

Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis

Reul / Heckschen / Wienberg

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77147-7
C.H.BECK

3. Lösungsklauseln im Gesellschaftsrecht

Auch im **Gesellschaftsrecht** finden sich vielfach solche Lösungsklauseln.³⁷⁵ Dort erfolgt 202 der Insolvenzschutz entweder mittels **aufschiebend bedingter Rückübertragung** nach §§ 398, 413 BGB. Der Insolvenzschutz beruht dann auf **§ 161 Abs. 1 S. 2 BGB**.³⁷⁶ Regelmäßig finden sich aber Lösungsklauseln auch in einem Gesellschaftsvertrag selbst, und zwar in Form von Klauseln, wonach ein Gesellschafter **aus der Gesellschaft ausgeschlossen oder seine Beteiligung eingezogen** werden kann. Aus insolvenzrechtlicher Sicht bestehen keine Einwendungen, weil es sich bei einer derartigen Abrede im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages nicht um einen gegenseitigen Vertrag iSd § 103 InsO handelt.

Auch aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist aber eine **Ausschlussklausel** oder **Einziehungsregelung** für den Fall der Insolvenz bzw. im Falle der Vermögensverschlechterung 203 zulässig:

- Bei der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** ist wegen §§ 728 Abs. 2, 736 BGB darauf zu achten, in den Gesellschaftsvertrag eine Regelung über den Fortbestand der Gesellschaft aufzunehmen.
- Bei **Personenhandelsgesellschaften** nach §§ 105ff. HGB ist dies grundsätzlich nicht erforderlich, § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB.
- Ähnlich ist die Rechtslage im **Kapitalgesellschaftsrecht**. Auch dort muss die Fortsetzung der Gesellschaft bei Ausschließung eines Gesellschafters nicht besonders vereinbart werden. Üblicherweise erfolgt die Absicherung gegen Insolvenz eines Gesellschafters in einer GmbH in der Weise, dass der betroffene Geschäftsanteil bei rechtskräftiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. im Falle der Ablehnung der Eröffnung mangels Masse eingezogen werden kann. Häufig wird in der Satzung zusätzlich vereinbart, dass die Gesellschafter beschließen können, der betroffene Gesellschafter habe seinen Geschäftsanteil auf die Gesellschaft oder eine im Beschluss zu benennende Person zu übertragen.³⁷⁷ Wichtig ist dies, wenn die Einziehungsvoraussetzungen des § 34 Abs. 3 GmbHG nicht gegeben sind, insbesondere wenn das Stammkapital noch nicht vollständig einbezahlt ist oder wenn die Abfindung aus gebundenem Vermögen gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG zu leisten wäre.

Der infolge einer solchen Lösungsklausel ausscheidende Gesellschafter hat grundsätzlich 204 Anspruch auf Abfindung in Höhe des vollen Werts seiner Beteiligung (§ 738 BGB). Die Leistung der Abfindung ist nicht mehr Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abfindung.³⁷⁸ Eine Abfindung unter dem Verkehrswert etwa zum **Buchwert** ist idR zulässig (**Buchwertklausel**).³⁷⁹ Stets **unzulässig** ist dagegen regelmäßig ein **vollständiger Abfindungsausschluss** sowie eine Abfindung unter dem Buchwert.³⁸⁰ Dies gilt auch dann, wenn der Abfindungsausschluss für den Fall einer (groben) Verletzung der Interessen der Gesellschaft vereinbart wird. Eine solche Klausel ist auch nicht als **Vertragsstrafe** zulässig.³⁸¹ Gegebenenfalls wird eine anfänglich zunächst wirksame Abfindungsklausel nach § 242 BGB den veränderten Verhältnissen angepasst, wenn im Laufe der Zeit zwischen dem vertraglich vereinbarten Abfindungsbetrag und dem tatsächlichen Anteilswert eine erhebliche Diskrepanz entsteht.³⁸² Dies kommt namentlich auch bei einer Buchwertklausel in Betracht, wenn stille Reserven entstanden sind, die bei der Abfindung nicht berücksich-

³⁷⁵ Siehe zu steuerrechtlichen Problemen im Fall der Insolvenz der Gesellschaft, deren Anteile übergeben wurden: Wälzholz ZEV 2010, 623 ff.

³⁷⁶ Wälzholz GmbH 2007, 1319.

³⁷⁷ Scholz/Winter GmbHG § 15 Rn. 209 iVm Rn. 179 ff.

³⁷⁸ BGH NZG 2012, 259; Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 34 Rn. 33; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 225.

³⁷⁹ MüKoBGB/Ulmer/Schäfer BGB § 738 Rn. 63.

