



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 213/21

Verkündet am:
27. Oktober 2022
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 119

- 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).
- 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.

InsO § 119; BGB § 648a

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.

BGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 - IX ZR 213/21 - OLG Celle
LG Hannover

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2022 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Möhring, die Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, Röhl und Dr. Harms

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. November 2021 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 F. E. (fortan: Schuldner) betrieb ein Busunternehmen als Einzelkaufmann. Die Beklagte beauftragte den Schuldner damit, die Schülerbeförderung zu fünf Schulen durchzuführen. Hierzu schlossen die Beklagte und der Schuldner am 21. Juni 2018 fünf auf die jeweilige Schule bezogene Beförderungsverträge ab, deren Laufzeit zum Schluss des Schuljahres 2019/2020 endete.
- 2 Sämtliche Beförderungsverträge bestimmten in § 2, dass ergänzend und nachrangig zu den Regelungen des Vertrags als Vertragsbestandteile unter anderem die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen

(VOL/B 2003) gelten. § 16 der Beförderungsverträge enthielt in Nummer 1 folgende Regelung:

"Der Auftraggeber ist berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen. Als wichtige Gründe gelten insbesondere:

[...]

e) 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."

3 Auf einen Eigenantrag des Schuldners bestellte das Insolvenzgericht den Kläger am 24. Januar 2019 zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Der Kläger führte den Betrieb des Schuldners zunächst fort. Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 1. Februar 2019 die mit dem Schuldner geschlossenen Beförderungsverträge fristlos. Sie berief sich hierzu auf § 16 Nr. 1 lit. e) der Beförderungsverträge. Mit Beschluss vom 1. April 2019 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter.

4 Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam und verlangt mit seiner Klage Zahlung von 228.310 €. Er stützt sich auf die vereinbarte Vergütung für die Zeit vom 1. Februar 2019 bis 31. Juli 2020 in Höhe von insgesamt 442.170 € und lässt sich hierauf ersparte Aufwendungen in Höhe von 213.860 € anrechnen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das

Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZIP 2022, 541 ff veröffentlicht ist, hat angenommen, dass dem Kläger trotz der Kündigung der Beklagten ein vertraglicher Erfüllungsanspruch zustehe. Die in § 16 Nr. 1 lit. e) des Vertrags enthaltene Kündigungsregelung sei gemäß § 119 InsO wegen Verstoßes gegen § 103 InsO unwirksam. Die Verträge hätten daher bis zum Ende des Schuljahres 2019/2020 fortbestanden.

7 Die Regelung in § 16 Nr. 1 lit. e) des Vertrags entspreche nicht einer für den Fall der Insolvenz gesetzlich vorgesehenen Lösungsmöglichkeit. Die Kündigungsmöglichkeit nach § 648 BGB entspreche nicht der vertraglichen Regelung, weil der gesetzliche Entschädigungsanspruch nicht Teil der vertraglichen Regelung sei. Ebenso wenig sei § 648a BGB oder § 314 BGB ein gesetzliches Vorbild für die Regelung in § 16 Nr. 1 lit. e) des Vertrags. Das Bestehen eines gesetzlichen Kündigungsgrundes aus wichtigem Grund genüge nicht, um eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zu rechtfertigen. Jedenfalls außerhalb des Bauvertragsrechts treffe es nicht zu, dass ein nicht offensichtlich unzulässiger Insolvenzantrag stets einen wichtigen Grund im Sinne des § 648a BGB oder des § 314

Abs. 1 BGB darstelle. Die Argumentation im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. April 2016 (VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 ff) sei auf Personenbeförderungsverträge nicht übertragbar.

8 Aus den gleichen Gründen sei eine Berufung auf § 8 Nr. 1 VOL/B 2003 ausgeschlossen. Einen aus den Umständen des Einzelfalls abgeleiteten wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung habe die Beklagte nicht dargelegt. Eine Kündigung nach § 648 BGB sei der Beklagten verwehrt. Aus den umfassend geregelten Kündigungsgründen in § 16 des Vertrags und dem Gesamtzusammenhang ergebe sich, dass eine freie Kündigung nach § 648 BGB ausgeschlossen sei. Dem Kläger stehe daher der volle Zahlungsanspruch zu. Auf Einwendungen der Beklagten gegen die Berechnung der ersparten Aufwendungen durch den Kläger komme es deshalb nicht an.

II.

9 Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

10 1. Ohne Erfolg rügt die Revision eine Verletzung des § 547 Nr. 6 ZPO. § 547 Nr. 6 ZPO verlangt, dass aus der Entscheidung zu ersehen ist, welche tatsächlichen Feststellungen und welche rechtlichen Erwägungen für die getroffene Entscheidung maßgebend waren (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1962 - I ZB 27/62, BGHZ 39, 333, 337). Diesen Maßstäben genügt die Entscheidung des Berufungsgerichts.

11 Allerdings hat das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen zunächst lediglich den Inhalt seines Hinweisbeschlusses wörtlich wiedergegeben. Dieser enthält - worauf die Revision zutreffend hinweist - nur eine vorläufige Ein-

schätzung der Rechtslage und dabei etliche die Vorläufigkeit betonende Formulierungen, Erwägungen und Hilfsüberlegungen. Jedoch ergeben die daran anschließenden, zusätzlichen Ausführungen des Berufungsgerichts eine ausreichende sachliche Festlegung, die erkennen lässt, welche Überlegungen für die tatsächlich getroffene Entscheidung maßgebend waren. Mehr ist für § 547 Nr. 6 ZPO nicht erforderlich.

