

# 25. Leipziger Insolvenzrechtstag

## Insolvenzbezogene Lösungsklauseln

**12. Februar 2024**

Prof. Dr. Florian Jacoby  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht



## BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 213/21

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.

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

LG Hannover

# Agenda

- I. Zur Fragestellung
  1. Typische Klauselgestaltungen
  2. Wertungsfragen
  3. Rechtliche Ansatzpunkte einer Unwirksamkeit
- II. Weichenstellungen des BGH
  1. Was bisher geschah
  2. Die Neuausrichtung durch BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21
- III. Rechtliche Analyse
  1. Gesetzliches Lösungsrecht wegen Insolvenz als Pflichtverletzung?
  2. Insolvenzzrechtliche Grenzen für insolvenzbezogene Lösungsklauseln
    - a) Spezielle Regelungen (§ 112 InsO, § 44 StaRUG, § 225a Abs. 4 InsO)
    - b) Zwingende Natur von §§ 103 ff. InsO (§ 119 InsO)
    - c) Vorsatzanfechtung, §§ 143, 133 Abs. 1 InsO
  3. Zivilrechtliche Grenzen für insolvenzbezogene Lösungsklauseln
    - a) AGB-Kontrolle, §§ 307, 308 Nr. 3 BGB
    - b) Ausübungskontrolle, § 242 BGB

# 1. Typische Klauselgestaltungen

- Klauseln knüpfen an
  - Insolvenz-
    - Eröffnung,
    - Antrag,
    - Grund,
  - Einwirkungen auf einen Vertrag durch
    - Beendigung des Vertrags,
    - Kündigungsmöglichkeit des solventen Teils,
    - Wegfall von Sonderbedingungen (Sonderpreis), ggf. rückwirkend.
- Sind solche Klauseln insolvenzbeständig (wirksam, nicht anfechtbar)?

# Typische (AGB-) Klauseln

- **§ 8 VOB/L: Lösung des Vertrags durch den Auftraggeber**
  1. Der Auftraggeber kann 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.
- **§ 8 VOB/B: Kündigung durch den Auftraggeber**
  - (2)
    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.
    2. Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.

## 2. Wertungsfragen

- Vertragsgestaltungen sind grundsätzlich von der **Vertragsfreiheit** gedeckt.
- Insolvenzbezogene Lösungsklauseln stellen allerdings eine **Gläubigerbenachteiligung** dar.  
(Der Klauselverwender schränkt sein Leistungsversprechen nicht allein zu Lasten des (insolventen) Vertragspartners, sondern der Gesamtheit von dessen Gläubigern ein, denen gegenüber das Leistungsversprechen nicht/modifiziert gelten soll.)
- Gibt es für diese Gläubigerbenachteiligung eine hinreichende **Rechtfertigung**?
  - Sicherungsbedürfnis des Verwenders?  
(Im Unterschied zu Sicherheiten wird nicht die Durchführung des Leistungsversprechens gesichert, sondern die Lösung davon ermöglicht.)
  - Liegt in der bloßen Insolvenz eine dem insolventen Vertragspartner vorwerfbare Schutz-Pflichtverletzung?  
(Im Unterschied zu möglichen Leistungspflichtverletzungen infolge der Insolvenz.)

# 3. Mögliche Grenzen von Lösungsklauseln

- Insolvenz- und Restrukturierungsrecht
  - Spezielle Regelungen (§ 112 InsO, § 44 StaRUG, § 225a Abs. 4 InsO),
  - § 119 InsO,
  - Vorsatzanfechtung, §§ 143, 133 Abs. 1 InsO.
- Zivilrecht
  - AGB-Kontrolle, §§ 307, 308 Nr. 3 BGB,
  - Ausübungskontrolle, § 242 BGB.

## II. Weichenstellungen des BGH

### 1. Was bisher geschah:

- BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11: **Lösungsklauseln** in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind **unwirksam** (Grund: § 119 InsO).
- BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15: Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. **§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B** (2009) sind **nicht** gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO **unwirksam**.
- BGH v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15: 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.

