



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 261/15

Verkündet am:  
14. September 2017  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 103; BGB §§ 649, 651

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers stellt für sich genommen keinen wichtigen, die Vergütungsansprüche des Unternehmers ausschließenden Grund für die Kündigung eines nach dem Eröffnungsantrag geschlossenen Werklieferungsvertrages dar.

BGH, Urteil vom 14. September 2017 - IX ZR 261/15 - OLG München  
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Oktober 2015 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. April 2013 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. GmbH (fortan: Schuldnerin). In einem Rahmenvertrag vom 28. Juli 2008 hatte sich die Schuldnerin gegenüber der Beklagten zur Lieferung näher bezeichneter Metallgussteile an näher bezeichnete bezugsberechtigte Werke verpflichtet. Im Oktober 2012 beantragte sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Mit Beschluss vom 22. Oktober 2012 wurde der Kläger zum vorläufigen Verwalter über das Vermögen der Schuldnerin bestellt und angeordnet, dass Verfügungen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters wirksam waren. Der Kläger machte eine Fortsetzung der Lieferungen von einem Preiszuschlag von 30 v.H. abhängig. Unter dem 1./4. März 2013 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, nach welcher die Beklagte weiter beliefert wurde, aber

einen Aufschlag von 30 v.H. des Nettopreises zu zahlen hatte. Die Vereinbarung sollte mit Ablauf des 31. März 2013 enden, wenn keine Verlängerung zustande kommen würde.

2 Am 26. März 2013 wurde der Kläger zum starken vorläufigen Verwalter bestellt. Am 27. März 2013 übersandte der Kläger der Beklagten den Entwurf einer neuen Vereinbarung, in welcher auf die Bestellung zum vorläufigen starken Insolvenzverwalter und auf die in Aussicht genommene Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. April 2013 Bezug genommen wurde. Für Lieferungen der Schuldnerin ab dem 1. April 2013 sollte die Beklagte einen Aufschlag von 38 v.H. auf den bis zur Vereinbarung vom 1./4. März 2013 geltenden Nettopreis zahlen. In Abschnitt d) des Entwurfs heißt es:

3 "Während der Laufzeit dieser Vereinbarung übt ... (der Verwalter) sein Wahlrecht nach § 103 InsO nicht aus. Die Weiterbelieferung - auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens - ist für die Parteien keine konkludente Erfüllungswahl hinsichtlich der zwischen ... (der Schuldnerin) und ... (der Beklagten) bereits vor Antragstellung abgeschlossener Verträge im Sinne von § 103 InsO."

4 Die Beklagte antwortete unter dem 28. März 2013, sie wolle sich nicht weiter unter Druck setzen lassen und sehe keine Grundlage für eine weitere Geschäftsbeziehung. Dieses Schreiben ging am 2. April 2013 beim Kläger ein. Der Kläger antwortete am 2. April 2013 unter Bezugnahme auf ein Telefonat vom selben Tage, er werde die Produktion für die Beklagte einstellen. Die Beklagte erwiderte am 3. April 2013, ihrer Ansicht nach liege in den seit dem 1. April 2013 ausbleibenden Lieferungen eine implizite Wahl der Nichterfüllung, so dass keine Einwände gegen den Produktionsstopp bestünden. Am 11. April 2013 schrieb ein der Kanzlei des Klägers angehörender Rechtsanwalt auf dem

Briefpapier der Anwaltskanzlei ohne Hinweis darauf, dass er für den Kläger als Verwalter handeln wolle, an die Beklagte, nicht der Kläger, sondern die Beklagte habe die Geschäftsbeziehung beendet. Wenn die Beklagte an einer einvernehmlichen Regelung interessiert sei, sei der Kläger bereit, die von der Beklagten abgerufenen Teile zu den Preisen und Bedingungen der Vereinbarung vom 1./4. März 2013 zu liefern.