12 2. Hingegen kann die Kündigung der Beklagten auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht als unwirksam angesehen werden.

13 a) Vereinbarungen, die es einer Vertragspartei erlauben, sich vom Vertrag bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder im Fall eines Insolvenzantrags oder der Insolvenzeröffnung allein aus diesem Grund zu lösen (fortan: insolvenzabhängige Lösungsklausel), sind in ihrer Wirksamkeit umstritten. Im Kern stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Dies gilt auch nach den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 15. November 2012 (IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 ff) und vom 7. April 2016 (VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 ff).

14 aa) Eine Ansicht hält insolvenzabhängige Lösungsklauseln grundsätzlich für unwirksam (HK-InsO/Marotzke, 10. Aufl., § 119 Rn. 4; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 119 Rn. 17 ff, 126; Graf-Schlicker/Kubusch, InsO, 6. Aufl., § 119 Rn. 8; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, 4. Aufl., § 119 InsO Rn. 2a; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rn. 20.10a f; Prütting in Festschrift Gerhardt, 2004, 761, 774 ff; ders. in Festschrift Horn, 2006, 509, 518 ff; Tintelnot in Festschrift Kübler, 2015, S. 697 ff; Brinkmann/Steinhauser in Festschrift Kübler, 2015, 87, 93 f; wohl auch Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 119 Rn. 14; vgl. zudem die Nachweise bei BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 12 sowie zu § 8 Abs. 2 VOB/B bei BGH, Urteil vom 7. April 2016, aaO Rn. 19).

- 15 bb) Die Gegenansicht hält insolvenzabhängige Lösungsklauseln grundsätzlich für wirksam (Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 119 Rn. 24 ff; MünchKommInsO/Huber, 4. Aufl., § 119 Rn. 34 ff; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 119 Rn. 13; Zeuner in Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl., § 119 Rn. 10, 12 f; Wöllner, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall, S. 90, 226 f; Thole, JbJZivRWiss 2008, 267, 280 ff; ders., ZHR 181 (2017), 548, 556 ff, 563; Huber, NZI 2014, 49, 53; Foerste, ZInsO 2015, 601, 603 ff, 613; Piekenbrock, ZIP 2018, 1, 5; Wagner/Klein in Festschrift Prütting, 2018, S. 805, 808 ff; wohl auch Hoffmann, KTS 2018, 343, 362 ff, der nur insolvenzbedingte Reuerechte für unwirksam hält; vgl. zudem die Nachweise bei BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 11 sowie zu § 8 Abs. 2 VOB/B bei BGH, Urteil vom 7. April 2016, aaO Rn. 21).
- 16 b) Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bislang keine abschließende Entscheidung zur Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln getroffen.
- 17 aa) Der Insolvenzverwalter muss einen Vertrag im Allgemeinen in der Lage übernehmen, in der er ihn bei Eröffnung des Verfahrens vorfindet (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1985 - VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34, 37 mwN; vom 27. Mai 2003 - IX ZR 51/02, BGHZ 155, 87, 97; vom 8. Dezember 2016 - IX ZR 257/15, ZIP 2017, 91 Rn. 33). Vertraglich vereinbarte Kündigungsrechte bestehen grundsätzlich auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fort (vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2003, aaO S. 90 zu einem vertraglichen Rücktrittsrecht; vom 17. November 2005 - IX ZR 162/04, ZIP 2006, 87 Rn. 24; vom 14. September 2017 - IX ZR 261/15, BGHZ 216, 10 Rn. 16). Die vertraglichen Regelungen unterliegen jedoch Einschränkungen, soweit die Insolvenzordnung besondere gesetzliche Regelungen - wie etwa in §§ 103 ff InsO - vorsieht. Nach § 119 InsO sind Vereinbarungen unwirksam, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103

bis 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, also insbesondere wenn das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO beeinträchtigt wird.

- 18 bb) Eine Beeinträchtigung des Wahlrechts ist mit einer vertraglichen Lösungsklausel jedenfalls dann nicht verbunden, wenn diese sich eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anlehnt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206 Rn. 11; vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 Rn. 13; vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 25, 39 ff). Hierzu zählen Lösungsklauseln, die an nicht insolvenzspezifische Umstände anknüpfen, etwa an den Verzug oder an sonstige Vertragsverletzungen (BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 9). Gleiches gilt für Kündigungsregelungen, die als Kündigungsgrund allgemein das Vorliegen von Tatsachen bestimmen, auf Grund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 162/04, ZIP 2006, 87 Rn. 26). Dies gilt insbesondere für vertragliche Vereinbarungen, die - wie etwa § 314 BGB oder § 648a BGB - eine Kündigung aus wichtigem Grund eröffnen. Auch gegen die Wirksamkeit einer Vereinbarung, die sich eng an die gesetzliche Regelung der §§ 736, 738 BGB anlehnt, bestehen aufgrund von § 119 InsO keine Bedenken (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206 Rn. 11).

- 19 Da das in § 649 BGB aF (nunmehr § 648 BGB) geregelte Kündigungsrecht auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortbesteht (BGH, Urteil vom 14. September 2017 - IX ZR 261/15, BGHZ 216, 10 Rn. 14 ff), sind entsprechende Lösungsklauseln in einem Werkvertrag zulässig. Dies hat auch der Gesetzgeber der Insolvenzordnung trotz der ursprünglich im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung (fortan: InsO-E) vorgesehenen Regelung in § 137 Abs. 2 InsO-E angenommen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 153 zu § 137 InsO-E). Als problematisch hat er nur die vertragliche Begründung eines Schadensersatzanspruchs für den Fall einer Kündigung nach § 649

BGB aF - etwa nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B - angesehen (BT-Drucks. aaO). Eine Kündigung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2, § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) in der Insolvenz des Unternehmers hat der Bundesgerichtshof insbesondere deshalb für zulässig gehalten, weil diese Bestimmung nicht wesentlich vom gesetzlichen Leitbild des § 649 BGB aF abweiche (BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 25 f).

