Dr. Claus Schmitz

KRAUS, SIENZ & PARTNER

Rechtsanwälte

Dr. h. c. Steffen Kraus (bis
2014)

Christian Sienz

Christof Wagner

Dr. Claus Schmitz M.A.

Bernhard Stolz

Dr. A. Olrik Vogel

Bastian von Hayn-Habermann

Loni Goldbrunner

Grete Langjahr

Julian Stahl

Heimeranstraße 35

80339 München

Telefon: 089/179 09 80

Telefax: 089/179 09 820

E-Mail: schmitz@raekraus.de

**Lösungsklauseln in der Insolvenz, insbe-
sondere § 8 Abs. 2 VOB/B (11. Mann-
heimer Insolvenzrechtstag, 19.6.2015)**

A. BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11

I. Amtlicher Leitsatz: "Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind unwirksam."

II. Kernaussagen

1. Definition für insolvenzabhängige Lösungsklausel: "[...] wenn eine[r] der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen [...], oder wenn der Vertrag [...] unter der auflösenden Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbezogenen Umstände steht"; Abgrenzung zu insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln, die an nicht insolvenzspezifische Umstände wie Verzug oder an sonstige Vertragsverletzungen anknüpfen (Rn. 9).
2. Unwirksamkeit einer insolvenzabhängigen Lösungsklausel bei Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie nach § 119 InsO, "wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließt", es sei denn, dass "die Vereinbarung einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entspricht" (Rn. 13).
3. § 119 InsO muss "Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt zuerkannt werden, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist".
4. Literaturhinweise (Auswahl): Foerste, ZInsO 2015, 601, 609; Huber, NZI 2014, 49; Jacoby, ZIP 2014, 649, 656.

B. Folgeüberlegungen

I. Unwirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B

1. Wortlaut der Klausel:

"(Nr. 1) Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.

(Nr. 2) Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen."

2. Subsumtion unter das BGH-Urteil gemäß Ziffer I.

- a) Nr. 1 Alt. 1-3 enthalten eine insolvenzabhängige Lösungsklausel.
- b) Anwendungsbereich von §§ 119, 103 InsO regelmäßig eröffnet, weil Bauleistung noch nicht vollständig erbracht (sonst keine Kündigung möglich) und Werklohn noch nicht vollständig bezahlt.
- c) Keine "Legitimation" durch entsprechende gesetzliche Regelung, da § 8 Abs. 2 VOB/B als Ganzes (Kündigungsmöglichkeit und Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs) das Gegenteil von § 649 BGB darstellt: in beiden Fällen zwar Anspruch auf Werklohn für erbrachtes Teilwerk, nach § 8 Abs. 2 VOB/B aber wegen des "weggekündigten" Rests Schadensersatzanspruch des Auftraggebers, während § 649 BGB den Auftragnehmer schadlos hält und daher materiell den Charakter eines Schadensersatzanspruchs zugunsten des Auftragnehmers hat, der so gestellt wird, als ob Vertrag – abgesehen vom Bauwerk als Referenzobjekt – vollständig abgewickelt worden wäre (vgl. besonders deutlich OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 25.1.2012 – 4 U 152/11; vgl. auch BGH, Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 133/10 Rn. 11; vgl. auch die parallelen Anspruchsgrundlagen des § 280 Abs. 1 BGB [vgl. dazu BGH, Urt. v. 20.8.2009 - VII ZR 212/07 Rn. 30], § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB [vgl. dazu BGH, Urt. v. 14.1.2010 - VII ZR 106/08 Rn. 12], § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB).
- d) Vorwirkung jedenfalls ab (Eigen-)Insolvenzantrag des Auftragnehmers (2. Alt. von § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B), dem in der Praxis früher regelmäßig die Kündigung tragenden, da für den Auftraggeber einfach beweisbaren Grund.
- e) Alternative Lösungsansätze
 - (1) AGB-rechtliche Unwirksamkeit der Klausel, wenn Auftraggeber Verwender der VOB/B und wenn AGB-Inhaltskontrolle eröffnet ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.1.2004 – VII ZR 419/02): für Unwirksamkeit obiter OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 16.3.2015 – 1 U 38/14; Peters, BauR 2014, 1218, 1221 f.
 - (2) Insolvenzanfechtung – idR auf Grundlage von § 133 Abs. 1 InsO -, bezogen auf die vertragliche Einräumung des Lösungsrechts; Rechtsfolge wohl Einrede des Insolvenzverwalters, dass Auftraggeber den Anspruch auf Scha-

densersatz gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B in anfechtbarer Weise erlangt habe (vgl. Schmitz, Die Bauinsolvenz, 6. Aufl., Rn. 992 ff. m.w.N.).

- f) Ausblick: Klärung/Wegweisung für die Praxis im Revisionsverfahren BGH – VII ZR 56/15, zu OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 16.3.2015 – 1 U 38/14, zu erwarten (vgl. auch im OLG-Urteil unter Ziffer 2.2.2 umfassende Nachweise zur aktuellen Rechtsprechung und Literatur).

II. Abgrenzung zu anderen Fallgruppen

1. Klausel zu einem Sonderkündigungsrecht des Versicherers in der Insolvenz des Versicherungsnehmers: von BGH, Urt. v. 26.11.2003 - IV ZR 6/03, unter Ägide von § 14 VVG a.F. anerkannt; für heutiges VVG sah Gesetzgeber kein hinreichendes Bedürfnis für ein derartiges Sonderkündigungsrecht (vgl. Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 29. Aufl., Anhang zu § 16 VVG Rn. 1), so dass derartige Klausel gemäß §§ 119, 103 InsO unwirksam ist.
2. ARGE-Mustervertrag 2005, hrsg. vom Hauptverband der Dt. Bauindustrie e.V. und vom Zentralverband des Dt. Baugewerbes e.V., sieht Ausschlussmöglichkeit vor, wenn ein Gesellschafter Insolvenzantrag stellt (§ 23.41), und zwangsläufiges Ausscheiden, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters ein Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 23. 52): §§ 119, 103 InsO nicht einschlägig, so dass es auf "Legitimation" durch §§ 728, 736, 738 BGB nicht ankommt.
3. Kaufverträge: vielfach §§ 119, 103 InsO gar nicht einschlägig, weil mindestens eine Partei vollständig erfüllt hat oder ein einseitig verpflichtender, nicht unter § 103 InsO fallender Vertrag (z.B. Schenkung) vorliegt; ansonsten gemäß Urt. des BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, unwirksam.
4. Darlehensverträge: Lösungsklauseln, die auf die "wesentliche Verschlechterung oder eine erhebliche Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden" (Nr. 26 Abs. 2a AGB-Sparkassen; vgl. auch Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken) abstellen, erscheinen im Hinblick auf BGH, Urt. v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11 Rn. 21, wirksam; soweit Nr. 26 Abs. 2a AGB-Sparkassen als Beispiel nennt: "insbesondere wenn der Kunde die Zahlungen einstellt", bestehen trotz der etwas offenen Formulierung von BGH a.a.O, Rn. 19, der "jedenfalls" (erst?) ab einem zulässigen Insolvenzantrag eine Vorwirkung von § 119 InsO annimmt, Bedenken (vgl. Huber, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 119 Rn. 37a), sofern man nicht eine "Legitimation" durch § 490 Abs. 1 BGB annimmt (vgl. Foerste, ZInsO 2015, 601, 610)