

# Abwicklung von VOB-Verträgen bei Insolvenz des Auftragnehmers

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
<b>1. Problemstellung</b>	49
<b>2. Die wirtschaftliche Krise des Auftragnehmers im Vorfeld der Insolvenz</b>	49
2.1 Die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers	49
2.1.1 Allgemeine Kündigungsgründe	49
2.1.2 Zahlungseinstellung des Auftragnehmers als Kündigungsgrund	50
2.2 Umgang mit Ansprüchen Dritter	50
2.2.1 Ansprüche von Subunternehmern	50
2.2.2 Ansprüche von Materiallieferanten	53
a) Der Auftragnehmer wird nicht mehr beliefert	53
b) Material wird von der Baustelle entfernt	54
2.2.3 Ansprüche aus Abtretungen und verlängertem Eigentumsvorbehalt	54
<b>3. Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren</b>	55
3.1 Der vorläufige Insolvenzverwalter	55
3.1.1 Der sogenannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter	55
3.1.2 Der sogenannte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter	56
3.2 Die Auswirkungen des Insolvenzantrags auf den VOB-Vertrag	56
3.3 Die Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber	56
3.3.1 Notwendigkeit einer Kündigung	56
3.3.2 Möglichkeiten einer Kündigung	57
a) Allgemeine Kündigungsgründe (§ 8 Nr. 3 VOB/B)	57
b) Kündigungsgrund Eigenantrag des Auftragnehmers	57
c) Kündigungsgrund Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse	58

	Seite
3.3.3 Rechtsfolgen der Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des § 8 Nr. 2 VOB/B	58
a) Restfertigstellung der Leistungen	58
b) Das Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)	58
aa) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung bereits abgenommen	59
bb) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung noch nicht abgenommen	60
c) Abrechnung des Auftragnehmers	61
aa) Aufmaß	61
bb) Schlußrechnung	61
cc) Gegenforderungen des Auftraggebers	62
aaa) Mehrkosten der Restfertigstellung	62
bbb) Mängelbeseitigungskosten	63
d) Inanspruchnahme von Bürgen	63
<b>4. Das Insolvenzverfahren</b>	<b>64</b>
4.1 Der Insolvenzverwalter	64
4.2 Der Eröffnungsbeschluß und seine wesentlichen Wirkungen	64
4.3 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Bauvertrag	64
4.3.1 Grundsatz: Die Durchsetzbarkeit der noch bestehenden Erfüllungsansprüche ist gehemmt	64
4.3.2 Fallkonstellation: Der Auftraggeber hat den Vertrag bereits gekündigt oder kündigt nach Eröffnung des Verfahrens	65
a) Mehrkosten der Restfertigstellung	65
b) Mängelbeseitigungskosten und deren Aufrechnung	65
4.3.3 Fallkonstellation: Der Auftraggeber kündigt den Vertrag nicht	67
4.3.3.1 Das Bauwerk ist im wesentlichen fertiggestellt	67
4.3.3.2 Das Bauwerk ist noch nicht im wesentlichen fertiggestellt	67
a) Restleistung und Mängel	68
b) Voraus- und Abschlagszahlungen, die zu Überzahlungen führen	68
c) Abtretungen	69
4.4 Inanspruchnahme von Bürgen	69
<b>5. Anmeldung von Forderungen des Auftraggebers zur Insolvenztabelle</b>	<b>70</b>

## 1. Problemstellung

Bei Insolvenz des Auftragnehmers bereitet es den Kommunen oft Schwierigkeiten, einen VOB-Vertrag<sup>1</sup> abzuwickeln.

Zum einen paßt der vom Gesetzgeber vorgesehene Schwebestand<sup>2</sup> bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. bis zur Wahl der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter nicht mit den bautypischen Terminzwängen zusammen. Die entscheidenden Weichenstellungen für den Baufortschritt liegen meist schon weit vor der Eröffnung des eigentlichen Insolvenzverfahrens. Zum anderen versuchen in der wirtschaftlichen Krise des Auftragnehmers die weiteren am Baugeschehen Beteiligten, wie z.B. Subunternehmer, ihre finanziellen Belange zu sichern.

