

Insolvenzabhängige Lösungsklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

18. Mannheimer Insolvenzrechtstag
Vortrag am 16. Juni 2023

Lösungsklauseln

1. Ausgangslage
2. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung
3. BGH, Urteil vom 27.10.2022 – IX ZR 213/21
4. Offene Fragen

Ausgangslage

3

- § 137 Abs. 2 des Regierungsentwurfs zur InsO:
 - Abs. 2 Satz 1: Vereinbarungen, die für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Auflösung eines gegenseitigen Vertrags vorsehen oder der anderen Partei das Recht geben, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, sind unwirksam.
 - Abs. 2 Satz 2: Ist in einem gegenseitigen Vertrag vereinbart, dass bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse einer Vertragspartei die andere das Recht hat, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, so kann dieses Recht nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeübt werden.
- § 119 InsO (= § 137 Abs. 1): Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.
- § 44 StaRUG:
 - Abs. 1 Satz 1: Die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache oder die Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens durch den Schuldner ist ohne Weiteres kein Grund
 - 1. für die Beendigung von Vertragsverhältnissen, an denen der Schuldner beteiligt ist,
 - 2. für die Fälligestellung von Leistungen oder
 - 3. für ein Recht des anderen Teils, die diesem obliegende Leistung zu verweigern oder die Anpassung oder anderweitige Gestaltung des Vertrags zu verlangen.
 - Abs. 1 Satz 2: Sie berühren ohne Weiteres auch nicht die Wirksamkeit des Vertrags.
 - Abs. 2: Dem Absatz 1 entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.

Bisherige Entscheidungen

4

- BGH, v. 14.12.2006 - IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206 Rn. 11:
 - ▣ Die Vereinbarung lehnt sich eng an die gesetzliche Regelung der §§ 736, 738 BGB an; gegen ihre Wirksamkeit bestehen nach § 119 InsO keine Bedenken.
- BGH, v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348:
 - ▣ Rn. 9: Insolvenzabhängige Lösungsklausel ist bei Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie nach § 119 InsO unwirksam.
 - ▣ Rn. 9: Dies gilt nur dann nicht, wenn die Vereinbarung einer gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit entspricht.
 - ▣ Rn. 13: § 119 InsO hat Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist.
- BGH, v. 22.10.2013 – II ZR 394/12, ZIP 2014, 23:
 - ▣ Rn. 12: Im Mietvertrag vereinbarte insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam.
 - ▣ Rn. 13: insolvenzabhängige Lösungsklausel im Mietvertrag verstößt jedenfalls gegen §§ 108 ff InsO, insb. § 112 InsO.

BGH, v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15

5

- Klägerin beauftragt die Schuldnerin mit der Errichtung eines Geschäftshauses unter Einbeziehung der VOB/B.
- § 8 VOB/B lautet:
 - Abs. 1
 - Nr. 1. Der Auftraggeber kann bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen.
 - Nr. 2. Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).
 - Abs. 2
 - 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.

Aussagen BGH, VII ZR 56/15:

6

- BGH, v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1:
- Rn. 15: § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B enthält eine insolvenzabhängige Lösungsklausel.
- Rn. 24: Sowohl das in § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B vereinbarte Kündigungsrecht für den Fall des Eigeninsolvenzantrags des Auftragnehmers als auch die in § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B vereinbarten Rechtsfolgen dieses Kündigungsrechts sind trotz der Zielsetzung der Insolvenzordnung unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage der an einem Bauvertrag Beteiligten mit §§ 103, 119 InsO zu vereinbaren.
- Rn. 25: Eine Beeinträchtigung des Wahlrechts ist mit einer vertraglichen Lösungsklausel jedoch dann nicht verbunden, wenn diese sich eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anlehnt. Das ist bei § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B der Fall. Diese Regelungen entsprechen in aus Rechtssicherheit gebotener typisierender Weise gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten.
- Rn. 26: Die Kündigungsregelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B geht nicht weiter als die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit nach § 649 Satz 1 BGB [jetzt: § 648 BGB].
- Rn. 28: Aus den mit Kündigung verbundenen Rechtsfolgen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B ergibt sich nichts anderes.
- Rn. 32: Die damit einhergehende Beschränkung der Rechte des Vertragspartners des Schuldners ist zur Erreichung des mit dem Insolvenzverfahren verbundenen Ziels aber nicht gerechtfertigt, wenn seine grundrechtlich geschützten Interessen die Interessen der Insolvenzgläubiger an einer möglichen Vertragsfortführung erheblich überwiegen und ihm ein Festhalten am Vertrag ohne Anspruch auf Schadensersatz unzumutbar ist. Davon ist zugunsten des Auftraggebers eines Bauvertrags regelmäßig auszugehen.
- Rn. 43: Die Entscheidung BGH, v. 15.11.2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348, beschränkt sich auf Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie.

BGH, v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21, WM 2023, 39, zVb in BGHZ

7

➤ Sachverhalt:

- Schuldner betreibt Busunternehmen. Beklagte schließt mit ihm Verträge zur Schülerbeförderung, die bis zum Ende des Schuljahres 2019/2020 laufen. Auf Eigenantrag des Schuldners bestellt Insolvenzgericht am 24.1.2019 den Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Beklagte kündigt Beförderungsverträge mit Schreiben vom 1.2.2019 fristlos aus wichtigem Grund.
- Verträge enthalten die Klausel: Der Auftraggeber ist berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Als wichtiger Grund gelten insbesondere: Der Auftragnehmer ist zahlungsunfähig geworden, über das Vermögen des Auftragnehmers ist ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden, die Eröffnung eines solchen Verfahrens ist mangels Masse abgelehnt worden, der Auftragnehmer befindet sich im Verfahren der Liquidation oder der Auftragnehmer hat seine Tätigkeit eingestellt.
- Kläger verlangt als Insolvenzverwalter Bezahlung der für die Zeit bis Ende des Schuljahres 2019/2020 vereinbarten Vergütung und rechnet hierauf ersparte Aufwendungen an.