- 5            Der Kläger meint, die Beklagte habe mit dem Schreiben vom 28. März 2013 den zwischen ihr und der Schuldnerin geschlossenen Werklieferungsvertrag wirksam gekündigt. Er verlangt, soweit jetzt noch von Interesse, den in der Fortführungsvereinbarung vereinbarten Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen für die bestellten, aber nicht abgenommenen Metallgussteile in Höhe von 1.106.000,61 € nebst Zinsen sowie die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz sämtlicher durch die Nichtabnahme entstandener gegenwärtiger und künftiger Schäden verpflichtet sei. Das Landgericht hat die Beklagte insoweit antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision will die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

- 6            Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I.

7           Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der zwischen der Schuldnerin und der Beklagten bestehende Rahmenvertrag sei durch die Fortführungsvereinbarung Anfang März 2013 modifiziert worden, habe aber fortbestanden. Die einzelnen Abrufe hätten jeweils zu Werklieferungsverträgen geführt. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die angeforderten Leistungen abzunehmen und nach Maßgabe der Fortführungsvereinbarung zu bezahlen. Die Vergütungsansprüche seien nicht durch eine Nichterfüllungswahl gemäß § 103 InsO obsolet geworden. Das Wahlrecht entstehe erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Rechtshandlungen vor dem 1. April 2013 seien insoweit unbeachtlich. Das Schreiben der Beklagten vom 28. März 2013 stelle eine Kündigung gemäß § 649 BGB dar. Ein Rücktrittsgrund nach anderen Vorschriften des BGB habe nicht bestanden. Insbesondere habe das Schreiben vom 26. März 2013 keinen solchen Grund geboten. Der Kläger habe sich allerdings vertragswidrig verhalten. Von einer zum Rücktritt berechtigenden endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung könne jedoch nicht ausgegangen werden. Die Beklagte müsse daher die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zahlen.

II.

8           Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

9           1. Zwischen der Beklagten und der Schuldnerin sind Werklieferungsverträge zustande gekommen, indem die Beklagte nach Maßgabe des Rahmen-

vertrages vom 28. Juli 2008 und der Änderungsvereinbarung vom 1./4. März 2013 Leistungen der Schuldnerin abgerufen hat. Die Schuldnerin hatte bewegliche nicht vertretbare Sachen nach Maßgabe der jeweils aktuellen Anlage zum Rahmenvertrag herzustellen. Für die Verträge gelten damit die in § 651 Satz 3 BGB genannten Bestimmungen, insbesondere diejenige des § 649 BGB.

10                    2. Mit ihrem dem Kläger am 2. April 2013 zugegangenen Schreiben vom 28. März 2013 hat die Beklagte diese Verträge wirksam gekündigt.

11                    a) Die Auslegung des Schreibens vom 28. März 2013 als Kündigungserklärung durch das Berufungsgericht kann revisionsrechtlich nur daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; vom 12. April 2016 - XI ZR 305/14, BGHZ 210, 30 Rn. 49). Solche Auslegungsfehler liegen hier nicht vor.

12                    b) Die Werklieferungsverträge konnten nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 649 BGB gekündigt werden.

13                    (1) Die Bestellungen aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aus welchen der Kläger seinen Anspruch herleitet, stellen gegenseitige Verträge gemäß § 103 InsO dar, die im Zeitpunkt der Eröffnung weder von der Schuldnerin noch von der Beklagten vollständig erfüllt worden waren. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte auf den Bestand und den Inhalt dieser Verträge keinen Einfluss. Sie blieben vielmehr in der Lage bestehen, in welcher sie sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befanden (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 359; vom 7. Februar 2013

- IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 8; MünchKomm-InsO/Kreft, 3. Aufl., § 103 Rn. 15). Als Folge der Eröffnung verloren die Ansprüche der Beklagten auf die bestellten Metallgussteile und diejenigen der Schuldnerin auf den entsprechenden Werklohn allerdings ihre Durchsetzbarkeit (BGH, Urteil vom 25. April 2002, aaO; vom 19. November 2015 - IX ZR 198/14, WM 2016, 90 Rn. 18). Die Beklagte konnte ihre Ansprüche auf Lieferung der bestellten Teile nicht mehr durchsetzen; der Kläger als Verwalter konnte, solange er nicht die Erfüllung der Verträge wählte, weder die Abnahme der Teile noch die Zahlung von Werklohn verlangen. Die Verträge mussten grundsätzlich insolvenzrechtlich abgewickelt werden.