Die nachfolgende Darstellung soll einen Überblick über rechtlich korrektes und wirtschaftlich zweckmäßiges Vorgehen des Auftraggebers<sup>3</sup> bei drohender oder eingetretener Insolvenz des Auftragnehmers geben.

## 2. Die wirtschaftliche Krise des Auftragnehmers im Vorfeld der Insolvenz

### 2.1 Die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers

#### 2.1.1 Allgemeine Kündigungsgründe

Solange noch kein insolvenzbedingter Kündigungsgrund (§ 8 Nr. 2 VOB/B) vorliegt, kann der Auftraggeber, abgesehen vom vergütungsrechtlich nachteiligen jederzeitigen Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 1 VOB/B, nur nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B kündigen.

Diese in der VOB/B als Entziehung des Auftrags bezeichnete Kündigung ist möglich,

- wenn sich die Leistungen des Auftragnehmers schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig herausstellen (§ 4 Nr. 7 VOB/B) oder
- wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, mit der Vollendung in Verzug gerät oder der in § 5 Nr. 3 VOB/B erwähnten Verpflichtung zur Abhilfe nicht nachkommt (§ 5 Nr. 4 VOB/B)

und die vom Auftraggeber gesetzte Frist zur Beseitigung des Mangels bzw. zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist.

Wenn der Auftraggeber den Auftrag entzogen hat, ist er berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. An-

---

<sup>1</sup> VOB Neufassung 2002

<sup>2</sup> Das Insolvenzverfahren wird erst durch Beschluß des Insolvenzgerichts eröffnet (Eröffnungsbeschluß; § 27 InsO). Gemäß § 103 InsO steht dem Insolvenzverwalter bei noch nicht vollständig erfüllten Verträgen ein Wahlrecht zu, ob er den Vertrag erfüllt oder nicht.

<sup>3</sup> Mit dem Begriff „Auftraggeber“ ist der Bauherr gemeint, soweit nachfolgend nichts anderes beschrieben ist.

sprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens bleiben bestehen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B).

Für ein korrektes Vorgehen des Bauherrn ist es grundsätzlich unverzichtbar, daß er nach der Entziehung des Auftrags bei einer mit Mängeln behafteten Leistung diese Mängel rügt und den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung in einer angemessenen Frist auffordert (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B), bevor er die Mängel selbst beseitigt.<sup>4</sup> Mängel, derentwegen nach § 4 Nr. 7 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B gekündigt wurde, können ohne weitere Fristsetzung im Wege der Ersatzvornahme selbst beseitigt werden, da diese Mängel bereits unter Fristsetzung gerügt wurden.<sup>5</sup>

### 2.1.2 Zahlungseinstellung des Auftragnehmers als Kündigungsgrund

Stellt der Auftragnehmer seine Zahlungen ein, ist nach § 8 Nr. 2 Abs. 1, 1. Alternative VOB/B ein Kündigungsgrund gegeben. Die VOB/B nimmt hierbei Bezug auf § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, wonach in der Regel bei der Zahlungseinstellung der allgemeine Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit<sup>6</sup> vorliegt. Sofern sich der Auftragnehmer im Zustand des nur vorübergehenden Geldmangels, der sogenannten Zahlungsstockung, befindet, liegt noch keine Zahlungseinstellung vor. Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Zahlungseinstellung, wenn er die Kündigung hierauf stützt.<sup>7</sup> Dieser Nachweis ist im Streitfall nur schwer zu führen.<sup>8</sup> Aus diesem Grund ist diese Kündigung allein wegen Zahlungsunfähigkeit in der Regel nicht zu empfehlen.

## 2.2 Umgang mit Ansprüchen Dritter

### 2.2.1 Ansprüche von Subunternehmern

Wenn ein Subunternehmer wegen Zahlungsverzugs seines Auftraggebers (des Auftragnehmers im hier in Rede stehenden Bauvertrag mit dem Bauherrn) die Arbeit einstellt, hat der Bauherr dem Subunternehmer gegenüber keine rechtliche Handhabe, da zwischen ihnen kein vertragliches Schuldverhältnis besteht. Der Bauherr hat aber ein gewichtiges Interesse, daß der Subunternehmer seine Leistungen fortsetzt.