20 cc) Auf der anderen Seite hat der Bundesgerichtshof eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers bei Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie für unwirksam erklärt (BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 Rn. 13). In diesen Fällen hat die Einschränkung einseitiger Lösungsmöglichkeiten des Geldleistungsgläubigers nicht die im Gesetzgebungsverfahren befürchtete sanierungsfeindliche Wirkung (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 14). Besteht die insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers, hat § 119 InsO zudem Vorwirkung ab dem Zeitpunkt, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Juni 2016 - IX ZR 314/14, BGHZ 210, 321 Rn. 58).

21 Zudem hat der Bundesgerichtshof ein zugunsten des Vermieters von Räumen vereinbartes insolvenzabhängiges Kündigungsrecht für den Fall der Insolvenzeröffnung oder der Zahlungseinstellung als unwirksam angesehen (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2013 - II ZR 394/12, ZIP 2014, 23 Rn. 13 f). Die Vereinbarung des Kündigungsrechts für den Fall der Insolvenzeröffnung beschränkt die Anwendung der §§ 108 ff InsO (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2013, aaO Rn. 13), das Kündigungsrecht für den Fall der Zahlungseinstellung widerspricht § 112 InsO (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2013, aaO Rn. 14).

22 dd) Bislang nicht abschließend entschieden hat der Bundesgerichtshof, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung aus wichtigem Grund im Hinblick auf ein Insolvenzverfahren möglich ist. Für Bauverträge zerstört der Auftragnehmer durch einen Eigeninsolvenzantrag in der Regel das für die Fortführung des Bauvertragsverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis, weshalb der Auftraggeber berechtigt ist, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen (BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 41). Der Unternehmer verletzt bei einem Bauvertrag seine Pflicht, das zwischen den Bauvertragsparteien bestehende Vertrauensverhältnis nicht nachhaltig zu stören und die Erreichung des Vertragszwecks nicht zu gefährden, wenn er einen Eigeninsolvenzantrag stellt (BGH, Urteil vom 7. April 2016, aaO Rn. 53, 58). Diese Rechtsprechung lässt sich jedoch nicht auf Werklieferungsverträge übertragen, die erst nach dem Insolvenzantrag und in Kenntnis des Insolvenzantrags geschlossen worden sind (BGH, Urteil vom 14. September 2017 - IX ZR 261/15, BGHZ 216, 10 Rn. 27). Insbesondere rechtfertigen bei einem Werklieferungsvertrag weder das Risiko der verzögerten Entscheidung über die Erfüllung der Verträge (§ 103 InsO) noch dasjenige der Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren für den Vertragspartner des Insolvenzschuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Kündigung aus wichtigem Grund (BGH, Urteil vom 14. September 2017, aaO Rn. 30). Hingegen hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offengelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung aus wichtigem Grund im Hinblick auf ein Insolvenzverfahren vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 2017, aaO Rn. 31).

23 c) Das Gesetz enthält keine abschließenden Regelungen zur Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln.

- 24 aa) § 119 InsO bestimmt, dass Vereinbarungen unwirksam sind, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird. Diese Vorschrift erfasst in erster Linie Vereinbarungen, welche die gesetzlichen Regelungen unmittelbar außer Kraft setzen sollen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 152 zu § 137 InsO-E).
- 25 bb) Eine ausdrückliche Regelung, wonach insolvenzabhängige Lösungsklauseln unwirksam sind, ist nicht Gesetz geworden. Die Entstehungsgeschichte des § 119 InsO spricht gegen ein umfassendes Verbot von Lösungsklauseln. Zwar schlug die Kommission für Insolvenzrecht im Leitsatz 2.4.1.11 für Reorganisationsverfahren vor, dass Vereinbarungen über ein insolvenzabhängiges Lösungsrecht unwirksam sein sollten (Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 226 f). Im Anschluss daran sollten nach § 137 Abs. 2 InsO-E Vereinbarungen unwirksam sein, 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. Zudem sollte ein Lösungsrecht aufgrund einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse einer Vertragspartei nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeübt werden können. Dies sollte vor allem Vereinbarungen erfassen, die ein Lösungsrecht an die Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung oder einen Insolvenzantrag knüpften (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 152). § 137 Abs. 3 InsO-E ließ hingegen Vereinbarungen, die an den Verzug oder andere Vertragsverletzungen anknüpften, unberührt.
- 26 Der Regierungsentwurf sah keine Regelung für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vor. § 137 Abs. 2 InsO-E sollte die andere Vertragspartei keinem unzumutbaren Risiko aussetzen, weil sie von einer entsprechenden Lösungsklausel Gebrauch machen könne, solange das Insolvenzverfahren noch

nicht eröffnet worden sei (BT-Drucks. 12/2443, S. 152 zu § 137 InsO-E). Die Bundesregierung hat in ihrer Erwidernng zur Stellungnahme des Bundesrates nochmals ausdrücklich ausgeführt, dass § 137 InsO-E für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Regelung enthalte (BT-Drucks. 12/2443, S. 264). § 126 InsO-E (jetzt § 112 InsO) sei daher eine Ergänzung zu § 137 InsO-E (BT-Drucks. 12/2443, S. 264). Daraus folgt, dass § 112 InsO als (singuläre) Erweiterung der von § 137 InsO-E vorgesehenen Unwirksamkeitsregelungen verstanden worden ist.