³⁸⁰ Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 34 Rn. 34a.

³⁸¹ BGH DNotZ 2014, 788.

³⁸² Palandt/Sprau BGB § 738 Rn. 7f.; Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 131 Rn. 62ff.; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 131 Rn. 148ff.

sichtigt werden. Feste Prozentsätze (zB 50 % des Verkehrswerts)³⁸³ gibt es nicht.³⁸⁴ Besonderheiten gelten für **Freiberufler-Sozietäten**.³⁸⁵

- 205 Problematisch ist eine Abfindungsklausel, die die **Abfindung bei Anteilspfändung und Insolvenz** eines Gesellschafters **einschränkt, nicht aber bei sonstigen wichtigen Gründen** in der Person des Gesellschafters.³⁸⁶ Nach zutreffender Auffassung wird die nichtige Klausel nicht zu Lasten der Gläubiger von der Heilungswirkung durch Eintragung der Satzungsklausel im Handelsregister entsprechend § 242 Abs. 2 S. 1 AktG erfasst.³⁸⁷
- 206 Solche allgemeinen Einschränkungen der Rechte ausscheidender Gesellschafter begründen **grundsätzlich keine Gläubigerbenachteiligung für eine Insolvenzverwalteranfechtung** (§§ 129 ff. InsO). In der Regel ist der Gesellschaftsanteil von vornherein mit dieser Einschränkung entstanden, so dass auch ein Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter nicht mehr Rechte geltend machen kann als der Schuldner-Gesellschafter.³⁸⁸ Wird dagegen allein der insolvente Gesellschafter schlechter gestellt, weil etwa nur im Falle des insolvenzbedingten Ausscheidens eine geringere Abfindung geschuldet wird, so ist eine solche Klausel nach § 138 BGB von vornherein unwirksam.³⁸⁹ Auf eine Anfechtbarkeit kommt es dann nicht an.
- 207 Häufig enthalten Einziehungsklauseln in der Satzung die Alternative, dass anstelle einer Zwangseinziehung nach § 34 GmbHG unter denselben Voraussetzungen zur Abtretung seines Geschäftsanteils an die GmbH oder an einen (von der GmbH noch zu benennenden) Dritten verpflichtet ist (**Abtretungsverpflichtung**).³⁹⁰ Drei **Gestaltungsalternativen** werden hierbei diskutiert.³⁹¹
- Als schwächste Regelung kann eine **schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung** begründet werden.³⁹² Die Durchsetzung der Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils ist, falls der Betroffene seine Mitwirkung verweigert, durch Leistungsklage und Vollstreckung gemäß § 894 ZPO zu erzwingen.³⁹³
 - Als weitere Möglichkeit kommt eine **Verfügungsermächtigung** in Betracht. Der BGH hält es für zulässig, dass die Satzung einer GmbH für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen des § 34 GmbHG statt der Einziehung nicht nur eine Abtretungsverpflichtung des betroffenen Gesellschafters hinsichtlich seines Geschäftsanteils vorsehen kann, sondern darüber hinaus die Gesellschaft oder deren Geschäftsführer auch bereits ermächtigt werden können, die Abtretung ohne Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters vorzunehmen.³⁹⁴
 - Als letzte Möglichkeit ist es denkbar, die **Abtretung in der Satzung vorwegzunehmen**.³⁹⁵
- 208 Die bloße **Abtretungsverpflichtung** als auch die **Abtretungsermächtigung** sind **nicht insolvenzfest**. Für den dinglichen Vollzug der Abtretung ist eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich (§ 80 InsO). Es handelt sich um eine einfache Insolvenz-

³⁸³ So etwa *Ulmer/Schäfer* ZGR 1995, 153.

³⁸⁴ BGH NJW 1993, 2102; Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 131 Rn. 64.

³⁸⁵ MüKoBGB/*Ulmer/Schäfer* BGB § 738 Rn. 66 ff.

³⁸⁶ BGHZ 65, 22 (28 f.); BGHZ 144, 365 (366 f.); *Wicke* GmbHG Anh. § 34 Rn. 18.

³⁸⁷ Roth/Altmeppen/*Altmeppen* GmbHG Anh. § 34 Rn. 58; *Wicke* GmbHG Anh. § 34 Rn. 18; aA BGHZ 144, 365 (367 f.).

³⁸⁸ MüKoInsO/*Kirchhof* InsO § 129 Rn. 133 und Vorb. §§ 129 ff. Rn. 78 ff.

³⁸⁹ BGH NJW 2000, 2819 (2820); MüKoInsO/*Kirchhof* InsO Vorb. §§ 129 ff. Rn. 81.

