

- die europäischen gewerblichen Schutzrechte, die nur Massegegenstand eines Hauptinsolvenzverfahrens sein können, Art. 15 EuInsVO,
- den Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers bei entgeltlicher Verfügung des Schuldners nach Insolvenzeröffnung über bestimmte Gegenstände nach der *lex rei sitae* (unbewegliche Gegenstände; registerpflichtige Schiffe und Luftfahrzeuge bzw. Wertpapiere mit konstitutiver Wirkung ihres Eintrags in ein öffentliches Register).

## V. Fazit

1. Das Internationale Insolvenzrecht hat große Bedeutung für den reibungslosen Umlauf der Güter und Dienstleistungen einschließlich der Güter des geistigen Eigentums in einem gemeinsamen Binnenmarkt der EU, des EWR und in Europa sowie angesichts der zunehmend weltweit verflochtenen arbeitsteiligen Volkswirtschaften.

2. Gleiche oder vergleichbare Strukturprinzipien und klare kollisionsrechtliche Abgrenzungskriterien erleichtern die Vorhersehbarkeit von Ergebnissen in der Krise

eines Geschäftspartners und dienen der Rechtssicherheit, die so aufgebauten Rechtsordnungen Wettbewerbsvorteile verschafft.

3. Ob ein gemeinsames europäisches materielles Insolvenzrecht in absehbarer Zeit möglich ist, bleibt offen. Dagegen stehen nicht nur mitgliedstaatliche Rechtstraditionen, sondern auch die Vernetzung des Insolvenzrechts mit anderen zentralen Regelwerken der Rechtsordnung, z. B. dem Gesellschaftsrecht, dem Arbeitsrecht, dem Sozialrecht und nicht zuletzt die zentrale Frage, welchem Zweck ein Insolvenzverfahren dienen soll. Bei Zustandekommen eines europäischen materiellen Regelwerks ist ein Internationales Insolvenzrecht unverändert gegenüber Drittstaaten erforderlich.

4. Ein Blick auf die Empfehlungen der UNCITRAL erscheint stets sachgerecht, um internationale Entwicklungen zu berücksichtigen.

5. Derzeit ist ungeklärt, wie in dem System der Regelwerke der RL-Entwurf der EU-Kommission zu einem »präventiven Restrukturierungsrahmen« zu verorten ist. Man wird wohl primär ein »nicht-öffentliches Gesamtverfahren« sui generis annehmen dürfen.

## Aufsatz

Tobias Wellensiek / Martin Kurtz

# Kündigung bei Insolvenz des Werkunternehmers?

Besprechung des BGH-Urteils vom 14. 9. 2017 – IX ZR 261/15, DZWIR 2018, 45

<https://doi.org/10.1515/dwir-2018-0004>

## I. Einleitung

Das Urteil des IX. Zivilsenats<sup>1</sup> schließt an zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Themenkomplex

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15, DZWIR 2018, 45 (in diesem Heft).

**Tobias Wellensiek**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, MELCHERS Rechtsanwälte PartG mbB, Heidelberg.

**Martin Kurtz**, Rechtsanwalt, MELCHERS Rechtsanwälte PartG mbB, Heidelberg.

der Kündigung von Werkverträgen in der Insolvenz des Unternehmers an. Dabei ist zwischen vertraglichen insolvenzabhängigen Lösungsmöglichkeiten, gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten und der richterrechtlichen Kündigung aus wichtigem Grund für Bauverträge<sup>2</sup> zu unterscheiden.

In dem Urteil vom 15.11.2012<sup>3</sup> hatte sich der IX. Zivilsenat wegen eines Verstoßes gegen § 119 InsO gegen die Wirksamkeit von vertraglichen insolvenzabhängigen

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 140/95, WM 1996, 2023, 2024 m. w. N.; Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 = DZWIR 2016, 437 mit Anm. T. Wellensiek.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, DZWIR 2013, 328 mit Besprechung T. Wellensiek / Ph. Scharfenberg, DZWIR 2013, 317.

