaus ist allerdings gegenüber dieser Fallgruppe die gleiche Skepsis angebracht, wie sie oben unter III 2 bereits allgemein gegen die Behauptung vorgebracht wurde, die Insolvenz könne einen wichtigen Grund darstellen. Denn es ist vielgestaltig, wie sich die Insolvenz äußert. Ein wichtiger Grund setzt typischerweise eine Leistungspflichtverletzung voraus, die mit der Insolvenz nicht verbunden sein muss. Schließlich ist es bedenklich, die Verträge herauszustellen, für die das Gesetz die Kündigung aus wichtigem Grund zulässt. Setzt der eine Vertragsteil einen so schwerwiegenden Grund, kann sich der andere Teil lösen, gleich wie der Vertrag einzuordnen ist. § 314 BGB bringt das für alle Dauerschuldverhältnisse zum Ausdruck. Sonst lässt sich ein Lösungsrecht auf § 324 oder § 323 Abs. 4 BGB stützen. Völlig zurecht war etwa für den Werkvertrag die außerordentliche Kündigung seit jeher anerkannt, auch bevor der Gesetzgeber § 648a BGB ausdrücklich vorgesehen hat.<sup>28</sup>

25 Jaeger/Jacoby, 2. Aufl. 2022, § 105 InsO Rz. 13, 30 ff.

26 Hoffmann, KTS 2018, 343, 353.

27 Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Leistungserbringung aus insolvenzrechtlicher Sicht, aber vor allem auch zur Veranschaulichung der Risiken des Vertragspartners BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 69/21, ZIP 2022, 1337 = EWiR 2022, 401 (Thole).

28 Statt aller BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 = ZIP 2016, 981 Rz. 40.

## 2.2 Risikoerhöhung durch Insolvenz (Zuverlässigkeit des Schuldners)

Als weitere Fallgruppe, in der Lösungsklauseln typischerweise zulässig sein sollen, hebt der IX. Zivilsenat die Risikoerhöhung für den einen Vertragsteil durch die Insolvenz des anderen hervor. So liege es insbesondere, wenn die Zuverlässigkeit des Schuldners erhebliche Bedeutung für die weitere Leistungserbringung einschließlich möglicher Mängelrechte oder zusätzlich abzuschließender Zusatzverträge wie solcher zur Wartung habe (Rz. 49).

Letzteres verwundert. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Vertragspartner verdient, dass seine Hoffnungen auf Zusatzverträge, die vom geschlossenen Vertrag abweichen, durch Lösungsklauseln geschützt werden. Auch zieht der BGH hier im Unterschied zu den Geldleistungsgläubigern gar nicht in Erwägung, ob für den Vertragspartner alternative Sicherungsmöglichkeiten bestehen. § 320 BGB hat doch gerade die Aufgabe zu verhüten, dass auch ein Sachleistungsgläubiger nicht für eine spätere Gegenleistung vorleisten muss, die dann insolvenzbedingt ausbleiben könnte. Zudem kommen Erfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten in Betracht, um den Vertragspartner bei Nicht- und Schlechtleistung zu sichern. Schließlich geht doch mit einer Insolvenz auch nicht selbstverständlich einher, dass die zuverlässige Leistungserbringung des Insolvenzschuldners leidet. Solange der Schuldner bislang ordentlich erfüllt hat, muss doch seine Insolvenz keine andere Einschätzung bewirken, abgesehen von den Unsicherheiten, die nach § 103 InsO der Vertragspartner gerade hinzunehmen hat.

Diese Einwände verblassen allerdings vor den tiefen denkbaren Einwänden, die der BGH für den Schulbeförderungsfall erwägt (Rz. 64). So benennt er zum einen, dass öffentliche Vorgaben die Schulbeförderung durch einen insolventen Busunternehmer verbieten könnten. Zum anderen verweist er auf die Gefahr, dass die Absicherung gegen etwaige Unfallschäden bei der Schülerbeförderung wegen des Insolvenzantrags nicht mehr ausreicht. Zu denken ist wohl daran, dass der entsprechende Versicherungsvertrag nicht mehr fortbesteht. Beides sind jedoch Gründe, bei denen die Hauptleistung oder jedenfalls eine Nebenleistung aufgrund der Insolvenz nicht mehr erbracht werden, so dass die für eine Lösung nach allgemeinem Schuldrecht erforderliche Pflichtverletzung zu bejahen wäre.

## 2.3 Privilegierung von Sanierungsvereinbarungen

Als dritte Fallgruppe befürwortet der IX. Senat eine Privilegierung des Vertragspartners beim Abschluss von Sanierungsvereinbarungen (Rz. 53). In solchen sollten die Vertragspartner sich vorbehalten lassen können, sich bei Scheitern der Sanierung vom Vertrag zu lösen. Das überzeugt. Denn bei diesen Verträgen bildet die Sanierungsaussicht die Grundlage des Vertrages.