³⁹⁰ Grundlegend BGH NJW 1983, 2880; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff* GmbHG § 34 Rn. 67; *Ulmer* ZHR 149 (1985), 28 ff.; Michalski/*Sosnitzka* GmbHG Anh. § 34 Rn. 42.

³⁹¹ *Ulmer/Habersack/Löbbe/Winter* GmbHG § 34 Rn. 120 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff* GmbHG § 34 Rn. 67.

³⁹² *Ulmer/Habersack/Löbbe/Winter* GmbHG § 34 Rn. 120.

³⁹³ *Baumann* MittRhNotK 1991, 271 (275).

³⁹⁴ BGH NJW 1983, 2880.

³⁹⁵ *Ulmer/Habersack/Löbbe/Winter* GmbHG § 34 Rn. 121.

forderung nach § 38 InsO.³⁹⁶ Auch die Abtretungsermächtigung hilft nicht weiter. Die Ermächtigung erlischt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 InsO³⁹⁷ bzw. analog § 117 InsO (wie eine Vollmacht).³⁹⁸

Insolvenzfest ist es dagegen, wenn die **Abtretung bereits in der Satzung vorweggenommen** wird. Eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters ist dann nicht mehr erforderlich. Die Satzungsbestimmung hat hier **dingliche Wirkung** (aufschiebend bedingte oder befristete Abtretung des Geschäftsanteils in der Satzung).³⁹⁹ Nach einer Entscheidung des BGH⁴⁰⁰ hat eine Kündigung bzw. Austrittserklärung dingliche Wirkung, soweit im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthalten ist, nach der der Geschäftsanteil des Ausscheidenden mit dem Austritt den übrigen Gesellschaftern dinglich anfallen soll. Die Form des § 15 Abs. 3, Abs. 4 GmbHG ist hierbei durch den notariellen Gesellschaftsvertrag gewahrt. Diese Überlegungen können mE auch auf den Fall einer Abtretungsverpflichtung für den Fall der Insolvenz übertragen werden.⁴⁰¹ Freilich muss dann bereits in der Satzung feststehen, wer den Geschäftsanteil erwerben soll. Als Erwerber kommen hier wohl nur die übrigen Gesellschafter bzw. die Gesellschaft selbst in Betracht. Letztere scheidet aber nach § 33 Abs. 1 GmbHG bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen von vornherein aus.

Dagegen können **Vinkulierungsklauseln** die zwangsweise **Verwertung** durch Pfändungsmaßnahmen bzw. **durch den Insolvenzverwalter nicht verhindern**.⁴⁰² Enthält die Satzung kein Einziehungsrecht, sehen sich die Mitgesellschafter nicht nur einem ihnen unbekannten Verwalter bzw. Gläubiger gegenüber, sondern müssen auch damit rechnen, dass die Anteile gegen ihren Willen an Dritte veräußert werden können.

Formulierungsbeispiel: Einziehung und Zwangsabtretung

1. Die Einziehung von Geschäftsanteilen ist zulässig.
2. Mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters können die Gesellschafter die Einziehung jederzeit beschließen.
3. Ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters kann die Einziehung beschlossen werden, wenn in der Person des Gesellschafters ein wichtiger Grund eintritt, der sein Verbleiben in der Gesellschaft unzumutbar macht. Das gilt insbesondere,
 - wenn über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird oder wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters gestellt ist, sofern dieser nicht innerhalb von *** Wochen/Monaten zurückgenommen oder zurückgewiesen wurde;
 - bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil eines Gesellschafters, sofern diese nicht innerhalb von drei Monaten wieder aufgehoben werden;
 - beim Tode eines Gesellschafters ***.
4. Die Einziehung bedarf eines Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, dabei hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht, wenn die Einziehung ohne seine Zustimmung erfolgen soll.
Anstelle der Einziehung können die Gesellschafter auch beschließen, dass der betroffene Gesellschafter den Geschäftsanteil an die Gesellschaft oder an in dem Beschluss

³⁹⁶ AA aber *Ulmer* ZHR 149 (1985), 28 (37f.); *Lutter/Hommelhoff/Lutter GmbHG* § 34 Rn. 67: Aufgrund Festschreibung in der Satzung hat die Abtretungsverpflichtung dingliche Wirkung.

³⁹⁷ *HambKomm-InsO/Ahrendt* InsO § 117 Rn. 5; *MüKoInsO/Ott/Vuia* InsO § 117 Rn. 11.