27 Dieses Regelungskonzept hat der Gesetzgeber verworfen. Der Rechtsausschuss des Bundestags hat diese Regelungen gestrichen, weil die hiervon erfassten Vereinbarungen über die Auflösung eines gegenseitigen Vertrages im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse einer Vertragspartei durch die Insolvenzordnung nicht in ihrer Wirksamkeit eingeschränkt werden sollen. Dass derartige Vereinbarungen mittelbar das Wahlrecht des Insolvenzverwalters einschränken, sei kein ausreichender Grund für einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit (BT-Drucks. 12/7302, S. 170).

28 cc) Ebenso wenig hat der Gesetzgeber eine allgemeine, ausdrückliche Regelung vorgesehen, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln stets wirksam sind. Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat § 14 Abs. 1 VVG aF bestehen lassen (vgl. Art. 88 Nr. 2 EGIInsO). Nach § 14 Abs. 1 VVG aF konnte sich der Versicherer für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Versicherungsnehmers die Befugnis ausbedingen, das Versicherungsverhältnis mit einer Frist von einem Monat zu kündigen. Entsprechende Vereinbarungen verstießen daher nicht gegen § 119 InsO (BGH, Urteil vom 26. November 2003 - IV ZR 6/03, ZIP 2004, 176, 177 f). Die Gesetzgebungsgeschichte zu

§ 14 VVG aF spricht gegen eine allgemeine Regel, dass Lösungsklauseln unwirksam sein sollten. Während der Regierungsentwurf noch vorsah, diese Bestimmung im Hinblick auf das beabsichtigte Verbot von Vereinbarungen aufzuheben, die das Wahlrecht des Insolvenzverwalters mittelbar beeinträchtigten (vgl. BT-Drucks. 12/3803, S. 109 zu Art. 92 Nr. 2 EGIInsO-E), hat der Rechtsausschuss die Aufhebung ausdrücklich abgelehnt, weil die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Vertragsauflösung im Insolvenzfall nicht eingeschränkt werden sollte (vgl. BT-Drucks. 12/7303, S. 114 f zu Art. 92 Nr. 2 EGIInsO-E). Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23. November 2007 (BGBl. I, S. 2631 ff) nur deshalb auf diese Regelung verzichtet, weil für ein besonderes Kündigungsrecht des Versicherers kein hinreichendes Bedürfnis bestehe, nicht etwa, weil Lösungsklauseln generell unwirksam sein sollten (vgl. BT-Drucks. 16/3945, S. 64 zu § 16 VVG-E).

29

dd) Das Gesetz enthält eine differenzierte Regelung. Die Bestimmungen ordnen eine Unwirksamkeit von auf den Insolvenzfall bezogenen Abreden nur für bestimmte Konstellationen an. § 112 InsO untersagt es dem Vermieter oder Pächter, ein Miet- oder Pachtverhältnis nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen eines Zahlungsverzugs aus der Zeit vor dem Eröffnungsantrag oder wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners zu kündigen. § 225a Abs. 4 InsO bestimmt für ab dem 1. März 2012 beantragte Insolvenzverfahren (Art. 103g EGIInsO), dass Maßnahmen nach § 225a Abs. 2 oder 3 InsO weder zum Rücktritt noch zur Kündigung von Verträgen berechtigen, an denen der Schuldner beteiligt ist. Gemäß § 225a Abs. 4 Satz 3 InsO sind entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen unwirksam. Der am 1. Januar 2021 in Kraft getretene § 44 StaRUG sieht vor, dass die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache oder die Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens ohne Weiteres

weder ein Grund für die Beendigung von Vertragsverhältnissen noch für die Fälligkeitstellung von Leistungen noch für eine Leistungsverweigerung oder Anpassung des Vertrags sind. Gemäß § 44 Abs. 2 StaRUG sind abweichende Vereinbarungen unwirksam. Ein zeitlich beschränktes Verbot von Vertragsbeendigungen sah schließlich § 13 KredReorgG im Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 28. Dezember 2020 vor; auch hier waren abweichende Vereinbarungen gemäß § 13 Satz 4 KredReorgG unwirksam.

30 Demgegenüber ermöglicht § 104 Abs. 4 Satz 1 InsO von der gesetzlichen Regelung über Fixgeschäfte, Finanzleistungen und vertragliches Liquidationsnetting in § 104 InsO abweichende Vereinbarungen. § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 InsO sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass Lösungsklauseln für diese Geschäfte wirksam sind.

31 d) Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel in einem Werkvertrag, die dem Besteller aus Anlass eines Insolvenzantrags oder der Insolvenzeröffnung eine Kündigung aus wichtigem Grund ermöglicht, ist nach § 119 InsO unwirksam, wenn bei objektiver Betrachtung eine Umgehung der zwingenden Regelung des § 103 InsO vorliegt. Dies ist der Fall, 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.

32 aa) Das Gesetz enthält keine ausreichende Grundlage dafür, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln stets unwirksam sind.