Lösungsklauseln in einem Energielieferungsvertrag ausgesprochen. In seiner Entscheidung argumentierte der IX. Zivilsenat, dass durch solche vertraglichen Lösungsmöglichkeiten das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen werde.<sup>4</sup> Dies gelte nur dann nicht, wenn die vertragliche Lösungsmöglichkeit einer gesetzlich vorgesehenen entspreche.<sup>5</sup> Die Entscheidung schien zugleich das »Aus« für bauvertragliche Lösungsklauseln in der Insolvenz zu bedeuten. Sie wurde als »Abgesang auf die VOB/B« angesehen.<sup>6</sup>

In dem Urteil vom 7.4.2016<sup>7</sup> wiederum entschied der VII. Zivilsenat, dass die Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (i. d. F. von 2009) nicht gegen § 143 BGB i. V. m. §§ 103, 119 InsO verstoße, und nahm damit jedenfalls für VOB/B-Bauverträge eine Wirksamkeit von vertraglichen insolvenzabhängigen Lösungsklauseln zumindest für den Fall eines Eigenantrags des Insolvenzschuldners an. In seiner Begründung wich der VII. Zivilsenat allerdings nicht von dem Urteil des IX. Senats aus dem Jahr 2012<sup>8</sup> ab, da er sich hinsichtlich der reinen Kündigungsmöglichkeit maßgeblich auf die gesetzlich in § 649 BGB vorgesehene Kündigung stützte und nach seiner Wertung die vertragliche Lösung insofern nicht weiter ging, als das Gesetz ohnehin vorsah. In seinem Urteil setzte der VII. Zivilsenat ohne weitere Begründung die Zulässigkeit einer freien Kündigung auch in der Insolvenz voraus.

Das aktuelle Urteil des IX. Zivilsenats<sup>9</sup> bestätigt zunächst die Fortgeltung der Kündigungsmöglichkeit nach § 649 BGB in der Insolvenz, sieht aber in dem ihm vorgelegten Fall (Eröffnung des Insolvenzverfahrens) keinen Anlass für eine Kündigung aus wichtigem Grund.

Eine zentrale Frage ist, ob der IX. Zivilsenat durch seine Entscheidung der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zur Kündigung aus wichtigem Grund wegen der Insolvenz des Werkunternehmers eine Absage erteilt. Diese Frage ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Auch ist die Entscheidung mit Blick auf den ab 1.1.2018 geltenden § 648 a BGB<sup>10</sup> (Kündigung aus wichtigem Grund) zu bewerten.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 15. 11. 2012 – IX ZR 169/11, Rn. 13, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 15. 11. 2012 – IX ZR 169/11, Rn. 13, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>6</sup> So *Schmitz*, IBR 2013, 278.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, a. a. O. (Fn. 2).

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15, a. a. O. (Fn. 1).

<sup>10</sup> § 648 a BGB i. d. F. des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts vom 28.4.2017, BGBl. I 969.

## II. Das Urteil des BGH vom 14. 9. 2017 – IX ZR 261/15

### 1. Kündigung auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens habe – so der BGH – die Vertragspartnerin der Insolvenzschuldnerin den zuletzt abgeschlossenen Werklieferungsvertrag nach § 649 BGB gekündigt, indem sie der Insolvenzschuldnerin gegenüber erklärte, dass sie keine Grundlage mehr für weitere Geschäftsbeziehungen sehe. Der zwischen der Schuldnerin und deren Vertragspartnerin im Jahr 2008 geschlossene Rahmenvertrag habe lediglich modifiziert durch die Vereinbarung über einen 30 %-igen Preisaufschlag fortbestanden. Daran habe sich durch die Nichtannahme der von der Insolvenzschuldnerin angebotenen weiteren Modifizierung mit einem 38 %-igen Preisaufschlag nichts geändert. Erst durch ihre der Insolvenzschuldnerin am 2.4.2013 zugegangene Erklärung seien auf dem Rahmenvertrag basierende, noch nicht erfüllte Werklieferungsverträge von der Vertragspartnerin der Insolvenzschuldnerin gemäß § 649 BGB gekündigt worden.