## 3. Sonstige Aussagen

Der BGH nutzt die Entscheidung noch zu zwei allgemeineren Aussagen in Bezug auf Lösungsklauseln. So nimmt er auf Ausführungen von *Wagner/Klein* Bezug, dass wirksame Lösungsklauseln einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB unterliegen können (Rz. 55).<sup>29</sup> Diese Ausübungskontrolle stellt auf die Si-

tuation bei Ausübung des Lösungsrechts ab und unterscheidet sich damit von der vom BGH befürworteten Wirksamkeitskontrolle nach § 119 InsO, die nach der Situation bei Vertragsschluss ex ante fragt. Schließlich erwägt der BGH, ob sich aus § 44 StaRUG eine Aussage für die Eigenverwaltung entnehmen lässt (Rz. 56).

## V. Grenzen des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts

Im Folgenden soll die eigene Stellungnahme zunächst die Wirkungen der Instrumente des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts auf Lösungsklauseln ausleuchten:

### 1. Spezielle Regelungen

Die eingangs genannten Bestimmungen in § 225a Abs. 4 InsO sowie § 44 StaRUG haben einen engen spezifischen Anwendungsbereich. § 225a InsO ist auf die dort geregelten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen im Insolvenzplan beschränkt.

Aber auch § 44 StaRUG sollte man auf Maßnahmen nach dem StaRUG konzentrieren. Eine Analogie zur Eigenverwaltung käme angesichts des Erfordernisses der gleichen Interessenlage überhaupt nur in Betracht, wenn diese vor Eintritt der Überschuldung allein wegen drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt wird, wie es auch das StaRUG voraussetzt. Aber selbst dann sollte man mangels Regelungslücke eine Analogie ablehnen. § 44 StaRUG setzt allein die besonderen Anforderungen der RL 2019/1023 um. Die zur Verfügung stehenden Instrumente wirken auch anders. Insbesondere ist die noch in §§ 51–55 StaRUG-RegE angelegte Möglichkeit zur gerichtlich angeordneten Beendigung gegenseitiger, nicht vollständig erfüllter Verträge als Pendant zu § 103 ff. InsO auf Empfehlung des Rechtsausschusses nicht Gesetz geworden.<sup>30</sup>

### 2. Zwingende Natur der §§ 103 ff. InsO (§ 119 InsO)

Der BGH verortet die Problematik der Lösungsklauseln weiterhin bei § 119 InsO. Die Gesetzgebungsgeschichte mag für diese Anknüpfung sprechen, weil § 119 InsO auf § 137 RegE beruht, der in seinem Abs. 2 ein Verbot von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln regelte. Indessen erklärt § 119 InsO seit jeher nur §§ 103 ff. InsO für zwingend. Daher war der Ansatz, dieser Bestimmung eine Aussage zu Lösungsklauseln zu entnehmen, immer schon erheblichen Einwänden ausgesetzt.<sup>31</sup> Die neue differenzierende Lösung des BGH verschärft diese Einwände noch weiter:

### 2.1 Sachlicher Anwendungsbereich: Verwalterwahlrecht

Zunächst kann § 119 InsO eine Regelung überhaupt nur für solche Verträge entnommen werden, die in den Anwendungs-

<sup>29</sup> *Wagner/Klein* in FS Prütting, 2018, S. 805, 813 ff.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 19/25353, 9.

<sup>31</sup> *Hoffmann*, KTS 2018, 343, 365 f.; *Thole*, ZHR 181 (2017), 548, 556 ff.; von *Wilmowsky*, JZ 2013, 998, 999; vgl. auch *Brinkmann/Steinhauser* in FS Kübler, 2015, S. 87, 93.

bereich von §§ 103 ff. InsO fallen. Es muss sich also nicht nur um gegenseitige Verträge handeln, sondern es müssen auch die aus diesem Vertrag folgenden beiderseits noch offenen synallagmatischen Verpflichtungen betroffen sein. § 119 InsO ist indessen auch nach BGH beispielsweise nicht anwendbar, wenn eine auflösend auf den Insolvenzfall bedingte Schenkung,<sup>32</sup> der insolvenzbedingte Rückübertragungsanspruch aus einem Kaufvertrag<sup>33</sup> oder ein insolvenzbedingter Heimfallanspruch in einem Erbbaurechtsvertrag<sup>34</sup> in Rede stehen. In diesen Gestaltungen misst der BGH die insolvenzbedingten Klauseln am Insolvenzanfechtungsrecht, namentlich an § 133 Abs. 1 InsO.<sup>35</sup>

## 2.2 Zeitlicher Anwendungsbereich: Insolvenzeröffnung

In zeitlicher Hinsicht ist problematisch, dass §§ 103 ff. InsO abgesehen von § 112 InsO Regelungen nur für bei Insolvenzeröffnung noch schwebende Verträge enthalten. Der BGH hat sich hier des Kunstgriffes der „Vorwirkung“ auf den Insolvenzantrag bedient.<sup>36</sup> Stets ist diese Vorwirkung aber nur die Behauptung einer gesetzlichen Anordnung geblieben. Die Regelungen über die Wirkungen der Eröffnung des Verfahrens in §§ 80 ff. InsO setzen abgesehen von wenigen geregelten Ausnahmen die Eröffnung voraus. Wirkungen auf die Zeit vor Verfahrenseröffnung entfalten Sicherungsanordnungen nach §§ 21 ff. InsO sowie die Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO. Eine vor Verfahrenseröffnung vollzogene Lösung vom Vertrag etwa aufgrund einer an den Verfahrensantrag anknüpfenden Klausel kann von den Wirkungen der §§ 103 ff. InsO entgegen dem BGH nicht erfasst werden.