³⁹⁸ *Kayser/Thole/Kreft* InsO § 117 Rn. 8; *Kübler/Prütting/Bork/Tintelnot* InsO § 117 Rn. 22; *Uhlenbruck/Berscheid* InsO § 117 Rn. 6; *Schilken* KTS 2007, 1 (14).

³⁹⁹ *Ulmer/Habersack/Löbbe/Winter GmbHG* § 34 Rn. 121.

⁴⁰⁰ BGH ZIP 2003, 1544 (1546).

⁴⁰¹ Ebenso *Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff GmbHG* § 34 Rn. 67.

⁴⁰² *Baumbach/Hueck/Servatius GmbHG* § 15 Rn. 39, 64; *Heckschen/Heidinger/Heckschen* § 4 Rn. 210.

bestimmte Gesellschafter oder Dritte abzutreten hat („Zwangsabtretung“). Dieser Beschluss bedarf außerdem der Zustimmung der Gesellschaft.

In diesem Fall kann jedoch jeder Gesellschafter verlangen, dass ihm ein seiner Beteiligung am Stammkapital entsprechender Teil des Geschäftsanteils des ausscheidenden Gesellschafters übertragen wird.

Im Falle der Einziehung oder Abtretung eines Geschäftsanteils nach den obigen Bestimmungen berechnet sich das Entgelt für den ausscheidenden Gesellschafter nach den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Bewertungsgrundsätzen. Sollten Gesetz oder Rechtsprechung zwingend eine andere Bemessung des Entgelts vorschreiben, so ist diese maßgebend.

Erwirbt die Gesellschaft den Geschäftsanteil nicht selbst, so haftet sie neben dem Erwerber gesamtschuldnerisch für die Zahlung des Entgelts.

5. Mit Einziehungsbeschluss scheidet der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus.
6. Für die Zahlung des Einziehungsentgelts haften die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden gegenüber gesamtschuldnerisch. Im Innenverhältnis haften sie nach dem Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile. Ein Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft besteht nicht.
7. Die Einziehung nach Ziffer 3. ist nur zulässig binnen eines Jahres nach Kenntnis der Gesellschaft von dem zur Einziehung berechtigenden Ereignis.
8. Mit der Einziehung des Geschäftsanteils ist die Summe der Nennbeträge der bestehen bleibenden Geschäftsanteile entweder durch eine nominelle Aufstockung anzupassen, sodass in der Addition dieser Geschäftsanteile die Kennziffer des Stammkapitals erreicht wird. Alternativ ist mit der Einziehung – soweit zulässig – eine entsprechende Kapitalherabsetzung zu beschließen oder es ist ein neuer Geschäftsanteil zu bilden.

212 Formulierungsbeispiel: Lösungsklausel bei Einbringung in eine BGB-Gesellschaft



§ 1. Übernahmerecht/Fortsetzungsbeschluss/Ausscheiden/Ausschluss

1. Kündigt ein Gesellschafter die aus zwei Gesellschaftern bestehende Gesellschaft, so hat der andere Gesellschafter das Recht, das Geschäft ohne Auseinandersetzung mit Aktiven und Passiven zum Ablauf der Kündigungsfrist zu übernehmen. Das Übernahmerecht wird durch Erklärung gegenüber dem kündigenden Gesellschafter innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Kündigungserklärung ausgeübt.
2. Kündigt ein Gesellschafter die aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehende Gesellschaft, können die übrigen Gesellschafter mit der Mehrheit ihrer Stimmen innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Kündigungserklärung beschließen, dass die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen soll. Der kündigende Gesellschafter scheidet bei Zustandekommen eines Fortsetzungsbeschlusses mit Ablauf der Kündigungsfrist aus der Gesellschaft aus.
3. Daneben können die Gesellschafter in allen Fällen, in denen das Gesetz die Auflösung der Gesellschaft vorsieht, auch im Falle einer Kündigung, beschließen, dass der Gesellschafter, in dessen Person der Auflösungsgrund eingetreten ist bzw. der gekündigt hat, verpflichtet ist, seinen Anteil auf eine oder mehrere von den übrigen Gesellschaftern benannte Personen zu übertragen. Der Beschluss muss binnen drei Monaten ab Eintreten des Auflösungsgrundes oder Zugang der Kündigungserklärung gefasst werden; dem betroffenen Gesellschafter steht dabei kein Stimmrecht zu.
4. § 737 BGB findet Anwendung. Ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn trotz zwei-monatiger Fristsetzung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter,

- a) die Pfändung seines Gesellschaftsanteils nicht beseitigt wird, oder
- b) dieser mit seinem Ehegatten nicht die Gütertrennung oder die modifizierte Zugewinnngemeinschaft vereinbart mit dem Inhalt, dass der Gesellschaftsanteil bei der Ermittlung des Zugewinnausgleichs im Scheidungsfall außer Betracht bleibt,
- c) dieser mit seinem Ehepartner nicht durch (beschränkten) Verzichtvertrag vereinbart, dass der Gesellschaftsanteil im Falle des Versterbens aus dem Ehegattenpflichtteilsrecht ausscheidet,
- d) das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet oder mangels Masse nicht eröffnet wurde – einer Fristsetzung bedarf es in diesem Falle nicht.