- 33 (1) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, dass sich aus §§ 103, 119 InsO eine Grundregel entnehmen lasse, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln stets unwirksam seien, wenn sie nicht ausnahmsweise einer gesetzlich ohnehin bestimmten Lösungsmöglichkeit entsprechen. Aus § 119 InsO folgt lediglich, dass Vereinbarungen unwirksam sind, die sich auf die Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO beziehen. Hingegen enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung zur Frage, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen vertragliche Vereinbarungen unwirksam sind, die in ihren Auswirkungen mittelbar Einfluss auf die Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO haben.
- 34 Dies gilt insbesondere für insolvenzabhängige Lösungsklauseln, die an Ereignisse vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen und vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt werden. § 119 InsO enthält hierzu schon deshalb keine abschließende Aussage, weil letztlich alle vertraglichen Lösungsklauseln das Wahlrecht des Insolvenzverwalters leerlaufen lassen, gleich aus welchem Grund sie eine Lösung vom Vertrag erlauben. Damit betrifft die Frage, ob vertragliche Lösungsklauseln zulässig sind, im Kern die Frage, welche Gründe für eine insolvenzabhängige Lösungsklausel rechtlich zulässig sind und welche Grenzen sich für die privatrechtsautonome Gestaltung von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln gewinnen lassen.
- 35 (2) Die gesetzlichen Regelungen zu insolvenzabhängigen Lösungsklauseln sind vereinzelt. Aus ihnen kann nicht der allgemeine Schluss gezogen werden, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln stets unwirksam sind. So betrifft etwa § 112 InsO Miet- oder Pachtverhältnisse, die der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war. § 104 InsO stellt eine auf eine Sonderkonstellation bezogene Regelung dar, die nur sehr eingegrenzt weitere Schlüsse erlaubt (Hoff-

mann, KTS 2018, 343, 358 Anm. 74). § 44 StaRUG gilt nur für Restrukturierungsvorhaben nach dem Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen.

36 bb) Mangels einer klaren gesetzlichen Vorgabe bedarf eine auf § 119 InsO gestützte Unwirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln einer besonderen Rechtfertigung. Diese muss den Grundsatz der Vertragsfreiheit berücksichtigen (vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 170; MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 119 Rn. 34 ff; Zeuner in Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl., § 119 Rn. 10; Wöllner, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall, S. 184 ff; Hoffmann, aaO S. 362 f).

37 (1) Zuvörderst obliegt es den Parteien, bei Vertragsabschluss autonom die Voraussetzungen für ihre Bindung an den Vertrag zu definieren (Hoffmann, aaO S. 345). Demgemäß sind die vertraglich vereinbarten Begrenzungen einer Bindung als Ausdruck der Privatautonomie grundsätzlich auch in der Insolvenz zu respektieren (Hoffmann, aaO S. 348). Daher hat die Verfahrenseröffnung bei einem gegenseitigen Vertrag wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) nur zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können (BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 359). Die Insolvenzordnung trägt dabei grundsätzlich im Ausgangspunkt dem synallagmatisch begrenzten Bindungswillen des Vertragspartners umfassend Rechnung (Hoffmann, aaO S. 354); die gesetzlichen Eingriffe in die Privatautonomie erfolgen punktuell (Hoffmann, aaO S. 362).

38 (2) Soll die Privatautonomie eingeschränkt werden, bedarf dies grundsätzlich einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

39 (a) Zu entscheiden, welche Regelungen rechtspolitisch sinnvoll sind, ist nicht Sache des Gerichts. In welchem Umfang Sanierungschancen dadurch gefördert werden sollen, dass ein Vertragspartner trotz einer vorhandenen Lösungsklausel in einem Insolvenzfall weiter an einen Vertrag gebunden ist, ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers (vgl. Jaeger/Jacoby, InsO, 2. Aufl., § 119 Rn. 29; Piekenbrock, ZIP 2018, 1, 5). Die Vor- und Nachteile insolvenzabhängiger Lösungsklauseln stellen sich aus der Sicht ex ante und ex post unterschiedlich dar (Piekenbrock, aaO S. 4).

40 (b) Allerdings beruht die Vorschrift des § 119 InsO auf der Wertung des Gesetzgebers, dass die privatautonom begründete Bindung an einen gegenseitigen Vertrag grundsätzlich auch in der wirtschaftlichen Krise fortbesteht. Sie steht daher einem freien, anlasslosen Auflösungsrecht einer der Parteien entgegen. Ein insolvenzabhängiges Lösungsrecht steht in einem Spannungsfeld zu den haftungsrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit (vgl. Berger, ZInsO 2016, 2111, 2112; Huber, ZIP 2013, 493, 496). Die vertragliche Bindung gilt grundsätzlich auch im Insolvenzfall. Dies zeigt besonders deutlich das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Dieser Regelung liegt zugrunde, dass die vertragliche Bindung eines (Insolvenz-)Gläubigers im Insolvenzfall fortbesteht. Lösungsklauseln, welche diese gesetzgeberische Wertung unterlaufen, sind unwirksam, wenn es dafür keinen rechtfertigenden Grund gibt.

41 Hierfür spricht, dass § 119 InsO auf der gesetzgeberischen Wertung beruht, das Verwalterwahlrecht nach § 103 InsO und die differenzierten Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO vor zum Nachteil der Insolvenzmasse abweichenden

Regelungen zu schützen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 152). An dieser zwingenden Regelung hat der Rechtsausschuss des Bundestags nichts geändert. Das Gesetz selbst enthält keine ausdrückliche Regelung, wie weit dieser Schutz reichen soll. Er trifft sicher den unmittelbaren Anwendungsbereich der §§ 103 bis 118 InsO. Umgekehrt bleiben die kraft Gesetzes bestehenden Lösungsmöglichkeiten von den Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO jedenfalls im Grundsatz unberührt. In welchem Umfang Vereinbarungen, welche die gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten zugunsten einer Vertragspartei modifizieren und so mittelbar den Anwendungsbereich der §§ 103 bis 118 InsO beeinflussen, unwirksam sind, lässt sich deshalb nicht allgemein beantworten.