In der Praxis sind gar Klauseln anzutreffen, die vertragliche Sonderkonditionen auflösend derart bedingen, dass diese schon für die Zeit vor Verfahrenseröffnung rückwirkend wegfallen. Auch eine solche Klausel lässt sich, soweit die Vertragsabwicklung vor Verfahrenseröffnung betroffen ist, nicht an §§ 103 ff. InsO messen. Die insolvenzbedingte nachträgliche Erhöhung der Preise führt aber mit den (vielleicht gar gesicherten) Insolvenzforderungen zu einer Belastung der Masse, die nach Maßgabe von § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.

## 2.3 Regelungsgegenstand von §§ 103–118 InsO

Für die inhaltliche Anknüpfung an §§ 103, 119 InsO wird vielfach geltend gemacht, dass die Lösungsklausel das von der Insolvenzordnung vorgesehene Verwalterwahlrecht zu Lasten der Masse ausschließe.<sup>37</sup> Diese Argumentation verkennt jedoch die systematische Bedeutung des Wahlrechts. Das Wahlrecht ist kein zur Masse zählender Vermögenswert, sondern der Modus, den der Gesetzgeber im Grundsatz für angemessen hält, um das Synallagma in der Insolvenz abzuwickeln. Ausnahmen bestimmen §§ 108, 104, 115 f. InsO. Daher ist das Verwalterwahlrecht nicht nur inhaltlich, sondern auch vom Bestand des Synallagmas abhängig. Denn der Fortbestand des Synallagmas wird von §§ 103, 119 InsO nicht bestimmt. Der Unterschied zu § 44 StaRUG ist augenfällig. Dort wird durch die materiellen Wirkungen des § 44 Abs. 1 StaRUG der Bestand des Vertrags angeordnet und dieser dann durch § 44 Abs. 2 StaRUG zwingend gestellt. Bei § 103 InsO fehlt eine solche Anordnung, dass der Bestand des Synallagmas durch die Insolvenzeröffnung nicht berührt werden darf.

## 2.4 Starre Rechtsfolgen von §§ 103–118 InsO

Schließlich passt die nunmehr vom BGH entwickelte Lösung, nach der Berechtigung der Lösungsinteressen zu unterscheiden, nicht zur strengen „Alles-oder-nichts-Lösung“ des § 119 InsO. Zwar behauptet der Senat, dass er die nach Maßgabe des § 119 InsO beachtlichen Grenzen des Gebrauchs der Privatautonomie bestimme.<sup>38</sup> Indessen enthält § 119 InsO keine Grundlage für eine solche Unterscheidung. §§ 103, 119 InsO gelten für alle gegenseitigen Verträge, ohne dass nach den betroffenen Interessen unterschieden wird.

## 3. Vorsatzanfechtung, § 133 Abs. 1 InsO

Das einschlägige Instrument, um aus Sicht des Insolvenzrechts über Lösungsklauseln zu befinden, ist die Insolvenzanfechtung.<sup>39</sup> Der Tatbestand der Vorsatzanfechtung kann es sanktionieren, wenn ein Vertragsteil sich in der Weise Lösungsmöglichkeiten für den Insolvenzfall ausbedingt, dass er sich ohne hinreichenden Grund zu Lasten der Gläubigersamtheit von den Bindungen des von ihm mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag lösen kann. So lassen sich auch die vom IX. Zivilsenat aufgeworfenen Wertungsfragen einbinden.

### 3.1 Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung

§§ 129, 133 Abs. 1 InsO verlangen eine objektiv gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners, die von seinem dem Vertragspartner erkennbaren Benachteiligungsvorsatz getragen ist.<sup>40</sup>

Dafür muss die insolvenzabhängige Lösungsmöglichkeit (oder sonstige insolvenzbedingte Rechtsfolge der Klausel) zu Lasten der Masse wirken und daher gläubigerbenachteiligend sein. Angesichts der gerade nur an die Insolvenz anknüpfenden Klausel wird der Schuldner auf diese Benachteiligung auch in einer vom Vertragspartner erkannten Weise abgezielt haben. Bestes Beispiel für eine solche Sachlage ist ein Energielieferungsvertrag, wie er dem IX. Zivilsenat 2012 zur Entscheidung vorlag. Die Lösungsklausel sollte schlicht dazu führen, dass der Insolvenzverwalter höhere Preise zahlen muss, als es zuvor der Schuldner musste.