Damit bestätigt der BGH die Fortgeltung des § 649 BGB auch nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Der Schutz der Masse verlange es nicht, dem Besteller diese Möglichkeit zu nehmen. Der BGH führt dazu aus, dass regelmäßig nur der Besteller ein Interesse an der Ausführung des Werkes habe, während das Interesse des Unternehmers primär auf die Zahlung des Werklohns gerichtet sei. Diesem Interesse und damit auch dem Zweck des Schutzes der Masse werde durch die Vergütungsfolge in § 649 Satz 2 BGB ausreichend Rechnung getragen.<sup>11</sup>

Diese rechtliche Bewertung entspricht der bislang herrschenden Meinung zur Wirksamkeit des § 649 BGB in der Insolvenz.<sup>12</sup>

### 2. Keine Ausübung des Wahlrechts durch den vorläufigen Verwalter

In der vorliegenden Entscheidung vom 14.9.2017 macht der IX. Zivilsenat noch einmal deutlich, dass das Wahlrecht des Verwalters erst mit der Eröffnung des Insolvenz-

<sup>11</sup> So auch schon BGH, Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 133/10, BGHZ 188, 149 Rn. 11.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. BGH, Urt. v. 26.9.1985 – VII ZR 19/85; *Voit*, in: *Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, VOB Teil B*, 2. Aufl., § 8 Rn. 5; ferner z. B. *Koenen*, *BauR* 2011, 352, 353.

verfahrens entsteht. Ein vorläufiger Verwalter könne das Wahlrecht nach § 103 InsO nicht ausüben. Dies entspreche der ständigen Rechtsprechung und allgemeinen Meinung in der Literatur und gründe sich vor allem auf den Wortlaut des § 103 InsO und dessen systematische Stellung im zweiten Abschnitt des dritten Teils der InsO, welche die Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens regelt.<sup>13</sup>

### 3. Kein Vertrauensschutz wegen Erklärungen des vorläufigen Verwalters

Der IX. Zivilsenat folgt nicht der Argumentation der Vertragspartnerin der Insolvenzschuldnerin, dass die Insolvenzschuldnerin auf Grund der Erklärung des vorläufigen Verwalters, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht an den Verträgen festhalten zu wollen, wegen eines dadurch begründeten Vertrauens dazu verpflichtet sei, die Nichterfüllung zu wählen.

Auf den der Entscheidung zugrundeliegenden Fall lasse sich die Senatsrechtsprechung<sup>14</sup> zur Einschränkung der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen Verwalters nicht anwenden. Gerade da die Vertragspartnerin der Insolvenzschuldnerin ein Angebot des vorläufigen Verwalters nicht angenommen habe, sei eine vertragliche Verpflichtung, welche einen Vertrauensschutz genießen könne, nicht zustande gekommen.

### 4. Keine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB

Eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB verneint der IX. Senat. Nur der Rahmenvertrag selbst stelle ein Dauerschuldverhältnis dar, auf welches § 314 BGB Anwendung finde könne.

Tatsächlich habe die Vertragspartnerin der Insolvenzschuldnerin jedoch nicht den Rahmenvertrag an sich, sondern einen daraus durch den Abruf von Metallgussteilen resultierenden einzelnen Werklieferungsvertrag gekündigt. Eine Kündigung aus wichtigem Grund sehe das aktuell noch gültige Werkvertragsrecht nicht vor.

### 5. Keine Kündigung aus wichtigem Grund nach Richterrecht

Zwar verweist der IX. Zivilsenat auf die ständige Rechtsprechung des BGH<sup>15</sup>, nach der auch im Werkvertragsrecht eine Kündigung aus wichtigem Grund bei gleichzeitigem Wegfall des Vergütungsanspruchs für noch nicht erbrachte Leistungen möglich sei, wenn durch ein schuldhaftes Verhalten des Werkunternehmers der Vertragszweck so gefährdet sei, dass der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnis nicht mehr zugemutet werden könne.