§ 2. Abfindung

1. In allen Fällen des Ausscheidens ist an den Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen, die dem Wert seiner Beteiligung an der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens entspricht. Für diesen Zeitpunkt ist ein Auseinandersetzungsstatus aufzustellen. Zum Vermögen gehörende Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte oder Gebäude sind mit 65 % des Verkehrswertes anzusetzen. Sind sie mit höher valutierenden Grundpfandrechten belastet, ist der Wert bis zur Höhe dieser Valuten – jedoch nur soweit sie objektbezogen sind – anzusetzen; in diesem Fall dürfen jedoch die Anschaffungs- und Herstellungskosten abzüglich einer normalen (nicht Sonder-) Abschreibung nicht überschritten werden. Das voraussichtliche Ergebnis schwebender Geschäfte ist in die Ermittlung des Wertes der Gesellschaft („Unternehmenswert“) am Stichtag nicht einzubeziehen; § 740 BGB wird ausgeschlossen. Der Beteiligungswert entspricht dem Bruchteil vom Unternehmenswert, der sich aus dem Verhältnis der Höhe der Beteiligung des Ausscheidenden zur Summe aller Beteiligungen an der Gesellschaft ergibt. Im Falle des Ausscheidens aus wichtigem Grund sind zunächst die in Satz 3 genannten Gegenstände mit ihrem vollen Verkehrswert anzusetzen; der Abfindungsanspruch wird sodann jedoch auf 50 vom Hundert des so ermittelten Beteiligungswertes beschränkt.
2. Sofern sich die Beteiligten nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters über den Wert einigen, entscheidet ein auf Antrag eines Vertragsteils von der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennender öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für das Grundstückswesen als Schiedsgutachter gemäß § 317 BGB. Die Kosten für die Ermittlung der Höhe der Abfindung sind von der Gesellschaft und von dem ausscheidenden Gesellschafter jeweils zur Hälfte zu tragen.
3. Die Abfindung ist binnen sechs Monaten nach Vorliegen des Auseinandersetzungsstatus auszuzahlen. Die verbleibenden Gesellschafter können jedoch, wenn und soweit die Zahlung der Abfindung nach Abs. 1 für die Gesellschaft im Hinblick auf deren Vermögens- und Ertragslage unzumutbar ist, die Auszahlung in höchstens fünf gleichen Jahresraten beschließen. Das Auseinandersetzungs Guthaben ist in jedem Fall ab dem Tage des Ausscheidens mit 5,5 % jährlich zu verzinsen.
4. Das Ausscheiden ist von einer Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung nicht abhängig. Von Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist der Ausscheidende freizustellen. Seine Haftung für einen sich nach Abs. 1 etwa ergebenden Fehlbetrag gemäß § 739 BGB bleibt unberührt.

4. Lösungsklauseln in Verträgen über fortlaufende Lieferungen

Anders ist die Rechtslage bei Verträgen über fortlaufende Lieferungen, insbesondere von 213 Waren und Energie. Soweit in diesen Verträgen eine Lösungsklausel enthalten ist, mit der zB im Falle der Insolvenz des Vertragspartners bzw. im Falle der Einleitung eines vorläufi-

gen Insolvenzverfahrens der Vertrag automatisch endet, sind solche Lösungsklauseln nach Ansicht des **BGH unwirksam**.⁴⁰³ Sie verstößen gegen § 119 InsO, weil sie das Verwalterwahlrecht nach § 103 InsO im Voraus ausschließen. Ebenso werde dadurch der Zweck des Erfüllungswahlrechts – der Schutz der Masse – vereitelt, wenn sich der Vertragspartner von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterlaufen kann. § 119 InsO knüpft zwar an das eröffnete Insolvenzverfahren an. Damit der Schutz des § 119 InsO aber nicht leerlaufe, komme dem § 119 InsO eine Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt zu, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist.⁴⁰⁴