32 Vgl. BGH v. 13.3.2008 – IX ZB 39/05, ZIP 2008, 1028 = EWIR 2008, 501 (Eckert).

33 BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = ZIP 2017, 2267 Rz. 16.

34 BGH v. 19.4.2007 – IX ZR 59/06, ZIP 2007, 1120 Rz. 10; vgl. ferner BGH v. 12.6.2008 – IX ZB 220/07, ZIP 2008, 1384 Rz. 8 f.

35 BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = ZIP 2017, 2267 Rz. 19 ff.; BGH v. 12.6.2008 – IX ZB 220/07, ZIP 2008, 1384 Rz. 8 f.; BGH v. 13.3.2008 – IX ZB 39/05, ZIP 2008, 1028 Rz. 12 ff.; BGH v. 19.4.2007 – IX ZR 59/06, ZIP 2007, 1120 Rz. 13 ff.

36 BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274 Rz. 19; bestätigt durch BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14BGHZ 210, 321 = ZIP 2016, 1226 Rz. 58 m. Anm. Paulus = EWIR 2016, 535 (Hartmann).

37 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 17 f.; BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 = ZIP 2013, 274 Rz. 13.

38 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 43.

39 Hoffmann, KTS 2018, 343, 366 f.; Thole, JbZivRWiss 2008, S. 267, 301 ff.; Thole, ZHR 181 (2017), 548, 556 ff.; von Wilmsowsky, ZIP 2007, 553, 557.

40 Siehe bereits Jacoby, ZIP 2014, 649, 653 ff.

Gegen die Anfechtbarkeit lässt sich allerdings ins Feld führen, dass die insolvenzabhängige Klausel keine Rechtsfolge beinhaltet, die sich vom sonstigen Vertrag trennen lässt. So hat es der BGH zurecht in solchen Fällen entschieden, in denen der Leistungsgegenstand – gleich ob Kauf oder Schenkung – nicht so in das Vermögen des (inzwischen insolventen) Vertragspartners übergegangen ist, dass er deren Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung stand. In diesen Fällen hatte der übertragende Teil sich nicht nur den Rücktritt vorbehalten, sondern auch seine Rückgewähransprüche wegen § 106 InsO insolvenzfest durch Vormerkung abgesichert.<sup>41</sup>

Wie die Grenze zwischen den selbstständig anfechtbaren Lösungsklauseln und den wirksamen untrennbar zum Gesamtvertrag gehörenden Klauseln verläuft, ist die maßgebliche Fragestellung, um über Lösungsklauseln zu befinden. Letztlich besteht vielfach Einigkeit darüber, diese Wertungsfrage zu beschreiben:<sup>42</sup> Zu unterscheiden ist nämlich, ob der Vertragspartner sich auf die Privatautonomie zum berechtigten Schutze seiner eigenen Interessen berufen kann oder diese Grenze überschritten ist, weil die Vereinbarung allein zu Lasten der durch das Insolvenzanfechtungsrecht geschützten Gläubiger wirkt. Ganz unterschiedlich fällt aber die Bewertung aus, was einen berechtigten Grund darstellt. Diese Uneinigkeit belegt die obige Auseinandersetzung mit der aktuellen Entscheidung des BGH. Ganz allgemein lässt sich sagen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis unterschiedlich gesehen wird. Teils wird eine Lösungsklausel typischerweise als Ausfluss der Privatautonomie für zulässig gehalten,<sup>43</sup> teils wird sogar durchweg bei insolvenzabhängigen Klauseln ein Missbrauch zu Lasten der Gläubiger Gesamtheit angenommen<sup>44</sup>. Die oben vorgestellte Entscheidung des BGH unterscheidet nach dem Inhalt des Anspruchs des lösungsberechtigten Vertragspartners. Ist dieser Geldleistungsgläubiger, erkennt der BGH im Zweifel kein berechtigtes Lösungsinteresse an, während er ein solches Sach- und Dienstleistungsgläubigern eher zubilligt.

Angesichts der oben dargelegten Einwände überzeugt diese Unterscheidung nicht. Vielmehr ist bei der schlichten Anknüpfung einer Lösungsmöglichkeit an die Insolvenz ein berechtigtes Interesse typischerweise zu verneinen. Das beruht zum einen darauf, dass gerade im Zeitpunkt der Insolvenz wegen der Betroffenheit der anderen Gläubiger die Vertragsfreiheit zu deren Schutz mittels § 133 Abs. 1 InsO eingeschränkt wird.<sup>45</sup> Zum anderen unterscheidet sich die Insolvenz als ein auf die Verfassung des Vertragspartners anknüpfender Umstand grundlegend von den gesetzlich vorgesehen Lösungsgründen. Insbesondere greift es nach dem oben unter III 2 vertretenen Standpunkt zu kurz, die Insolvenz mit einem außerordentlichen Kündigungsgrund gleichzusetzen. Dafür müsste man den Aspekt der Insolvenz wie etwa die Unternehmenseinstellung oder die Leistungsgefährdung benennen und qualifizieren, die die Fortsetzung des Vertrags tatsächlich hindert. Vom Vertragspartner ist also zu erwarten, dass er die Gründe für seine Lösung benennt und sich nicht hinter dem stigmatisierenden Begriff der Insolvenz versteckt. Sonst kann man ihm mit § 133 Abs. 1 InsO vorhalten, dass er sich schlicht vor der Abwicklung des Vertrags im Interesse aller Gläubiger verwehren will. Ausnahmen sind denkbar. Ein Beispiel behandelt der BGH – wie oben unter IV 2.3 gewürdigt – mit den Sanierungsvereinbarungen. Zu kurz greift es indessen, die Zulässigkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln unter Hinweis auf die Zulässigkeit