Diese Rechtsprechung lasse sich jedoch nicht auf den vorliegenden Fall anwenden. Die der angesprochenen Rechtsprechung zugrunde liegenden Erwägungen basierten stets darauf, dass der Entscheidung des Bestellers, mit einem bestimmten Unternehmer zu kontrahieren, ein besonderes Vertrauen in dessen Leistungsfähigkeit vorausgehe. Durch einen (Eigen-)Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens werde dieses schuldhaft durch den Unternehmer erschüttert und begründe daher einen wichtigen Grund zur Kündigung.<sup>16</sup>

In dem vorliegenden Fall wurde jedoch der gegenständliche Werklieferungsvertrag zeitlich nach dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geschlossen. Auf ein besonderes Vertrauen in die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers habe sich der Vertragspartner der Insolvenzschuldnerin als Besteller daher nicht berufen können.

## III. Besonderheiten der Entscheidung

### 1. Zulässigkeit der Kündigung nach § 649 BGB in der Insolvenz

Das Urteil vom 14.9.2017 ist die erste Entscheidung des BGH, in dem die Zulässigkeit einer freien Kündigung gemäß § 649 BGB auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter der Geltung der Insolvenzordnung explizit bestätigt wurde. Der BGH hatte die Zulässigkeit einer solchen Kündigung bisher nur unter der

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 19 m. w. N.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 9.12.2004 – IX ZR 108/04, BGHZ 161, 315; Urt. v. 10.1.2013 – IX ZR 161/11, WM 2013, 510 Rn. 18; BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1 Rn. 52.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 140/95, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 26.

Konkursordnung bestätigt<sup>17</sup> oder stillschweigend vorausgesetzt.<sup>18</sup>

## 2. Abgrenzung zur Rechtsprechung des VII. Zivilsenats

Es stellt sich die Frage, ob sich der IX. Zivilsenat in seiner aktuellen Entscheidung gegen das Urteil des VII. Zivilsenats vom 7.4.2016 stellt und bei Werkverträgen einer Kündigung aus wichtigem Grund aufgrund der Insolvenz des Unternehmers damit generell eine Absage erteilen will.

Das ist wohl zu verneinen: Zum einen listet der IX. Zivilsenat die Entscheidung des VII. Zivilsenats als ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>19</sup> zur Kündigung aus wichtigem Grund bei Werkverträgen auf, zum anderen hatte er einen anders gelagerten Fall als der VII. Zivilsenat zu entscheiden.

Auch der VII. Zivilsenat würde den vorliegenden Fall unter Beachtung seiner eigenen Begründung wohl ebenfalls nicht dahingehend entschieden haben, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Unternehmers einen wichtigen Grund für die Kündigung eines nach dem Insolvenzantrag geschlossenen Vertrages darstelle.

Dennoch erwecken die weiteren Ausführungen des IX. Zivilsenats<sup>20</sup> den nicht von der Hand zu weisenden Eindruck, als wolle er sich bewusst von der Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 7.4.2016 abgrenzen.

Der Besteller muss bei Werkverträgen nach Ansicht des IX. Zivilsenats sowohl die Folgen einer verzögerten Entscheidung über die Erfüllung des Vertrages als auch das Risiko der Betriebsfortführung bzw. Nichtfortführung in der Insolvenz trotz Erfüllungswahl hinnehmen. Der Senat betont, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO nicht unterlaufen dürfe.<sup>21</sup>

Diese Grundsätze formuliert der IX. Zivilsenat so allgemeingültig und dogmatisch, als wolle er sie auf alle denkbaren Fälle ausweiten, also auch etwa auf § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B. Diese Deutung wird durch die Ausführung gestützt, dass die InsO das Wahlrecht des Verwalters für so bedeutend halte, dass es nicht im Voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden könne (§ 119 In-

sO). Es sei daher verfehlt, die Risiken, die durch eben dieses Wahlrecht für den Vertragspartner des insolventen Schuldners entstünden, zur Begründung eines wichtigen Grundes für eine Kündigung heranzuziehen.