5. Lösungsklauseln in Bauverträgen

- 214 In Bauverträgen, bei denen die VOB/B vereinbart ist, enthält § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B eine Lösungsklausel in Form eines außerordentlichen Kündigungsrechts für den Auftraggeber in der Insolvenz des Auftragnehmers.
- 215 Nach einer Ansicht⁴⁰⁵ seien die Erwägungen, mit denen der BGH insolvenzbedingte Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren und Energie für unwirksam erachtet hat,⁴⁰⁶ gleichermaßen auch auf den Bauvertrag anzuwenden. § 8 Abs. 2 VOB/B sei deshalb unwirksam.
- 216 Nach anderer Ansicht erfasse die vorstehende Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln in Verträgen über fortlaufende Lieferungen⁴⁰⁷ das Sonderkündigungsrecht des § 8 VOB/B nicht. Solche Kündigungen auf Grundlage des **§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B** seien weiterhin zulässig.⁴⁰⁸ Begründet wird diese Auffassung im Wesentlichen damit, dass die Lösungsklausel des § 8 VOB/B ihre gesetzliche Entsprechung in § 649 BGB finde, der ebenso ein solches jederzeitiges Kündigungsrecht vorsehe. Weiter sei beim Bauvertrag die Besonderheit zu beachten, dass dort Verzögerungen regelmäßig mit erheblichen finanziellen Risiken für die Beteiligten verbunden seien. Das daraus resultierende Interesse des Vertragspartners eines insolventen Auftragnehmers an einer zeitnahen Entscheidung über die Fertigstellung des Bauvorhabens spreche daher für die Zulässigkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln im Bauvertrag. Auch die Literatur folgt zum Teil dieser Ansicht.⁴⁰⁹
- 217 Der BGH folgt jetzt der letztgenannten Ansicht.⁴¹⁰ Die Regelungen des § 8 VOB/B lehnen sich eng an die gesetzliche Lösungsklausel des § 648a BGB an und gehen nicht über das dortige Kündigungsrecht hinaus. Das Sonderkündigungsrecht des § 8 VOB/B sei daher wirksam.⁴¹¹

⁴⁰³ BGH ZIP 2013, 274.

⁴⁰⁴ BGH ZIP 2013, 274; Huber ZIP 2013, 493; Zarth GWR 2013, 342529.

⁴⁰⁵ OLG Frankfurt a. M. ZfR 2015, 360; Dahl NJW-Spezial 2013, 117; Eckhoff NZI 2013, 180 (182); Kniffka/Koeble/Kniffka, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 7. Teil Rn. 34; Raeschke-Kessler/Christopeit WM 2013, 1592 (1596); Wegener ZInsO 2013, 1105.

⁴⁰⁶ BGH ZIP 2013, 274.

⁴⁰⁷ BGH ZIP 2013, 274.

⁴⁰⁸ LG Wiesbaden ZIP 2014, 386; OLG Celle NJW-RR 2014, 1432; OLG Koblenz NZI 2014, 807 mAnm Riewe.

⁴⁰⁹ Huber ZIP 2013, 493 (499) und NZI 2014, 49; Illies IBR 2013, 396; Schmidt NJW-Spezial 2013, 492; Wellensiek/Scharfenberg DZWiR 2013, 317; aA Römermann NJW 2013, 1162; Schmitz IBR 2013, 278.

⁴¹⁰ BGH NJW 2016, 1945; Huber NZI 2016, 525.

⁴¹¹ In einem Beförderungsvertrag ist eine Lösungsklausel dagegen unwirksam. Eine Analogie zu der vorstehenden Argumentation ist nicht möglich: OLG Celle BeckRS 2021, 36633.