➤ BerGer. gibt der Klage des Insolvenzverwalters statt.

Reichweite des § 119 InsO?

8

- Grundsätzlich muss Insolvenzverwalter Vertrag in der Lage und mit dem rechtlichen Inhalt hinnehmen, wie er ihn bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorfindet.
- Vertragliche Regelungen unterliegen Einschränkungen, soweit die Insolvenzordnung besondere gesetzliche Regelungen vorsieht.
- § 119 InsO enthält keine ausdrückliche Regelung zu insolvenzabhängigen Lösungsklauseln (anders etwa § 44 StaRUG)
- Insolvenzzurechtlich zulässig sind Regelungen, die sich eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anlehnen
 - Auflösung wegen Insolvenz, zB §§ 736, 739 BGB
 - Kündigung aus wichtigem Grund wie zB § 314 BGB, § 648a BGB

Einschränkung der Privatautonomie?

9

- Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Privatautonomie (Vertragsfreiheit) und dem Schutz der insolvenzrechtlichen Regelungen in §§ 103 ff InsO erforderlich.
- Einschränkung der Privatautonomie bedarf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.
 - Die Wirkung von insolvenzabhängigen Lösungsklausel ist ambivalent.
 - Regelung und Wertung des § 119 InsO begrenzt die Gestaltungsfreiheit der Parteien:
=> Spannungsfeld zwischen Lösungsrecht und haftungsrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit.
 - Insolvenzhabhängige Lösungsklauseln bedürfen daher eines rechtfertigenden Grundes: Wann liegt bei einer insolvenzhabhängigen Lösungsklausel ein insolvenzrechtlich beachtlicher Gebrauch der Privatautonomie vor?

BGH – IX ZR 213/21 - Leitgedanken

10

- § 119 InsO beschränkt Gestaltungsfreiheit: Unwirksam sind Lösungsklauseln, deren Zweck sich bei objektiver Betrachtung der wechselseitigen Interessen darauf beschränkt, den Vertragspartner von den mit dem Vertrag eingegangenen Bindungen zu befreien und so die Ausübung des Wahlrechts nach § 103 InsO zu vereiteln.
- Leitfrage: Bestehen bei objektiver Betrachtung aus der Sicht ex ante bei Vertragsschluss keine berechtigten Gründe, eine sofortige Auflösungsmöglichkeit allein für den Insolvenzfall vorzusehen?
- Vertragsfreiheit zur rechtssicheren Ausgestaltung eines kraft Gesetzes bestehenden Lösungsgrundes.

BGH – IX ZR 213/21 - Fallgruppen

11

- Unwirksam ist jede Lösungsklausel, die gesetzliche Regelungen wie etwa § 112 InsO abbedingen.
- Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers ist grundsätzlich unwirksam.
- Wirksam ist eine Lösungsklausel, wenn bei Betrachtung ex ante der Vertrag im Hinblick auf Sanierung abgeschlossen wird und Klausel das Risiko des Scheiterns der Sanierung abmildert.
- Lösungsklauseln zur Ausgestaltung einer gesetzlich bestehenden Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund:
 - ▣ Wirksam, soweit die weitere Durchführung des Vertrags nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zusätzliche insolvenzbedingte Risiken herbeiführt
 - ▣ Unwirksam, wenn die Insolvenz für die weitere Durchführung des Vertrags keine zusätzlichen Risiken enthält.
 - ▣ Das Scheitern des Vertrags allein ist kein zusätzliches, insolvenzbedingtes Risiko!
 - ▣ Gedanke: Wird das vertragliche Gleichgewicht durch die Vertragsfortführung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in erheblicher Weise verschoben?
- Freie Lösungsklauseln bei Verträgen, für die das Gesetz keine Lösungsmöglichkeit aus wichtigem Grund vorsieht, sind grundsätzlich unwirksam.

BGH, IX ZR 213/21 - Leitsätze

12

- 1 a. Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ist unwirksam, wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechnete Gründe bestehen (Ergänzung BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348).
- 1 b. Solche berechtigten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam.
- 2. Vereinbaren die Parteien eines Schülerbeförderungsvertrags, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, ist die Klausel, dass der vom Erbringer der Leistungen gestellte Insolvenzantrag als wichtiger Grund gilt, wirksam, wenn der Besteller bei einer typisierten, objektiven Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein berechtigtes Interesse daran hatte, mit der Vereinbarung eines Insolvenzereignisses als wichtigem Grund Vorsorge für eine allgemein bei Schülerbeförderungsverträgen mit einem Insolvenzfall einhergehende besondere Risikoerhöhung zu treffen.

Offene Fragen

13

- Ausübungskontrolle nach § 307 BGB?
- Anfechtungsrecht:
 - ▣ Ausnahmsweise können auch einzelne Bestimmungen eines einheitlichen Vertrags angefochten werden.
 - ▣ Hierzu etwa BGH, v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 ff: Rücktrittsrecht zugunsten Grundstücksverkäufer
- Auswirkungen von § 44 StaRUG auf Lösungsklauseln, wenn für das Insolvenzverfahren Eigenverwaltung (§§ 270 ff InsO) angeordnet wird?