42 (c) Auf dieser Grundlage begrenzt § 119 InsO nach Auffassung des Senats die Gestaltungsfreiheit der Parteien. Die Bestimmung erfasst Lösungsklauseln, deren Zweck sich bei objektiver Betrachtung der wechselseitigen Interessen der Parteien darauf beschränkt, den Vertragspartner von den mit dem Vertrag eingegangenen Bindungen zu befreien und somit die Ausübung des Wahlrechts nach § 103 InsO zu vereiteln.

43 Dies ist immer dann der Fall, 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 Insolvenzfalls in Betracht kommen. § 119 InsO legitimiert Einschränkungen der Privatautonomie, wenn Risiken aus der Vertragsdurchführung einseitig allein auf die zukünftigen Insolvenzgläubiger verlagert werden. Freie, anlasslose Lösungsrechte ohne rechtfertigenden Grund führen dazu, dass die privatautonom eingegangene Bindung an einen Vertrag letztlich negiert wird und sich eine Vertragspartei der aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen entstandenen Pflichten aus einem vertraglichen Schuldverhältnis (vgl. § 241

BGB) entziehen kann. Dies ist der Fall, wenn die Vertragsparteien mit der Vereinbarung eines insolvenzabhängigen Lösungsrechts nicht über ihre eigenen Interessen, sondern allein über diejenigen der Insolvenzgläubiger disponieren (vgl. Hoffmann, KTS 2018, 343, 364). Dann wirkt sich eine insolvenzabhängige Lösungsklausel allein dahin aus, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO zu unterlaufen und verstößt deshalb gegen § 119 InsO. Daran fehlt es, wenn bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei objektiver Betrachtung ex ante berechnete Gründe bestehen, die einer einseitigen Verlagerung des Vertragsrisikos allein auf die zukünftigen Insolvenzgläubiger entgegenstehen. Solche Gründe können sich aus den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ergeben. Sie können sich auch durch die Besonderheiten der Interessenlage im Zeitpunkt des Insolvenzantrags oder der Insolvenzeröffnung ergeben.

44 (d) Hingegen haben weder der Grundsatz der schuldnerischen Vermögenshaftung noch die Sanierungschancen für den Schuldner eine hinreichende gesetzliche Ausprägung erhalten, auf deren Grundlage § 119 InsO als allgemeine Regel für eine Unwirksamkeit aller insolvenzabhängigen Lösungsklauseln auch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verstanden werden könnte.

45 (3) Ob die insolvenzabhängige Lösungsklausel eines nach Maßgabe des § 119 InsO insolvenzrechtlich beachtlichen Gebrauchs der Privatautonomie entspringt, hängt von den betroffenen Interessen ab.

46 (a) Entscheidend ist, ob aus der Sicht ex ante - sei es im Hinblick auf die bei Vertragsabschluss bestehenden Umstände, sei es im Hinblick auf die durch eine Insolvenzsituation ausgelösten Umstände - für eine insolvenzabhängige Lösungsklausel ein sachlicher Grund besteht, welcher der Lösungsklausel einen anderen Charakter verleiht als das bloße Bestreben des Vertragspartners, den

Vertrag den zwingenden Regelungen der §§ 103 bis 118 InsO zu entziehen. Hierbei kommt es in erster Linie auf die objektive Sachlage an. Subjektive Vorstellungen des Einzelfalls sind hingegen unerheblich.

47 (b) Die Vereinbarung einer insolvenzabhängigen Lösungsklausel kann dazu dienen, die Frage des Lösungsgrundes rechtssicher auszugestalten und nicht mehr von den schwierigen, streitanfälligen und möglicherweise nur schwer beweisbaren Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen. Sieht das Gesetz eine Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund vor, ist es möglich, ein Insolvenzereignis als wichtigen Grund einzuordnen. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, in § 648a BGB einen speziellen Kündigungstatbestand für den Fall der Insolvenz des Unternehmers zu schaffen, weil dies der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht Rechnung tragen würde (BT-Drucks. 18/8486, S. 50). Dabei ist er davon ausgegangen, dass die Insolvenz häufig einen wichtigen Grund zur Beendigung des Werkvertrags darstellen wird (BT-Drucks. 18/8486, S. 50). Der Übergang zwischen insolvenzabhängigen und insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln ist gleitend. Wie insbesondere die Kündigung aus wichtigem Grund zeigt, kann ein insolvenzunabhängiger Tatbestand - der wichtige Grund - allein oder zusätzlich insolvenzabhängige Sachverhalte erfassen.

48 In solchen Fällen liegt die Bedeutung insolvenzabhängiger Lösungsklauseln vor allem darin, abschließend zu regeln, worin ein wichtiger Grund liegt, und damit Streit darüber zu vermeiden, ob die mit dem Insolvenzantrag oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretenden Veränderungen im konkreten Einzelfall ihrer Art nach die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllen. Entsprechendes gilt für eine allgemeine Anknüpfung an eine - insolvenzunabhängige - Verschlechterung der Vermögensverhältnisse. Eine solche Lösungsklausel bringt erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich, ob der Tatbestand tatsächlich erfüllt ist.