C. Schutz im Falle der eigenen Insolvenz; „Asset Protection“

I. Vermögensübertragung mit Rückforderungsrechten

Das Risiko in der eigenen Insolvenz besteht darin, dass das eigene pfändbare Vermögen in die Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO) fällt und damit zum Zwecke der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verwertet wird. Geht es darum, Störfallvorsorge für den Fall der eigenen Insolvenz zu betreiben, so ist in aller Regel daran zu denken, Vermögenswerte dort erwerben zu lassen bzw. dorthin zu übertragen, wo ein Insolvenzrisiko nicht besteht oder dieses jedenfalls geringer erscheint, man gleichwohl aber weiterhin an den Nutzungen dieser Vermögenswerte partizipiert. Dem Zugriff der Insolvenzgläubiger unterliegt grundsätzlich nur das eigene Vermögen des Insolvenzschuldners. Störfallvorsorge kann hier im Vorfeld schon dadurch betrieben werden, dass ein ins Auge gefasster Vermögenserwerb nicht beim potentiellen Insolvenzschuldner stattfindet, sondern beispielsweise bei seinem Ehegatten oder den Kindern, bei denen das Insolvenzrisiko für geringer erachtet wird. Daneben kommen regelmäßig Vermögensübertragungen innerhalb der Familie und dort vornehmlich zwischen Ehegatten in Betracht. Auch an die bloße Einräumung von **Erwerbsrechten** kann gedacht werden. Werden diese Erwerbsrechte mittels **Vormerkung** gesichert, ist diese – vorbehaltlich einer Insolvenzverwalteranfechtung – auch dann insolvenzfest nach § 106 InsO, wenn damit ein **künftiger, auf einem unentgeltlichen Grundgeschäft beruhender Anspruch** auf dingliche Rechtsänderung gesichert wird.⁴¹² Beispielsweise kann dem anderen Ehegatten das mittels **Vormerkung** im Grundbuch gesicherte Angebot gemacht werden, unter bestimmten Voraussetzungen (zB Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen, etc) die Übertragung von Grundbesitz zu verlangen. Denkbar ist auch die Bildung einer **Familienstiftung**, aus welcher bspw. später die Ausbildung der Kinder finanziert werden kann. Das Stiftungsvermögen ist dem Zugriff der Gläubiger entzogen, da es rechtlich verselbständigt ist und kein Eigentum des Stifters.⁴¹³

Aus insolvenzrechtlicher Sicht sind hier zum einen die Gefahren einer **Anfechtung** durch den Insolvenzverwalter zu berücksichtigen. Zum anderen drohen **strafrechtliche Sanktionen**.⁴¹⁴ Von Bedeutung ist dabei namentlich die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen innerhalb einer vierjährigen Anfechtungsfrist, § 134 InsO, oder die Anfechtung entgeltlicher Verträge mit nahestehenden Personen innerhalb einer zweijährigen Anfechtungsfrist, §§ 133 Abs. 2, 138 InsO. Bei vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung droht eine zehnjährige Anfechtungsfrist, § 133 Abs. 1 InsO. Bedingter Vorsatz genügt dabei. Werden solche Rechtsgeschäfte nicht im unmittelbaren Vorfeld einer drohenden Insolvenz vereinbart, sondern in „wirtschaftlich guten Zeiten,“ bleibt es zwar bei der Anfechtbarkeit. Jedoch wird dadurch wirksam eine Anfechtungsfrist in Gang gesetzt. Auch dies trägt also im Ergebnis dazu bei, sich im Falle der eigenen Insolvenz zu schützen.

Werden solche Übertragungen vorgenommen, so empfiehlt sich, deutlich den Rechtsgrund der Übertragung darzustellen. Ist Rechtsgrund eine **Schenkung**, steht damit zunächst einmal fest, dass die **Anfechtungsfrist** (nur) vier Jahre beträgt (§ 134 InsO).

Die Anfechtungsfrist lässt sich bei Rechtsgeschäften mit nahen Angehörigen auf zwei Jahre reduzieren, wenn die Veräußerung **entgeltlich** erfolgt (§ 133 Abs. 2 InsO). **Entgeltlichkeit** liegt immer dann vor, wenn der Leistung des Schuldners eine ausgleichende Gegenleistung gegenüber steht und Leistung und Zuwendung voneinander abhängen.⁴¹⁵

Da bei Geschäften mit nahen Angehörigen regelmäßig kein Geld fließen soll, ist an sonstige Gegenleistungen zu denken wie zB die Vereinbarung von (dinglichen) **Woh-**

⁴¹² BGH BB 2021, 1037.

⁴¹³ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Kohlmoorgen § 34 Rn. 75 ff.

⁴¹⁴ Siehe zur Anfechtbarkeit und Strafbarkeit in diesen Fällen: Grziwotz FamRB 2002, 154 ff.

⁴¹⁵ BGH ZInsO 2013, 337; Wimmer/Dauernheim InsO § 133 Rn. 23f.; Uhlenbruck/Ede/Hirte InsO § 132 Rn. 189.

nungs- und Nutzungsrechten oder die Übernahme von **Wart- und Pflegeleistungen**. Bei **Ehegatten** zählen hierzu **güterrechtliche Vereinbarungen** (Erfüllung der Forderung auf Zugewinnausgleich im Falle der ehevertraglichen Vereinbarung von Gütertrennung).⁴¹⁶ Die Abtretung von Ruhegehaltsansprüchen durch den Ehemann an die Ehefrau ist entgeltlich, wenn sich der Ehemann dadurch von einer **Unterhaltsschuld** befreit.⁴¹⁷ Leibrentenverträge⁴¹⁸ sind ebenso entgeltlich wie Gesellschaftsverträge.⁴¹⁹ Auch Kreditgewährungen, Stundungen und Zahlungserleichterungen kommen hier in Betracht.⁴²⁰ Bei einem zinslosen Darlehen ist nicht die Gewährung der Hauptsumme, sondern nur die zinsfreie Nutzungsmöglichkeit unentgeltlich.⁴²¹ Insoweit kann also das Anfechtungsrisiko iRd Vertragsgestaltung durch klare Formulierungen deutlich reduziert werden.