## 2. Die Neuausrichtung durch BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21

- 1a. 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).
- 1b. 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**.



# III. Rechtliche Analyse

1. Gesetzliches Lösungsrecht wegen Insolvenz als Pflichtverletzung?
2. Insolvenzrechtliche Grenzen für insolvenzbezogene Lösungsklauseln
  - a) Spezielle Regelungen (§ 112 InsO, § 44 StaRUG, § 225a Abs. 4 InsO)
  - b) Zwingende Natur von §§ 103 ff. InsO (§ 119 InsO)
  - c) Vorsatzanfechtung, §§ 143, 133 Abs. 1 InsO
3. Zivilrechtliche Grenzen für insolvenzbezogene Lösungsklauseln
  - a) AGB-Kontrolle, §§ 307, 308 Nr. 3 BGB
  - b) Ausübungskontrolle, § 242 BGB

# 1. Gesetzliches Lösungsrecht wegen Insolvenz als Pflichtverletzung?

- Rechtsprechungstendenzen
  - BGH v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15 Rn. 43, 58 f.: Insolvenz als Pflichtverletzung (BT-Drucks. 18/8486, 50: Insolvenz als Beispiel für § 648a BGB),
  - BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21: Definition der Insolvenz als außerordentlicher Grund, wenn typisierte Interessen dem entsprechen.
- Kritik: „Stigma der Insolvenz“
  - Trennung von finanzieller Situation und Leistungspflichten
    - § 321 Abs. 1 BGB: Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird.
  - Wirkt sich die Insolvenz auf die Leistungserbringung aus?  
Leistungspflichtverletzung, Unzuverlässigkeit, Unternehmensschließung ...

## 2. Insolvenzrechtliche Grenzen

### a) Spezialregelungen

- **§ 112 InsO: Kündigungssperre**
- Ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, kann der andere Teil nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht kündigen:
  - (1) wegen eines Verzugs mit der Entrichtung der Miete oder Pacht, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist;
  - (2) wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners.
- **§ 44 StaRUG: Verbot von Lösungsklauseln**
  - (1) <sup>1</sup>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) Dem **Absatz 1 entgegenstehende Vereinbarungen** sind unwirksam. (...)
- **§ 225a InsO: Rechte der Anteilsinhaber**
  - (4) <sup>1</sup>Maßnahmen nach Absatz 2 oder 3 [gesellschaftsrechtliche Maßnahmen] berechtigen nicht zum Rücktritt oder zur Kündigung von Verträgen, an denen der Schuldner beteiligt ist. <sup>2</sup>Sie führen auch nicht zu einer anderweitigen Beendigung der Verträge. <sup>3</sup>**Entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen** sind unwirksam. (...)

## b) Zwingende Natur von §§ 103 ff. InsO

- **§ 119 InsO: Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen**  
Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.
- **§ 137 *RegE-InsO*: Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen**  
*(2) 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. 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.*

# Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags

- **Zivilrecht**

- **§ 320 BGB: Einrede des nicht erfüllten Vertrags**

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.

- **§ 321 BGB: Unsicherheitseinrede**

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. (...).

- **Insolvenzrecht**

- **§ 103 InsO: Wahlrecht des Insolvenzverwalters**

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

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

- **§ 108 InsO: Fortbestehen bestimmter Schuldverhältnisse**

(1) Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. (...)