von Kreditsicherheiten zu bejahen.<sup>46</sup> Denn diese beugen in vom Gesetz vorgesehener Weise unter den dort geregelten Voraussetzungen in spezifischer Weise gerade dem insolvenzbedingten Leistungsausfall vor, nehmen dem Vertragspartner aber nicht den durch den Vertrag zugestandenen Leistungsanspruch.

### 3.2 Einwände gegen die Lösung über § 133 Abs. 1 InsO

Wer für § 133 Abs. 1 InsO als einschlägiges Rechtsinstitut eintritt, sieht sich zwei grundlegenden Einwänden ausgesetzt. Der eine Einwand betrifft die zehnjährige Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO. Da nach § 140 Abs. 3 InsO der Bedingungseintritt bei der Fristberechnung außer Betracht bleibt, kann man dafür eintreten, dass Verträge, die älter als zehn Jahre sind, nicht der Anfechtung unterliegen.<sup>47</sup> Jedoch ist das eine Fehlinterpretation des § 140 Abs. 3 InsO. Bei Anfechtung der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts soll es auf den Abschluss des Geschäfts, nicht aber auf den Bedingungseintritt ankommen. In der hiesigen Sachlage liegen die Dinge anders, weil die Anfechtung sich allein gegen den Inhalt der Bedingung richtet, die ausgerechnet vom Insolvenzeintritt abhängig gemacht wird. Daher ist insoweit die allgemeine Regelung des § 140 Abs. 1 InsO einschlägig, die den Zeitpunkt des Eintritts dieser Wirkungen mit dem Insolvenzereignis für maßgeblich erklärt.<sup>48</sup>

Gewichtiger ist indessen der zweite Einwand, ob Schuldner und Vertragspartner die Bedeutung der Lösungsklausel so bewusst ist, dass ihnen die subjektiven Voraussetzungen tatsächlich nachgewiesen werden können.<sup>49</sup> Insbesondere im Falle von formularmäßigen Lösungsklauseln sind diese Zweifel berechtigt. Wer etwa die VOB/B in einen Vertrag einbezieht, dem lässt sich kaum vorwerfen, dass er dadurch als Auftragnehmer wegen der Kündigungsmöglichkeit seines Auftraggebers nach § 8 Abs. 2 VOB/B seine Gläubiger benachteiligt. Daher ist insoweit auf die Klauselkontrolle zu blicken.

41 BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = ZIP 2017, 2267 Rz. 19 ff.; BGH v. 13.3.2008 – IX ZB 39/05, ZIP 2008, 1028 Rz. 12 ff.

42 Vgl. neben der hier unter IV. vorgestellten Entscheidung des BGH aus der Literatur insbesondere Hoffmann, KTS 2018, 343, 364 f.; Thole, JbZivRWiss 2008, S. 267, 301 ff.; Thole, ZHR 181 (2017), 548, 556 ff.; von Wilmsky, ZIP 2007, 553, 557; ferner im Ausgangspunkt Brinkmann/Steinhauser in FS Kübler, 2015, S. 87, 91 ff., die freilich keinen Raum für Lösungsrechte sehen.

43 Hoffmann, KTS 2018, 343, 364 f.

44 Brinkmann/Steinhauser in FS Kübler, 2015, S. 87, 93; nur etwas zurückhaltender Biehl/Pfündl, ZRI 2023, 797, 802 f.

45 Ganz anders wertet freilich Hoffmann, KTS 2018, 343, 362 ff.; Hoffmann, JZ 2023, 464. Ihm (KTS 2018, 464) ist auch zuzustimmen, dass in „§§ 103 ff. InsO kein Eingriff in die Privatautonomie des Vertragspartners aus Gründen der Gläubigergleichbehandlung angelegt ist“, aber § 133 Abs. 1 InsO schränkt die Privatautonomie zu Lasten der Gläubiger des Vertragspartners ein.

46 Ebenfalls insoweit krit. Brinkmann/Steinhauser in FS Kübler, 2015, S. 87, 94. – Für diese Parallele grundlegend Thole, JbZivRWiss 2008, S. 267, 292 ff.; Thole, ZHR 181 (2017), 548, 558 f.; ihm bislang folgend Jaeger/Jacoby, 2. Aufl. 2022, § 119 InsO Rz. 28.