- 220c Die Überlassung als „**Entgelt**“ für die **Führung des Haushalts oder die Kinderbetreuung** oder die Erwartung, damit die eheliche Lebensgemeinschaft zu fördern, ändern an der Unentgeltlichkeit jedoch nichts.⁴²² Entgeltlichkeit liegt auch nicht vor, weil die Übertragung an die Kinder als **Ausstattung** nach § 1624 BGB⁴²³ oder an den Ehegatten im Hinblick auf eine Beschränkung eines **künftigen Zugewinnausgleichsanspruchs** erfolgt, solange der Zugewinnausgleichsanspruch noch nicht entstanden ist und nicht feststeht, ob der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet werden wird.⁴²⁴ Ebenso ist die Rechtslage bei einer **Überlassung gegen Pflichtteilsverzicht**.⁴²⁵

Hinweis:

Werden **unklare Formulierungen** verwendet, droht demgegenüber die Gefahr, dass darin letztlich eine vorsätzlich gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung erkannt wird, bei der die **Anfechtungsfrist** nach § 133 Abs. 1 InsO **zehn Jahre** beträgt.

- 220d Neben der Vermögensübertragung bzw. dem Vermögenserwerb durch den weniger haftungsgefährdeten Angehörigen sind auch die **Finanzierungsleistungen** anfechtungsgefährdet.⁴²⁶ Dies ist zB der Fall, wenn die Immobilie dem einen Ehegatten gehört, die Finanzierung ganz oder teilweise aber durch den anderen (insolvenzgefährdeten) Ehegatten erfolgt. **Steuerrechtlich** liegt hier **keine unentgeltliche Zuwendung** vor, wenn etwa der eine Ehegatte als Gesamtschuldner die Zins- und Tilgungsleistungen gegenüber dem Gläubiger erbringt, also auf eine eigene Schuld zahlt und ihm kein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 2 BGB zusteht, weil nur er in der Lage ist, Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen, nicht aber der andere Ehegatte.⁴²⁷ Ob diese Beurteilung auch anfechtungsrechtlich Platz greift, erscheint zweifelhaft. Entgeltlichkeit als Leistung zum **Ehegattenunterhalt** scheidet aus.⁴²⁸ Möglicherweise kann aber Entgeltlichkeit in Form der Tilgung ei-

⁴¹⁶ BGH MittBayNot 2010, 493.

⁴¹⁷ BGH ZInsO 2013, 337; Uhlenbruck/Ede/Hirte InsO § 132 Rn. 189.

⁴¹⁸ Uhlenbruck/Ede/Hirte InsO § 132 Rn. 186.

⁴¹⁹ RGZ 86, 28; Uhlenbruck/Ede/Hirte InsO § 132 Rn. 186.

⁴²⁰ HambKomm-InsO/Rogge/Leptien InsO § 133 Rn. 45.

⁴²¹ OLG Rostock NZI 2007, 468f.

⁴²² BGH NJW 2012, 1217 (1222); FK-InsO/Dauernheim InsO § 134 Rn. 21 aE; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg InsO § 134 Rn. 36; Rosenberger RNotZ 2020, 357 (363).

⁴²³ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Kohlmorgen § 34 Rn. 49.

⁴²⁴ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Kohlmorgen § 34 Rn. 51; Rosenberger RNotZ 2020, 357 (363).

⁴²⁵ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Kohlmorgen § 34 Rn. 51; Rosenberger RNotZ 2020, 357 (363).

⁴²⁶ Rosenberger RNotZ 2020, 357 (363).

⁴²⁷ BFH DStR 2020, 1198; BGHZ 87, 265; NJW 1984, 795; NJW 2000, 1944; Palandt/Grüneberg BGB § 426 Rn. 11.

⁴²⁸ BGHZ 71, 61 (67); OLG Hamburg KTS 1985, 556 (557); OLG Hamm ZIP 1982, 1755 (1757); FK-InsO/Dauernheim InsO § 134 Rn. 21 aE; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg InsO § 134 Rn. 36.