# § 119 InsO – Schwäche dieser Anknüpfung

- Sachlicher Anwendungsbereich: Verwalterwahlrecht
  - Auf den Insolvenzfall auflösend bedingte Schenkung,
  - Auf den Insolvenzfalls (rückwirkend) auflösend bedingte Sonderkonditionen.
- Zeitlicher Anwendungsbereich: Insolvenzeröffnung
  - BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11: „Vorwirkung“ auf den Insolvenzantrag,
  - Insolvenzgründe?
- Rechtsfolge: Schutz von §§ 103 – 118 InsO
  - Gegenstand der §§ 103 ff. InsO ist nicht Verbot von Lösungsklauseln, sondern Schutz der Einrede des nichterfüllten Vertrags im Falle der Vertragsfortführung bei Insolvenz.
  - **Zwingende Natur: Passt differenzierende Rechtsfolge des BGH zur strengen „Alles-oder-nichts-Lösung“ des § 119 InsO?**

## c) Vorsatzanfechtung

Voraussetzungen der §§ 129, 133 Abs. 1 InsO

- **Gläubigerbenachteiligung**, § 129 InsO  
Insolvenzbezogene Lösungsklauseln stellen wegen der auf die Insolvenz beschränkten Wirkung grundsätzlich eine Gläubigerbenachteiligung dar (Ausnahme: Einheit von Vertrag und Lösungsklausel).
- **Subjektive Merkmale** des § 133 Abs. 1 InsO  
Verwendung der Klausel indiziert auch subjektive Merkmale (Ausnahme: Standard-AGB).
- **Anfechtungsfrist**, § 133 Abs. 1 InsO  
Zehn-Jahresfrist greift trotz § 140 Abs. 3 InsO nicht, weil Benachteiligung gerade in der Bedingung liegt.

## 3. Zivilrechtliche Grenzen

### a) AGB-Kontrolle

#### –Anwendbarkeit:

Insolvenzschuldner als Vertragspartner repräsentiert Gläubigerinteressen.

#### –Inhaltskontrolle des **Lösungsgrundes**

§ 308 Nr. 3 BGB (sachlich gerechtfertigter Grund von der Leistungspflicht zu lösen) stellt die einschlägige Frage.

#### –Inhaltskontrolle wegen **fehlender Erklärungsfrist**

Ausgestaltung einer außerordentlichen Kündigung bedarf Erklärungsfrist wie § 314 Abs. 3, § 626 Abs. 2 BGB; Unwirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B.

### b) Ausübungssperre nach § 242 BGB

(vgl. BGH v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21 Rn. 55).



# Thesen: Jacoby, ZIP 2023, 2273

1. Der IX. Zivilsenat des BGH hat mit seiner jüngsten Entscheidung zu Lösungsklauseln zurecht das Augenmerk auf das zugrunde liegende Wertungsproblem gelegt. Seine Wertungen, namentlich die Unterscheidung zwischen Sach- und Geldleistungsgläubiger, überzeugen indessen nicht. Die Insolvenz eines Vertragspartners ist typischerweise nicht als außerordentlicher Kündigungsgrund anzuerkennen.
2. Lösungsklauseln wecken Bedenken, weil sie in zu pauschaler Weise an die wirtschaftliche Verfassung des Vertragspartners statt an die Leistungsabwicklung anknüpfen, ohne ein konkretes Schutzbedürfnis des Vertragspartners auszudrücken.
3. Einschlägiges Institut, um diesen Wertungen Rechnung zu tragen, ist entgegen der BGH-Entscheidung nicht die zwingende Natur von §§ 103 ff. InsO aufgrund von § 119 InsO, sondern die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO sowie die AGB-Kontrolle nach §§ 307, 308 Nr. 3 BGB. Ergänzend kann die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB greifen.
4. Die AGB-Kontrolle kann nicht nur dann zur Unwirksamkeit führen, wenn es der Lösungsklausel an einem sachlichen Grund mangelt, sondern auch dann, wenn eine Erklärungsfrist fehlt, wie sie für die außerordentliche Kündigung § 626 Abs. 2, § 313 Abs. 3 BGB anordnen.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht

Universität Bielefeld  
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

[florian.jacoby@uni-bielefeld.de](mailto:florian.jacoby@uni-bielefeld.de)

<https://uni-bielefeld.de/fakultaeten/rechtswissenschaft/ls/jacoby/>