47 So noch Jacoby, ZIP 2014, 649, 655; dieser Standpunkt wird hier aufgegeben.

48 So im Ergebnis bereits Hoffmann, KTS 2018, 343, 367.

49 Vgl. BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = ZIP 2017, 2267 Rz. 52 f., sehr weit insoweit Hoffmann, KTS 2018, 343, 366; Jacoby, ZIP 2014, 649, 655.



## VI. AGB-Kontrolle als maßgebliche zivilrechtliche Grenze

Entsprechend ist von den denkbaren zivilrechtlichen Grenzen das Augenmerk auf die AGB-Kontrolle zu legen. Nur ergänzend kommt die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB in Betracht, wie sie der IX. Zivilsenat unter Verweis auf *Wagner/Klein* anspricht.<sup>50</sup>

### 1. AGB-Kontrolle von Lösungsklauseln

Gegen die AGB-Kontrolle von insolvenzbedingten Lösungsklauseln ist eingewendet worden, dass diese allein dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders dient. Daher scheint die AGB-Kontrolle ungeeignet, um die Interessen der Gläubigersamtheit einzubeziehen.<sup>51</sup> Indes besteht schon das Verbot, Drittinteressen einzubeziehen, nicht unverrückbar.<sup>52</sup> Vor allem aber repräsentiert der Vertragspartner als Inhaber des den Gläubigern haftenden Vermögens die Interessen der Gläubigersamtheit. In Person des Insolvenzverwalters wird die Gläubigersamtheit quasi Rechtsnachfolger des Vertragspartners. Daher hat durch dessen Person der Schutz der Gläubiger zu erfolgen. Folglich ist die Klauselkontrolle eröffnet, wenn der Insolvenzschuldner nicht Verwender, sondern Vertragspartner des Klauselverwenders ist.

#### 1.1 Leitbild des Lösungsgrundes

§ 308 Nr. 3 BGB ist zwar nur nach Maßgabe von § 310 BGB anwendbar und erklärt sich selbst in Halbs. 2 für unanwendbar auf Dauerschuldverhältnisse. Diese Bestimmung benennt aber einschlägig das AGB-rechtliche Wertungsproblem, ob eine insolvenzabhängige Lösungsklausel eine sachliche Rechtfertigung für die Lösung enthält. Die Antwort in jedem Einzelfall sollte sich nicht von der Abwägung unterscheiden, die im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO anzustellen ist. Denn wie dort muss sich der sachliche Grund daran messen lassen, dass allein an die Verfassung des Vertragspartners unabhängig von der Leistungsabwicklung angeknüpft wird. Parallel zu der oben unter V. 3.1. vorgenommenen Weichenstellung fehlt es daher bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln an einem sachlichen Grund.<sup>53</sup> Wer dort anders wertet, wie es der VII. Zivilsenat getan hat und der IX. Senat jetzt tut, kommt allerdings auch hier zu Ergebnissen, die für die Lösungsklausel freundlicher ausfallen. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 308 Nr. 3 BGB sind entsprechende Ergebnisse unmittelbar über die Generalklausel des § 307 Abs. 2 BGB zu gewinnen. Den insolvenzbedingten Lösungsklauseln ist vorzuhalten, dass sie sich von dem an Pflichtverletzungen anknüpfenden gesetzlichen Leitbild entfernen und die Insolvenz pauschal genügen lassen, ohne zu berücksichtigen, dass die Fortführung des Geschäftsbetriebs auch in der Insolvenz die ordnungsgemäße Abwicklung von Verträgen ermöglicht.

#### 1.2 Leitbild der angemessenen Frist

Wie unter II 2 bereits angerissen, enthalten viele Lösungsklauseln, namentlich § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B oder § 8 Abs. 1 VOL, keine Erklärungsfrist, innerhalb welcher der Vertragspartner nach Kenntnis vom Lösungsgrund von seiner Lösungsmöglichkeit Gebrauch machen muss. Das steht in einem eklatanten Ge-

gensatz zu den typischen außerordentlichen Kündigungsgründen. § 314 Abs. 3 BGB verlangt eine Erklärung in angemessener Frist, § 626 Abs. 2 BGB enthält die starre Zweiwochenfrist. Diese Regelungen bringen zum Ausdruck, dass eine Unzumutbarkeit nur angenommen werden kann, wenn der Vertragspartner schnell die Konsequenzen zieht. Allein das Fehlen einer solchen Erklärungsfrist sollte man daher als Leitbildverstoß genügen lassen, der zur Unwirksamkeit der gesamten Lösungsklausel nach § 307 Abs. 1 BGB führt.

