

# Kündigung des Auftraggebers des Werkvertrages gegenüber Insolvenzverwaltung nach Eröffnung des Verfahrens

-OLG Dresden, IBR online vom 21.8.2023, 22 U 2617/22-

*RA Torsten Steinwachs, geschäftsführender Gesellschafter der BMS Bond Management Support, Avalmanagement, Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt/Freising  
-zertif. Wirtschaftsmediator (Uni. Of Appl. Science, Wismar)-*

*Robin Steinwachs, Wirtschaftsjurist/BMS Frankfurt a.M.*

## I. Ausgangslage

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Herstellung von Kränen. Der AN fällt später in Insolvenz nach Eigenantrag. Der AG kündigt **nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Insolvenzverwalter den Werkvertrag. Die entscheidende Rechtsfrage ist nunmehr, handelt es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund ?

## II. Grundsätzliche Wirksamkeit der Kündigung

Gesicherte Rechtslage ist, dass auch bei einem Eigenantrag des AN auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, außerordentlich gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VOB/B gekündigt werden darf. Hiergegen bestehen keine insolvenzrechtlichen und/oder AGB-rechtlichen Bedenken (BGH, IBR 2016, 346, BGH, IBR 2023, 100).

## III. Besonderheit dieses Falles

Hier hatte der AG **erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekündigt**. Das OLG Dresden geht von einem ***Vorrang des Wahlrechts des Insolvenzverwalters*** nach § 103 InsO aus. Falls der InsV die Erfüllung des Vertrages wählt, ist die Kündigung als sog. freie Kündigung zu werten, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B/ § 648 Satz 1 BGB.

Der AG hätte also den InsV auffordern müssen, sich zu erklären, ob er den Werkvertrag erfüllen möchte oder nicht. Missachtet er dieses Vorgehen, wird seine Kündigung als ***freie Kündigung*** eingestuft mit den für den AG negativen Rechtsfolgen des § 648 Satz 2 und Satz 3 BGB.

## IV. Auswirkungen auf die Avale

Es ist schwierig eine klare Aussage hier zu treffen, da das OLG Dresden davon ausgeht, dass der AG „ohne Rechtsgrund“ gekündigt hat. Dies kann aber nicht richtig sein, denn nach § 648 Satz 1 BGB kann der AG jederzeit kündigen, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegen

muss. Weiterhin sieht das OLG Dresden in § 8 Abs. 2 Ziff. 1 VOB/B ein ordentliches Recht zur Kündigung. Hierbei handelt es sich nach überwiegender Ansicht jedoch um eine Norm, die einen wichtigen Grund für eine Kündigung vertyp (Rodemann, FS für Leupertz, S. 577/585; Schmitz, Anm. zum Urteil des OLG Dresden, ibr online vom 21.8.2023).

Auf jeden Fall kann geprüft werden, ob der AG und zugleich der Bürgschaftsbenefiziar, **durch die Ausübung der freien Kündigung gegen seine Schadensminderungspflicht verstößt und somit der Bürge aus seiner Bürgschaftsverpflichtung frei wird, § 254 BGB. Dies ist u.E. dann der Fall, wenn der InsV Erfüllung des Werkvertrages gewählt hat oder wählen würde.**