- 49 (c) Die Insolvenz eines Vertragspartners kann die Interessen des anderen Teils an der Durchführung des Vertrags beeinträchtigen. Dies hängt davon ab, ob die Insolvenz eines Vertragspartners zu einer Risikoerhöhung für den anderen Vertragspartner führt (vgl. von Wilmowsky, JZ 2013, 998, 1000). Solche das vertraglich vorausgesetzte Austauschverhältnis beeinträchtigende Umstände können gegeben sein, wenn die Zuverlässigkeit des Schuldners erhebliche Bedeutung für die weitere Leistungserbringung hat. Dies kann - wie etwa bei einem Bauvertrag (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 35 ff) - die weitere Leistungserbringung selbst betreffen. Es gilt aber auch dann, wenn der Gläubiger damit rechnen muss, dass die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich der vom Schuldner weiter zu erbringenden Leistungen nicht ausreichend gesichert erscheint, oder wenn der Gläubiger ein Interesse an zusätzlichen Leistungen des Schuldners - etwa Wartungsleistungen - hat, die nicht mehr gesichert erscheinen.
- 50 cc) Sieht ein Vertrag - wie im Streitfall - vor, dass der Auftraggeber berechtigt ist, einen Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen, und bestimmt dieser Vertrag, dass es als wichtiger Grund gilt, wenn über das Vermögen des Auftragnehmers die Eröffnung eines Insolvenzverfahren beantragt ist, ist für die Wirksamkeit der Klausel mithin zu unterscheiden.
- 51 (1) Unwirksam sind Lösungsklauseln dann, wenn sie die in einzelnen Bestimmungen enthaltenen, ausdrücklich auch die Zeit vor Insolvenzeröffnung erfassenden Regelungen umgehen. Deshalb führt etwa die gesetzliche Regelung in § 112 InsO dazu, dass Lösungsklauseln unwirksam sind, die eine Auflösung des Vertrags an geringere Voraussetzungen knüpfen als die vom Gesetzgeber für die Zeit ab Insolvenzantragstellung für unzureichend angesehenen.

- 52 (2) Lösungsklauseln zugunsten eines Geldleistungsgläubigers sind regelmäßig unwirksam, soweit sie den gesetzlichen Rahmen überschreiten (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 Rn. 13). Die Risiken für einen Geldleistungsgläubiger bestehen darin, dass er mit seiner Gegenforderung auf Geldzahlung ausfällt; hiergegen schützt ihn § 320 BGB und - sofern er vorleistungspflichtig sein sollte - § 321 BGB. Hierfür spricht auch, dass die von § 105 Satz 1, § 107 Abs. 2 Satz 1 und § 112 InsO ausgehenden Eingriffe in das vertragliche Gefüge vor allem Geldleistungspflichten des Schuldners betreffen (vgl. Hoffmann, KTS 2018, 343, 356). Demgemäß mutet das Gesetz dem Geldleistungsgläubiger erheblich stärkere Eingriffe in die vertraglich geschützte Sphäre zu als dem Sach- und Dienstleistungsgläubiger.
- 53 (3) Auf der anderen Seite sind solche Lösungsklauseln wirksam, bei denen die Vertragsparteien nach der Interessenlage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine insolvenzrechtlich gerechtfertigte Zielsetzung innerhalb der vertragsautonomen Gestaltung der Verhältnisse verfolgen. Dies ist der Fall, wenn der Vertrag als Teil einer Sanierung des Schuldners zustande kommt und die Klausel dazu dient, die Risiken eines Scheiterns der Sanierung abzumildern (vgl. den der Entscheidung BAGE 117, 1 ff zugrunde liegenden Sachverhalt; Berger, ZInsO 2016, 2111, 2112, 2117 f). Dies entspricht der Intention des Gesetzgebers. Die Ablehnung des § 137 Abs. 2 InsO-E ist gerade darauf gestützt worden, dass die in einer Sanierung enthaltenen Risiken ohne eine Lösungsklausel Sanierungen erschweren könnten.
- 54 (4) Schließlich sind Lösungsklauseln bei Verträgen wirksam, für die das Gesetz eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässt und die vertragliche Ausgestaltung der wichtigen Gründe durch eine typisierte Interessenbewertung für die darin geregelten Fälle gerechtfertigt ist. Für die typisierte Bewertung ist ent-

scheidend, ob die mit der Insolvenz einhergehenden Risiken die weitere Vertragserfüllung in einem Ausmaß gefährden, das nach der Art der geschuldeten vertraglichen Leistungen und der wechselseitigen Interessen der Parteien bei einer vom Einzelfall losgelösten Betrachtung einen wichtigen Grund darstellen kann. Dies gilt für alle Verträge, die unabhängig von einer Sanierung oder außerhalb von Sanierungsversuchen abgeschlossen worden sind.

55 dd) Darüber hinaus können vertragliche Lösungsklauseln einer Ausübungskontrolle unterliegen. Hat der andere Vertragsteil kein schutzwürdiges Interesse an der Ausübung des vertraglich eingeräumten insolvenzabhängigen Lösungsrechts oder überwiegen die schutzwürdigen Belange des Schuldners das Interesse des Ausübungsberechtigten, schließt dies die Ausübung des insolvenzabhängigen Lösungsrechts mit Blick auf Treu und Glauben aus (vgl. Wagner/Klein in Festschrift Prütting, 2018, S. 805, 813). Im Regelfall nimmt der Kündigungsberechtigte berechnete Belange wahr; anders ist dies, wenn er die Insolvenz dazu nutzt, um höhere Preise durchzusetzen, oder sich von einem Vertrag lösen möchte, dessen Durchführung durch die Insolvenz nicht weiter erschwert wird (vgl. Wagner/Klein, aaO S. 814 f).

