



**Christiane Jühr**

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

## Neue Rechtslage zu Kündigungsmöglichkeiten bei Vermögensverfall des Vertragspartners

§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B ist auf Grundlage der neuen BGH-Entscheidung als unwirksam anzusehen:

„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) bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“

§ 103 InsO ist nach Meinung des Bundesgerichtshofs stets zu beachten:

„ (1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner oder vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen oder die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.

(2) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen...“

**Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der schlüsselfertigen Herstellung eines Gebäudes (VOB/B-Vertrag). Nach Ausführung der Rohbauarbeiten stellt der Auftragnehmer Insolvenzantrag. Die Baustelle ruht. Welche Rechte stehen dem Auftraggeber zu?**

**Bisherige Rechtslage:**

Bisher war die Rechtslage für Baujuristen weitestgehend klar: Unmittelbar nach Beantragung eines Insolvenzverfahrens konnte der Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 2 Nr.1 VOB/B den Bauvertrag kündigen und die Arbeiten von Dritten fortführen lassen.

Insolvenzverwaltern war diese baurechtliche Praxis stets ein Dorn im Auge. Sie haben dagegen vorgetragen, dass entsprechende Lösungsklauseln ihr sog. Erfüllungswahlrecht vereiteln würden. Danach darf der Insolvenzverwalter bei gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, wählen, ob er den Vertrag erfüllen oder dessen Erfüllung ablehnen will (§ 103 InsO).

Der 7. Senat beim BGH hatte 1985 (damals noch zur alten Konkursord-

nung; § 17 KO) entschieden, dass das Kündigungsrecht aus § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B wirksam sei.

**Entscheidung des BGH vom 15.11.2012:**

In einer neuen Entscheidung macht der 9. Zivilsenat nun eine Kehrtwende zugunsten der Insolvenzverwalter und erklärt, Lösungsklauseln wegen Insolvenz verstießen gegen § 103 ff InsO und seien deshalb unwirksam. Die Entscheidung betrifft zwar keinen Bauvertrag, sondern einen Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie. Die Ausführungen des BGH in diesem Urteil sind aber so allgemein gehalten, dass sie auch auf Bauverträge entsprechend anzuwenden sein werden. Nicht nur für ggf. vertraglich vereinbarte Lösungsklauseln entfällt die Wirksamkeit. Als Konsequenz der

>>

CASTRINGIUS  
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Telefon (0421) 368 000  
Telefax (0421) 368 0033  
info@castringius.de  
www.castringius.de

## Neue Rechtslage zu Kündigungsmöglichkeiten bei Vermögensverfall des Vertragspartners

BGH-Entscheidung muss auch die diesbezügliche VOB/B-Regelung (§ 8 VOB/B) als unwirksam angesehen werden.

### Stellungnahme:

Die Entscheidung ist für die Baupraxis von grundlegender Bedeutung und erfordert ein Umdenken aller Vertragsbeteiligten sowie neue Strategien im Umgang mit Insolvenzen. Sie wirft große praktische Probleme auf und dürfte zunächst zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen:

Da eine auf § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B gestützte Kündigung nicht mehr möglich ist, bleibt der Vertrag mit dem insolventen Vertragspartner zunächst bestehen. Zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung ist in der Regel völlig ungeklärt, ob der insolvente Vertragspartner (handelnd durch den ggf. eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter) die geschuldeten Leistungen weiterführt. Diese Ungewissheit kann schlimmstenfalls mehrere Wochen und Monate andauern. Erst nach förmlicher Eröffnung des Insolvenzverfahrens

kann der Vertragspartner des insolventen Unternehmens vom Insolvenzverwalter eine Erklärung darüber verlangen, ob dieser den Vertrag zu erfüllen gedenkt (§ 103 InsO).

Für den vorausgehenden Zeitraum zwischen Insolvenzantragstellung und Insolvenzeröffnung besteht ein Schwebezustand, in dem der Vertragspartner des insolventen Unternehmens nicht weiß, wie es weitergeht.