14           (2) Das in § 649 BGB geregelte Kündigungsrecht des Bestellers besteht auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers fort.

15           Die Insolvenzordnung enthält keine Vorschrift, welche das Kündigungsrecht des Bestellers in der Insolvenz des Unternehmers ausschließt. Der Schutz der Masse verlangt keine derartige Einschränkung des Kündigungsrechts. Die Vorschrift des § 649 Satz 1 BGB gestattet es dem Besteller, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen. Die Zubilligung dieses freien Kündigungsrechts beruht auf der gesetzgeberischen Überlegung, dass vorzugsweise der Besteller an der Ausführung der Werkleistungen interessiert ist und er deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhalten soll, dass dieses Interesse entfällt. Dem in erster Linie auf die Vergütung gerichteten Interesse des Werkunternehmers trägt § 649 Satz 2 BGB dadurch Rechnung, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung im Ausgangspunkt auch für diejenigen Leistungen verbleibt, die er wegen der Kündigung des Vertrages nicht mehr erbringen muss

(BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - VII ZR 133/10, BGHZ 188, 149 Rn. 11).  
Nichts anderes gilt für Werklieferungsverträge über unvertretbare Leistungen.

16 Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Zulässigkeit einer Kündigung nach § 649 BGB in der Insolvenz des Unternehmers noch nicht entschieden. In früheren Entscheidungen ist er jedoch vom Fortbestand eines vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgegangen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 51/02, BGHZ 155, 87, 90). Eine Kündigung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2, § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) in der Insolvenz des Unternehmers wurde insbesondere deshalb für zulässig gehalten, weil diese Bestimmung nicht wesentlich vom gesetzlichen Leitbild des § 649 BGB abweiche (BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 25 f). Das Kündigungsrecht gemäß § 649 BGB wird damit stillschweigend vorausgesetzt. Schließlich ist auch der Gesetzgeber der Insolvenzordnung von einem jederzeitigen Kündigungsrecht des Bestellers in der Insolvenz des Unternehmers ausgegangen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 153 zu § 137 InsO-E).

17 c) Die Kündigung war schließlich nicht im Hinblick auf eine im Schreiben des Klägers vom 27. März 2013 enthaltene Erfüllungsablehnung unwirksam.

18 (1) Gemäß § 103 InsO kann der Verwalter die Erfüllung eines vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen, beidseits nicht vollständig erfüllten Vertrages verlangen oder die Erfüllung des Vertrages ablehnen. Er ist nicht berechtigt, den Vertrag inhaltlich zu ändern. Es gibt grundsätzlich keine den ursprünglichen Vertrag modifizierende oder nur einzelne Ansprüche oder Rechte betreffende Erfüllungswahl (BGH, Urteil vom 10. August 2006 - IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43 Rn. 14). Ein Erfüllungsverlangen unter Vorbehal-



ten wird deshalb häufig als Ablehnung der Erfüllung anzusehen sein (BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 - IX ZR 36/87, BGHZ 103, 250, 253 zu § 17 KO).

- 19 (2) Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO entsteht jedoch erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Wortlaut der Vorschrift ist eindeutig. Das Wahlrecht steht dem Insolvenzverwalter zu, nicht dem vorläufigen Insolvenzverwalter. Es setzt zudem einen gegenseitigen Vertrag zwischen dem Insolvenzschuldner und dem anderen Teil voraus, welcher zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von keiner Vertragspartei vollständig erfüllt war. Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann diese Voraussetzung nicht erfüllt sein. Die Vorschrift des § 103 InsO steht im Zweiten Abschnitt des Dritten Teils der Insolvenzordnung, welcher sich mit den Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befasst. Sinn und Zweck der Vorschrift ist schließlich der Schutz der Insolvenzmasse. § 103 InsO ermöglicht dem Verwalter, einen von keiner Seite bereits vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag zum Vorteil der Masse und damit der Gläubigergesamtheit auszuführen und damit zugleich dem Vertragspartner den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2002 - IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138, 148 mwN). Ob das Festhalten am Vertrag der Masse nützt, kann typischerweise erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entschieden werden. Die Vorschrift des § 22 InsO, welche die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters regelt, verweist schließlich nicht auf § 103 InsO. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und allgemeiner Meinung in der Fachliteratur ist § 103 InsO daher auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht anwendbar (vgl. etwa BGH, Urteil vom 30. Januar 1986 - IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 90 (zu § 17 KO); vom 8. November 2007 - IX ZR 53/04, WM 2007, 2331 Rn. 9; vom 26. Juni 2008 - IX ZR 47/05, WM 2008, 1442