### 2. Ausübungssperre des Vertragspartners nach § 242 BGB

Die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB unterscheidet sich von den bislang untersuchten Instituten dadurch, dass sie nicht ex ante auf die Vereinbarung der Lösungsklausel, sondern ex post auf den Zeitpunkt der Ausübung des Lösungsrechts abstellt.<sup>54</sup> Während *Wagner/Klein* die Kontrolle der Lösungsklauseln in einer rechtsökonomischen Betrachtung auf diese Ex-Post-Kontrolle beschränken wollen, kommt ihr nach dem hier verfochtenen Ansatz nur eine Ergänzungsfunktion zu. Sie greift insbesondere dann, wenn die insolvenzbedingte Lösungsklausel bei Vertragsschluss so in den Vertrag „hineingerutscht“ ist, dass die Voraussetzungen nach § 133 Abs. 1 InsO nicht nachgewiesen werden können, und eine AGB-Kontrolle ausscheidet, weil die Lösungsklausel nicht vom lösungsberechtigten Teil gestellt worden ist. Es handelt sich also insbesondere um eine Sachlage, in der die Lösungsklausel von der mittlerweile insolventen Vertragspartei gestellt wurde. In einer solchen Sachlage ist es tatsächlich treuwidrig, dass der Vertragspartner sich auf das von ihm gar nicht eingeforderte Geschenk der Lösungsklausel zu Lasten der Gläubigersamtheit beruft, falls er sich nicht auf ein besonderes Lösungsbedürfnis berufen kann.

## VII. Ergebnisse in Thesen

1. Der IX. Zivilsenat des BGH hat mit seiner jüngsten Entscheidung zu Lösungsklauseln zurecht das Augenmerk auf das zugrunde liegende Wertungsproblem gelegt. Seine Wertungen, namentlich die Unterscheidung zwischen Sach- und Geldleistungsgläubiger, überzeugen indessen nicht. Die Insolvenz eines Vertragspartners ist typischerweise nicht als außerordentlicher Kündigungsgrund anzuerkennen.
2. Lösungsklauseln wecken Bedenken, weil sie in zu pauschaler Weise an die wirtschaftliche Verfassung des Vertragspartners statt an die Leistungsabwicklung anknüpfen, ohne ein konkretes Schutzbedürfnis des Vertragspartners auszudrücken.
3. Einschlägiges Institut, um diesen Wertungen Rechnung zu tragen, ist entgegen der BGH-Entscheidung nicht die zwingende Natur von §§ 103 ff. InsO aufgrund von § 119 InsO, sondern die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO sowie die

50 BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, BGHZ 235, 36 = ZIP 2023, 45 Rz. 55 unter Bezug auf *Wagner/Klein* in FS Prütting, 2018, S. 805, 813 ff.

51 *Thole*, ZHR 181 (2017), 548, 552.

52 Grundlegend *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 170 ff.

53 *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, Rz. 574 ff.

54 *Wagner/Klein* in FS Prütting, 2018, S. 805, 813 ff.

AGB-Kontrolle nach §§ 307, 308 Nr. 3 BGB. Ergänzend kann die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB greifen.

4. Die AGB-Kontrolle kann nicht nur dann zur Unwirksamkeit führen, wenn es der Lösungsklausel an einem sachlichen

Grund mangelt, sondern auch dann, wenn eine Erklärungsfrist fehlt, wie sie für die außerordentliche Kündigung § 626 Abs. 2, § 313 Abs. 3 BGB anordnen.

Frank Frind\*

# Wie Insolvenzforderungen zu Masseverbindlichkeiten werden – und wann und wie nicht

ZIP0060687

*Hehre Prinzipien der Insolvenzordnung werden zunehmend „geschleift“. In der Corona-Pandemie galt dies für die Insolvenzantragspflicht zumindest temporär. Nahezu unbemerkt droht eine weitere heilige Kuh des Insolvenzrechtes sukzessive „unter die Räder zu geraten“ – die insolvenzrechtliche Gläubigereinteilungsgrenze zwischen Insolvenz- und Massegläubigern. In jüngerer Zeit treten Praxisfälle auf, in denen Insolvenzforderungen zu Masseverbindlichkeiten „aufgewertet“ werden und zuweilen auch umgekehrt eine Abwertung stattfindet. Nachfolgend untersucht der Verfasser, ob und wann dies mit welchen Folgen zulässig ist.*