Unbenommen bleibt es dem Auftraggeber des insolventen Unternehmens während dieser Zeit lediglich, eine Kündigung auf insolvenzunabhängige Kündigungsgründe zu stützen. Ob solche vorliegen, ist aber sorgfältig zu prüfen. Hierbei wird insbesondere § 5 VOB/B (Ausführungsfristen) an Bedeutung gewinnen. Bereits bei Vertragsschluss sollte zukünftig die Möglichkeit der verbindlichen Vereinbarung von Zwischenfristen erwogen werden, um insolvenzunabhängige Kündigungsmöglichkeiten zu schaffen. Bei Verträgen ohne Zwischenfristen kann sich u.U. § 5 Abs. 3 VOB/B als „Rettungsanker“ erweisen. Danach

muss die Baustelle so mit Personal und Material bestückt werden, dass Ausführungsfristen eingehalten werden können. Ist dies „offenbar“ nicht der Fall, muss der insolvente Vertragspartner bzw. ggf. der vorläufige Insolvenzverwalter Abhilfe schaffen und es kann – sofern dem nicht nachgekommen wird - nach Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung gekündigt werden.

Die Möglichkeit, mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter (sofern vorhanden) zweckdienliche Regelungen zur Fortführung des Bauvorhabens zu treffen, besteht nur sehr eingeschränkt, da der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung an Vereinbarungen, die er in seiner Funktion als nur vorläufiger Insolvenzverwalter getroffen hat, nicht in jedem Falle gebunden ist.

Vorrangig wird die Diskussion um die neue BGH Entscheidung zukünftige Kündigungen betreffen. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass sich der eine oder andere Insolvenzverwalter sogar bei in der Vergangenheit liegenden Kündigungen auf deren angebliche Unwirksamkeit be-

>>



CASTRINGIUS  
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Telefon (0421) 368 000  
Telefax (0421) 368 0033  
info@castringius.de  
www.castringius.de

## Neue Rechtslage zu Kündigungsmöglichkeiten bei Vermögensverfall des Vertragspartners

rufen wird. Dann sollte geprüft werden, ob hierin möglicherweise ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten liegt. Der Insolvenzverwalter darf sicherlich nicht einerseits eine Kündigung – zumindest stillschweigend - „akzeptieren“ oder auf dieser Grundlage abrechnen und sich dann andererseits auf deren Unwirksamkeit berufen.

Wegen der aufgezeigten sehr weit reichenden Konsequenzen der neuen BGH-Entscheidung ist für alle Beteiligten mithin äußerste Vorsicht geboten.

### Anmerkung zur Rechtslage bei ARGE-Verträgen:

Lediglich in Bezug auf ARGE-Verträge kann wohl Entwarnung gegeben werden. Die meisten ARGE-Verträge enthalten Lösungsklauseln im Falle der Insolvenz (vgl. § 23 des Muster-ARGE-Vertrages, herausgegeben vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.: Kündigungsrecht bei Insolvenzantragstellung und automatischer Ausschluss bei Insolvenzeröffnung).

Die Wirksamkeit einer Vereinbarung dieser oder entsprechender Regelungen in einem ARGE-Vertrag wird durch die neue BGH-Entscheidung nicht in Frage gestellt, denn die §§ 103 ff InsO mit dem darin gewährten Erfüllungswahlrecht betreffen nur „gegenseitige Verträge“. Gesellschaftsverträge – wie u.a. auch ARGE-Verträge – fallen deshalb nicht in den Anwendungsbereich des Erfüllungswahlrechts. Insoweit bleibt es also voraussichtlich bei der bisherigen Praxis.



---

CASTRINGIUS  
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7  
28195 Bremen  
Telefon (0421) 368 000  
Telefax (0421) 368 0033  
info@castringius.de  
www.castringius.de

---