56 Im Hinblick auf § 44 StaRUG wird zu erwägen sein, ob im Falle der Eigenverwaltung (§§ 270 ff InsO) die Interessen des Gläubigers an einer Lösungsklausel zurücktreten.

57 e) Nach diesen Maßstäben hat die Entscheidung des Berufungsgerichts keinen Bestand. Nach den bisherigen Feststellungen lässt sich nicht ausschließen, dass die Beklagte den Vertrag wirksam gekündigt hat.

58 aa) Der Vertrag sah in § 16 Nr. 1 Buchst. e) vor, dass die Beklagte den Vertrag unter anderem kündigen konnte, wenn über das Vermögen der Schuldnerin ein Insolvenzantrag gestellt worden war. Die Voraussetzungen sind erfüllt.

59 bb) Das Berufungsgericht stellt keine Umstände fest, die dazu führen, dass die Klausel unwirksam ist.

60 (1) Auf die Personenbeförderungsverträge sind die Vorschriften des Werkvertrags anwendbar (BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 - X ZR 97/14, NJW 2016, 2404 Rn. 14; vom 20. März 2018 - X ZR 25/17, NJW 2018, 2039 Rn. 18). Demgemäß stand der Beklagten das Recht zu, den Vertrag gemäß § 648a BGB zu kündigen. § 648a BGB ist anwendbar, weil das Schuldverhältnis nach dem 31. Dezember 2017 entstanden ist (vgl. Art. 229 § 39 EGBGB).

61 Das Berufungsgericht hat - von der Revision nicht angegriffen - festgestellt, dass die von der Beklagten im Zeitpunkt der Kündigung vorgebrachten konkreten Umstände des Einzelfalls nicht genügen, um eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB zu begründen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtsfehlerfrei.

62 (2) Die Vertragsparteien könnten mit der Regelung in § 16 Nr. 1 Buchst. e) der Verträge jedoch wirksam den Insolvenzantrag als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung vereinbart haben. Mit der Begründung des Berufungsgerichts lässt sich nicht annehmen, dass die Vereinbarung unwirksam ist.

63 (a) Bei der Frage, ob bei objektiver Betrachtung aus der Sicht ex ante bei Vertragsschluss die insolvenzabhängige Lösungsklausel berechtigten Interessen der Beklagten diene, ist zu berücksichtigen, dass in § 16 Nr. 1 Buchst. e) der Verträge eine Ausgestaltung des freien Kündigungsrechts nach § 648 BGB liegen könnte. Zwar hat das Berufungsgericht - von der Revision nicht angegriffen -

den Vertrag rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, dass das freie Kündigungsrecht nach § 648 BGB abbedungen worden ist. Dies hindert die Parteien jedoch nicht daran, eine Kündigung des Werkvertrags mit geringeren Anforderungen als einen im Einzelfall festzustellenden wichtigen Grund vorzusehen und so das freie Kündigungsrecht des § 648 BGB auszugestalten. Dies allein genügt jedoch nur dann, damit die Klausel der insolvenzrechtlichen Kontrolle standhält, wenn die Rechtsfolgen der Kündigung nicht wesentlich von § 648 BGB abweichend geregelt sind.

64 (b) Zum anderen hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht aufgeklärt, ob die Beklagte 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 Personenbeförderungsverträgen zur Schülerbeförderung mit einem Insolvenzfall einhergehende Risikoerhöhung zu treffen. Solche Umstände können sich etwa aus - öffentlich-rechtlichen - Vorgaben für die Durchführung der Schülerbeförderung ergeben. Hierzu kann eine notwendige besondere Zuverlässigkeit des Auftragnehmers für die Schülerbeförderung gehören. Ebenso kann die Regelung eines Insolvenzfalls als wichtiger Grund zur Kündigung gerechtfertigt sein, wenn bei typisierter Betrachtung ex ante mit einem Eigeninsolvenzantrag wiederholte Störungen der ordnungsgemäßen Beförderung zu befürchten sind und solche Störungen angesichts der Art und Weise der versprochenen Leistungen in jedem Fall so weit als möglich zu vermeiden sind. Schließlich kann erheblich sein, ob der Insolvenzantrag die ausreichende Absicherung gegen etwaige Unfallschäden bei der Schülerbeförderung gefährdet.

65 Hingegen dürften Gewährleistungsrechte unerheblich sein, nachdem der Schuldner die jeweiligen Beförderungsleistungen täglich ausführte. Es handelte sich um keine Leistungen, bei denen etwaige Mängel erst nach längerer Zeit zu befürchten waren.

66 cc) Für § 8 Nr. 1 VOL/B (2003), der nach § 2 der Beförderungsverträge einbezogen ist, gilt nichts anderes. Danach kann der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn über das Vermögen des Auftragnehmers das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist oder die ordnungsgemäße Abwicklung des Vertrags dadurch in Frage gestellt ist, dass er seine Zahlungen nicht nur vorübergehend einstellt. Diese insolvenzabhängige Lösungsklausel wirft die gleichen Fragen auf wie die Regelung in § 16 Nr. 1 Buchst. e) des Vertrags. Sie ist daher an den gleichen Maßstäben zu messen.

III.

67 Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht wird den Parteien nach Zurückverweisung Gelegenheit zu geben haben, zu den Umständen vorzutragen, die eine Wirksamkeit der insolvenzabhängigen Lösungsklausel begründen können.

Grupp

Möhring

Schoppmeyer

Röhl

Harms

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 26.01.2021 - 9 O 96/20 -

OLG Celle, Entscheidung vom 25.11.2021 - 11 U 43/21 -