Rn. 30; MünchKomm-InsO/Huber, 3. Aufl., § 103 Rn. 150; HK-InsO/Marotzke, 8. Aufl., § 103 Rn. 117 f; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 19. Aufl., § 103 Rn. 21).

20 (3) Die Revision verweist demgegenüber auf die Senatsrechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verfügungsbefugnis (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - IX ZR 108/04, BGHZ 161, 315; vom 10. Januar 2013 - IX ZR 161/11, WM 2013, 510 Rn. 18; vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 52). Der Vertragspartner des späteren Insolvenzschuldners, der mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters einen Vertrag geschlossen oder Leistungen des Schuldners entgegen genommen hat, kann unter bestimmten Voraussetzungen darauf vertrauen, dass die Rechtshandlung Bestand hat, also vom Verwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr angefochten wird. Ebenso müsse der Verwalter unter den genannten Umständen an Verträge gebunden sein, deren Erfüllung der vorläufige Verwalter ohne Verfügungsbefugnis verlangt habe. Gleiches müsse in dem hier gegebenen Fall gelten, dass der vorläufige Verwalter der Sache nach erklärt habe, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht an den bestehenden Verträgen festhalten zu wollen. Der Verwalter müsse an die Erklärungen des vorläufigen Verwalters gebunden sein.

21 Eine Übertragung des Rechtsgedankens der Rechtsprechung zur Einschränkung der Anfechtung von Rechtshandlungen, denen der vorläufige Verwalter zugestimmt hatte, auf das Schreiben des Klägers vom 27. März 2013 kommt hier schon aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht. Die von der Revision in Bezug genommene Senatsrechtsprechung beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Der Gläubiger darf regelmäßig davon ausgehen, die Leistungen des Schuldners behalten zu dürfen, wenn der vorläufige Verwalter vorbehaltlos zugestimmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO). Das

Angebot vom 27. März 2013 stammte vom Kläger als dem damaligen vorläufigen starken Verwalter. Hätte die Beklagte das Angebot angenommen, wäre ein den Kläger als endgültigen Verwalter bindender Vertrag zustande gekommen (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Beklagte hat das Angebot jedoch nicht angenommen; dazu war sie auch nicht verpflichtet. Wie der Kläger sich nunmehr nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verhalten würde, war damit offen. Gemäß § 103 InsO konnte er die Erfüllung der bis zu diesem Zeitpunkt geschlossenen, von keiner Seite vollständig erfüllten Werklieferungsverträge nach Maßgabe der Vereinbarung vom 1./4. März 2013 wählen oder aber deren Erfüllung ablehnen. Im Schreiben vom 27. März 2013 heißt es dazu nur, Lieferungen vor Abschluss der neuen Vereinbarung stellten keine Erfüllungswahl im Sinne von § 103 InsO dar. Es war also nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die bestellten Metallgussteile nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch geliefert werden würden, auch wenn die Beklagte den Entwurf nicht unterzeichnete. Ob unter ganz besonderen Umständen der Verwalter an Erklärungen des vorläufigen Verwalters, nach der Eröffnung einen Vertrag erfüllen oder nicht erfüllen zu wollen, gebunden sein kann (§ 242 BGB), bedarf damit keiner Entscheidung. Ebenso bleibt offen, welche Rechte die Beklagte bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus diesem Schreiben hätte herleiten können.

22                    3. Die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund waren nicht erfüllt.