Der BGH lässt in seinen Ausführungen allerdings unerwähnt, dass der Gesetzgeber der Insolvenzordnung davon ausging, dass § 119 InsO das Kündigungsrecht nach § 8 VOB/B nicht tangiere.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat bei der Entstehung der InsO zum Ausdruck gebracht, die Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln zu ermöglichen, indem er diejenigen Passagen der Entwurfsfassung der InsO gestrichen hat, die eine Unwirksamkeit von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln statuierten.

Betrachtet man die Ausführungen des IX. Zivilsenats isoliert, muss man davon ausgehen, dass dessen Wertung unabhängig von der Vertragsart bzw. dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt Gültigkeit haben soll. Auch wenn der IX. Zivilsenat vorliegend einen anderen Fall zu entscheiden hatte, grenzt er sich von der Rechtsauffassung des VII. Senats<sup>23</sup> doch deutlich ab. Dies mag als Signal an den VII. Zivilsenat gedacht sein, bei künftigen Entscheidungen des VII. Zivilsenats zu den anderen Fallvarianten des § 8 Abs. 2 VOB/B – gerade bezüglich des Kündigungsrechts nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – eine restriktive Auslegung walten zu lassen.

## 3. Vorgriff auf die Auslegung des § 648 a BGB n.F. ab 1.1.2018 ?

Fraglich ist, ob das Urteil dahin gehend zu verstehen ist, dass auch unter der Geltung des neuen Bauvertragsrecht die Insolvenz des Werkunternehmers keinen wichtigen Grund für eine Kündigung nach § 648 a BGB n.F. darstellen soll. Mit der Bauvertragsrechtsnovelle wird ab dem 1.1.2018 eine Kündigung aus wichtigem Grund in das BGB eingefügt. Der neue § 648 a BGB<sup>24</sup> wird dabei an die Struktur des bisher schon existierenden § 314 BGB angelehnt. Anders als in der VOB/B in § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 explizit benannt, sieht der neue § 648 a BGB keine ausdrückliche Regelung für die Fälle der Insolvenz des Werkunternehmers vor.

Tatsächlich erwähnt die aktuelle Entscheidung den neuen § 648 a BGB an zwei Stellen. Es wird allerdings lediglich dazu ausgeführt, dass zukünftig eine Kündigung

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 26.9.1985 – VII ZR 19/85.

<sup>18</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 27. 5. 2003 – IX ZR 51/02, BGHZ 155, 87, 90; BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 25.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 14.9.2017 – IX ZR 261/15, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 24.

<sup>20</sup> BGH, ebda, Rn. 26, 29 f.

<sup>21</sup> BGH, ebda, Rn. 30.

<sup>22</sup> Dazu ausführlich T. Wellensiek / Ph. Scharfenberg, DZWIR 2013, 317 ff.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, a. a. O. (Fn. 2).

<sup>24</sup> § 648 a BGB i. d. F. des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts v. 28.4.2017, BGBl. I 969.

aus wichtigem Grund auch für den Werkvertrag normiert sein werde. Eine direkte Stellungnahme zur Bewertung der insolvenzbezogenen Fälle enthält die Entscheidung nicht.

Es geht also aus dem Urteil nicht eindeutig hervor, ob der IX. Zivilsenat der generellen Auffassung ist, dass die Insolvenz des Schuldners für sich genommen nie einen wichtigen Grund darstelle oder ob für Werkverträge bzw. Bauverträge eine Ausnahme gelten könne.