## I. Gerichtsseitige Prüfung der insolvenzverwalterlichen Gläubigerbefriedigung

Spätestens bei der Schlussrechnungsprüfung (§ 66 Abs. 2 InsO) prüft das Insolvenzgericht (i.d. Regel durch d. Rechtspfleger\*in) die regelgerechte Befriedigung der Gläubiger bei der Masseverteilung. Die Rechnungslegung des Verwalters hat den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen und die Prüfung durch Gericht und Gläubiger zu ermöglichen.<sup>1</sup> Insbesondere die richtige Befriedigung von tatsächlichen Massegläubigern ist zu prüfen.<sup>2</sup> Die möglichen Fehler sind sehr vielfältig.<sup>3</sup> Insofern besteht auch eine materielle Prüfungspflicht des Gerichts.<sup>4</sup> Diese Prüfung nimmt das Gericht von Amts wegen und vor dem Schlusstermin (§ 197 InsO) vor,<sup>5</sup> damit dort ggf. den Gläubigern ein entsprechender Bericht zum Prüfungsvermerk erstattet und ggf. noch rechtzeitig Maßnahmen nach § 92 Satz 2 InsO ergriffen werden können.<sup>6</sup> Denn einen Bereicherungsanspruch wegen Falschbefriedigung könnte nur der Insolvenzverwalter selbst geltend machen, eine solche Geltendmachung wäre dem einzelnen Gläubiger verwehrt.<sup>7</sup> Die gegenteilige Rechtsansicht, die fälschliche Befriedigung von vorgeblichen Massegläubigern solle i.R.d. § 197 InsO vom Insolvenzgericht materiell nicht prüfbar sein,<sup>8</sup> da dieses nur das Schlussverzeichnis zu prüfen habe, welches solche Zahlungen nicht aufführe, ist problematisch. Sie geht davon aus, zuständig sei immer nur das Prozessgericht, sofern gegen den Verwalter Schadensersatzansprüche gem. § 60 InsO im Raume stünden. Das stellt die Gläubigerschaft weitgehend rechtlos, ignoriert § 92 Satz 2 InsO und „degradiert“ das Insolvenzgericht zu einer reinen Nachrechnungsstelle. Insbesondere zum *Insolvenz-*

*eröffnungsverfahren* ist die Prüfung der – insofern gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 66 InsO gesondert zu erstattenden – Rechnungslegung zum Schutze der Gläubiger unabdingbar wichtig (s. II.1.), da in diesem Verfahrensstadium ein Akteneinsichtsrecht mangels Anmelde- und Geltendmachungsmöglichkeit einer Gläubigerstellung nur gem. § 4 InsO, § 299 Abs. 2 ZPO, also unter „erschwerten“ Bedingungen, besteht und eine gläubigerseitige Verfahrenskontrolle – von den wenigen Fällen in denen ein vorläufiger Gläubigerausschuss besteht – i.d.R. erst nach Eröffnung einsetzen kann.

Das Gericht prüft im eröffneten Verfahren zwar das Verteilungsverzeichnis (§ 188 InsO) nicht durchgehend auf Verteilungsrichtig- und -vollständigkeit,<sup>9</sup> da dafür die Einwendungsmöglichkeiten gem. §§ 194 ff. InsO bestehen. Es muss aber eine cursorische Richtigkeitskontrolle vornehmen<sup>10</sup> und ggf. den Verwalter auf Unrichtigkeiten hinweisen und auf Richtigstellung dringen.<sup>11</sup> Weiterhin sind vom Gericht die Insolvenzverwaltersonderkonten – spätestens dann – hinsichtlich ihrer

\* Richter am AG (Insolvenz- und Restrukturierungsgericht Hamburg). Der Autor ist Mitglied des Vorstandes des BAKinso e.V. (Bundesarbeitskreis Insolvenz- und Restrukturierungsgerichte).

1 Lücke in Kübler/Prütting/Bork, § 58 InsO Rz. 6; Weitzmann in HambKomm/InsO, 9. Aufl., § 66 InsO Rz. 11.

2 Heyrath/Reck, ZInsO 2009, 1678; Reck in Heyrath/Ebeling, Schlussrechnungsprüfung, 2008, Rz. 164 ff.

3 S. die Aufzählung bei Metoja, ZInsO 2016, 992, 994, 995.

4 Lissner, ZInsO 2015, 1184, 1185; Weitzmann in HambKomm/InsO, 9. Aufl., § 66 InsO Rz. 12.

5 Heyrath, ZInsO 2006, 1196; Metoja, ZInsO 2016, 992, 995; Holzer in Kübler/Prütting/Bork, § 197 InsO Rz. 8 (Stand: Juni 2023); Uhlenbruck/Vallender 15. Aufl., § 197 InsO Rz. 5.

6 Riedel in MünchKomm/InsO, 4. Aufl., § 66 InsO Rz. 26, 36.

7 Jungmann in K. Schmidt, 20. Aufl. 2023, § 188 InsO Rz. 14.

8 AG Duisburg v. 4.10.2005 – 60 IN 136/02, ZIP 2005, 2335; Kießner in FrankfKomm/InsO, 9. Aufl., § 197 InsO Rz. 12.

9 Delhaes in Nerlich/Römermann, 47. Aufl. 2023, § 58 InsO Rz. 7; Graeber in MünchKomm/InsO, 4. Aufl., § 58 InsO Rz. 21; Uhlenbruck/Vallender, 15. Aufl., § 188 InsO Rz. 18.

10 Holzer in Kübler/Prütting/Bork, § 188 InsO Rz. 19 (Stand: Juni 2023), will nur „zufällig“ bemerkte Verteilungsfehler hinweispflichtig machen, das genügt aber nicht.

11 Westphal in Nerlich/Römermann, 47. Aufl. 2023, § 188 InsO Rz. 41; Preß/Henningsmeier in HambKomm/InsO, 9. Aufl., § 188 InsO Rz. 10.