23                    a) Die Vorschrift des § 314 BGB greift nicht ein. Gemäß § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ein wichtiger Grund, der zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses berechtigt, dann gegeben, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbar-

ten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Der Rahmenvertrag aus dem Jahre 2008 stellte ein Dauerschuldverhältnis dar. Eine Kündigung dieses Vertrages ist jedoch nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Auch der Feststellungsantrag betrifft nur die Schäden, die aus der Nichterfüllung der einzelnen Werklieferungsverträge entstanden sind und noch entstehen werden.

24           b) Eine Kündigung aus wichtigem Grund sieht § 649 BGB in seiner derzeit noch geltenden Fassung nicht vor. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Auftraggeber eines Werkvertrages jedoch berechtigt, den Vertrag zu kündigen, wenn durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 140/95, WM 1996, 2023, 2024 mwN; vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 40). Kündigt der Besteller aus wichtigem Grund, entfällt der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers aus § 649 Satz 2 BGB für noch nicht erbrachte Leistungen (BGH, Urteil vom 7. April 2016, aaO Rn. 40, 52 mwN).

25           (1) Im Bauvertragsrecht ist ein wichtiger Grund unter anderem dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer das für den Bauvertrag als eines auf Kooperation der Vertragspartner angelegten Langzeitvertrags vorauszusetzende Vertrauensverhältnis durch sein schuldhaftes Verhalten derart empfindlich stört, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet und dem Auftraggeber die Vertragsfortsetzung nicht mehr zumutbar ist (BGH, Urteil vom 7. April 2016, aaO). Die Vorschrift des § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts (u.a.) vom 28. April 2017 (BGBl. I 969), die am 1. Januar 2018 in Kraft treten wird, erlaubt eine fristlose Kündigung aus

wichtigem Grund, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann; allerdings entfällt der Vergütungsanspruch des Unternehmers im Fall einer berechtigten Kündigung aus wichtigem Grund nicht insgesamt (vgl. § 648a Abs. 5 BGB-neu).

26           (2) In der bereits zitierten Entscheidung vom 7. April 2016 (VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 53 ff, 61) hat der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs einen wichtigen Grund für die Kündigung eines Bauvertrages bereits im Eigenantrag des Unternehmers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesehen. Der Auftraggeber eines Bauvertrages habe regelmäßig ein schwerwiegendes, die Interessen der Insolvenzgläubiger an einer Fortführung des Bauvertrages erheblich überwiegendes Interesse daran, sich im Falle eines Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers frühzeitig vom Vertrag lösen zu können und den ihm durch die anderweitige Vergabe der Restarbeiten etwa entstehenden Schaden geltend zu machen, ohne gemäß § 649 Satz 2 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter zur Zahlung einer Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verpflichtet zu sein. Wegen der dem Verwalter eingeräumten angemessenen Überlegungszeit sei dem Auftraggeber nicht zuzumuten, dessen Entschließung über die Fortführung des Bauvertrages nach § 103 InsO abzuwarten. Zudem habe der Auftragnehmer mit seinem Eigenantrag zum Ausdruck gebracht, dass ihm die finanziellen Mittel zur vertragsgemäßen Erfüllung des Bauvertrages fehlten und er keine Gewähr mehr für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung geben könne. Der Verwalter, welcher mit der Eröffnung an die Stelle des Schuldners trete, könne das für die Erfüllung des Bauvertrages erforderliche Vertrauen nicht in gleicher Weise für sich in Anspruch nehmen wie der Schuldner vor dem Eröffnungsantrag. Seine fehlende

Liquidität habe der Schuldner gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann zu vertreten, wenn er gemäß § 15a InsO zur Antragstellung verpflichtet gewesen sei.

27 Auf den hier vorliegenden Fall der Kündigung einzelner Werklieferungsverträge lässt sich diese Rechtsprechung nicht übertragen. Die Beklagte hat ihre Kündigung nicht auf den Eigenantrag der Schuldnerin vom Oktober 2012 gestützt. Die Kündigung betraf vielmehr Verträge, die erst nach dem Insolvenzantrag und in dessen Kenntnis geschlossen worden waren.