#### 4. Von der Gesetzesbegründung des § 648 a BGB n. F. abweichende Auslegung

Verstünde man das Urteil tatsächlich in der Weise, dass die Insolvenz aus sich heraus in keinem Fall einen wichtigen Grund darstellen könne, so stünde dies im Widerspruch zur Gesetzesbegründung<sup>25</sup> des neuen § 648 a BGB. Hierin wird eindeutig ausgeführt, dass zwar von einer Normierung einzelner Kündigungstatbestände wie in § 8 VOB/B abgesehen wurde.<sup>26</sup> Allerdings wird zur Insolvenz des Unternehmers weiter ausgeführt, dass diese durchaus »in der Praxis häufig einen wichtigen Grund zur Beendigung des Werkvertrages« darstellen wird.<sup>27</sup>

Hintergrund für die allgemeine Formulierung sei, dass man von einer pauschalen Regelung absehen wollte, um der Vielschichtigkeit des Einzelfalles gerecht werden zu können. So soll auch im Fall einer Insolvenz zwischen den Interessen des Unternehmers an einer *Sanierung* und denen des Bestellers an einer *möglichst reibungslosen Abwicklung des Bauvorhabens* abgewogen werden können.<sup>28</sup>

Daraus lässt sich bei verständiger Würdigung nur schließen, dass der Gesetzgeber die Insolvenz als wichtigen Grund für die Kündigung des Werkvertrages anerkennt. Sie soll jedoch einer Abwägung im Einzelfall zugänglich sein, um den jeweiligen Interessen auch in der Vielschichtigkeit der möglichen Einzelfälle gerecht werden zu können.

Mit diesem neuen gesetzlichen Leitbild sind folglich auch insolvenzbezogene Kündigungsklauseln selbst in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers als Verrücker wirksam, sofern sie dem Besteller keine weitergehenden Rechte einräumen als die gesetzliche Regelung. Es

ist zu empfehlen, bei der Vertragsgestaltung Fallgruppen zu bilden, die sich an dem orientieren, was der Gesetzgeber selbst in der Gesetzesbegründung als Beispiele nennt (z. B. der Unternehmer stellt den Geschäftsbetrieb ein; die Baustelle wird nicht weiter bearbeitet). Weiter dürfte es empfehlenswert sein, als Voraussetzung für die Kündigung weitere Voraussetzungen zu regeln, die dem gesetzlichen Tatbestandmerkmal der Unzumutbarkeit Rechnung tragen (z. B. Notwendigkeit des Setzens einer Nachfrist durch den Besteller, bevor aus wichtigem).

Die Wirksamkeit derartiger Klauseln wird weiter davon abhängen, ob die dort geregelte *Rechtsfolge* über die Regelung des § 648 a BGB hinausgeht, wonach der gekündigte Unternehmer nur berechtigt ist, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werkes entfällt.

## IV. Zusammenfassung

Das aktuelle Urteil des BGH bestätigt zunächst die in vorangegangenen Urteilen unter der Geltung der Insolvenzordnung bisher nur vorausgesetzte Zulässigkeit einer freien Kündigung nach § 649 BGB in der Insolvenz des Werkunternehmers.

Die dabei an den Tag gelegte Deutlichkeit lässt der IX. Zivilsenat allerdings in Bezug auf eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats, namentlich dem Urteil vom 7.4.2016 – VII ZR 56/15, vermissen. Zwar wird eine klare Abgrenzung zur Rechtsauffassung des VII. Zivilsenats erkennbar. Da sich die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats aber auf den zugrunde liegenden Sachverhalt nicht anwenden ließ, war der IX. Zivilsenat zu einer weitergehenden Stellungnahme nicht gezwungen.

Die Ausführungen zur Unzulässigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund unter Wegfall der Vergütungsfolge allerdings sind so formuliert, dass nicht feststeht, wie sich der BGH zukünftig zur Kündigung aus wichtigem Grund positionieren wird.

Es bleibt abzuwarten, wie der IX. Zivilsenat Kündigungen aus wichtigem Grund und insolvenzbezogene Lösungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bestellers zukünftig bewertet.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/8486.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/8486, S. 50.

<sup>27</sup> Ebda.

<sup>28</sup> Ebda.