28 (3) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche die Beklagte zum Anlass ihrer Kündigung genommen hat und die ebenfalls auf den von der Schuldnerin zu vertretenden Mangel an Zahlungsmitteln zurückzuführen ist, stellt keinen wichtigen Grund für die Kündigung der zuvor geschlossenen Werklieferungsverträge dar.

29 aa) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin hatte die Beklagte zwar keine Sicherheit mehr darüber, ob der Verwalter die Verträge erfüllen würde oder nicht. Sie hatte nur noch die Möglichkeit den Verwalter gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO zur Ausübung des Wahlrechts aufzufordern. Der Verwalter hat unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) seine Entscheidung mitzuteilen. Welche Überlegungsfrist angemessen ist, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Falles (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 145 zu § 117 InsO-E). Mit einer Entscheidung innerhalb weniger Tage hätte die Beklagte nicht ohne weiteres rechnen können, auch wenn die Interessen des Bestellers, der sich gegebenenfalls anderweitig eindecken muss, zu berücksichtigen sind (vgl. Jaeger/Jacoby, InsO, 2014, § 103 Rn. 211 f). Überdies bestand das im Insolvenzverfahren typi-

scherweise höhere Risiko des Scheiterns der Betriebsfortführung. Selbst wenn der Kläger also die Erfüllung der Werklieferungsverträge gewählt hätte, wäre aus Sicht der Beklagten möglicherweise zu befürchten gewesen, dass die Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht werden würden.

30           bb) Sowohl das Risiko der verzögerten Entscheidung über die Erfüllung der Verträge als auch dasjenige der Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren hat der Vertragspartner des Insolvenzschuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch hinzunehmen; eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen sie nicht. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO kann durch eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht unterlaufen werden. Das gilt sowohl in zeitlicher als auch in persönlicher Hinsicht. Die Insolvenzordnung räumt dem Verwalter die Möglichkeit ein, sich unverzüglich - also innerhalb angemessener, den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung tragender Frist - für oder gegen eine Erfüllung vor der Eröffnung geschlossener und beidseitig nicht vollständig erfüllter Verträge zu entscheiden. Entscheidet er sich für die Erfüllung eines Vertrages, ist der Vertrag wie vereinbart durchzuführen. Diese Rechte des Verwalters hält die Insolvenzordnung für so bedeutend, dass sie im Voraus nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden dürfen (§ 119 InsO). Dann können sie aber auch nicht nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Begründung einer Kündigung aus wichtigem Grund wegen einer typischerweise mit ihnen verbundenen Gefährdung des Vertragszwecks herangezogen werden.

31           (4) Auf das Schreiben des Klägers vom 27. März 2013 konnte die Kündigung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr gestützt werden. Der Kläger hat in diesem Schreiben - folgt man zugunsten der Beklagten der Auslegung des Berufungsgerichts - zwar angekündigt, dass er sich nach der

Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr an die Vereinbarung vom 1./4. März 2013 gebunden sehen würde. Die fehlende Bindung an Verträge, die vor der Eröffnung geschlossen wurden und im Zeitpunkt der Eröffnung von keiner Seite vollständig erfüllt waren, ist in § 103 InsO jedoch vorgesehen. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung aus wichtigem Grund vor der Eröffnung möglich gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung.

32            4. Der Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB setzt keine Erfüllungswahl des Verwalters voraus. Zwar kann der Verwalter grundsätzlich nur aus solchen Verträgen vertragliche Ansprüche herleiten, deren Erfüllung er gewählt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015 - IX ZR 198/14, WM 2016, 90). Nachdem die Beklagte die Werklieferungsverträge jedoch wirksam gekündigt hatte, war eine Erfüllung der Herstellungs- und Lieferungsansprüche der Beklagten aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

33            5. Gemäß § 649 Satz 2 BGB kann der Kläger Zahlung der vereinbarten Vergütung verlangen. Er muss sich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung der Verträge an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige



Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.  
Einwendungen gegen die Berechnung des Anspruchs erhebt die Revision nicht.

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 27.11.2014 - 12 HKO 4346/14 -

OLG München, Entscheidung vom 21.10.2015 - 7 U 4916/14 -