Dem trägt § 16 Nr. 6 VOB/B Rechnung: Hiernach kann der Auftraggeber zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Auftragnehmer an den Subunternehmer zahlen, soweit dieser wegen Zahlungsverzugs seines Auftraggebers die Fortsetzung seiner Leistung zu Recht verweigert<sup>9</sup> und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung dem Bauherrn gegen-

<sup>4</sup> so die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH); grundlegend hierzu: Urteil vom 25.06.1987, BauR1987, 689

<sup>5</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, 15. Auflage, § 8 Nr. 3 VOB/B Rdn. 50

<sup>6</sup> Eine solche ist gegeben, wenn der Auftragnehmer nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (vgl. § 17 Abs. 2 InsO).

<sup>7</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 17

<sup>8</sup> Es ist nicht zu erwarten, daß die Zahlungseinstellung in einem Rechtsstreit unstreitig gestellt wird, da das Unterlassen eines Eigenantrages bei Zahlungsunfähigkeit für die dazu persönlich Verpflichteten mit strafrechtlichen Konsequenzen verbunden sein kann, z.B. nach §§ 283 ff. StGB und § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

<sup>9</sup> Zum Leistungsverweigerungsrecht bei Zahlungsverzug siehe § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B. Der Auftragnehmer schließt mit seinem Subunternehmer normalerweise einen VOB/B-Vertrag; siehe auch § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B.

über sicherstellen soll. Ein Rechtsanspruch des Subunternehmers auf die Direktzahlung ist mit § 16 Nr. 6 VOB/B nicht verbunden.<sup>10</sup>

Die Anwendung des § 16 Nr. 6 VOB/B ist in der Praxis nicht unproblematisch:

Oft wird übersehen, daß der Auftragnehmer des Bauherrn diesem gegenüber eine fällige Forderung nach § 16 Nr. 1 bis 5 VOB/B haben muß. So hat sich eine Abschlagszahlung am Leistungs- und Abrechnungsstand des Auftragnehmers gegenüber dem Bauherrn und nicht des Subunternehmers gegenüber seinem Auftraggeber zu orientieren.<sup>11</sup> Auch muß die Abschlags- bzw. Schlußrechnung des Auftragnehmers prüfbar sein.<sup>12</sup> Dem Auftraggeber obliegt grundsätzlich sogar die Darlegungs- und Beweislast für die Prüffähigkeit der Abrechnung seines Auftragnehmers.<sup>13</sup>

Banken reichen in der abzusehenden wirtschaftlichen Krise des Auftragnehmers Vertragserfüllungsbürgschaften häufig nur noch unter der Bedingung aus, daß die werkvertragliche Vergütung bei ihnen als kontoführender Bank eingeht. Der Bauherr muß eine solche Bürgschaft nicht akzeptieren, da sie nicht dem VOB-Vertrag entspricht. Tut er dies aber dennoch, ist im Falle einer Direktzahlung nach § 16 Nr. 6 VOB/B die spätere Inanspruchnahme der Bank als Bürgin nicht mehr möglich, da die Bedingung nicht eingetreten ist. Der eingetretene Schaden liegt dann im Sicherungsfall in der in vollem Umfang wertlosen Bürgenerklärung, auch wenn in Höhe der Direktzahlung eine Erfüllungswirkung eingetreten ist.

Außerdem hat der Auftragnehmer im Vorfeld einer Insolvenz zumeist bereits in erheblichem Umfang seine werkvertraglichen Vergütungsansprüche abgetreten. Ob in diesem Fall der § 16 Nr. 6 VOB/B noch angewendet werden kann, ist in der Literatur streitig und - soweit ersichtlich - von der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden.<sup>14</sup> Es besteht für den Bauherrn die Gefahr, daß er ein zweites Mal in Anspruch genommen wird.

Im übrigen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Befugnis nach § 16 Nr. 6 VOB/B zur Direktzahlung mit Erfüllungswirkung nicht gegeben, wenn die VOB/B nicht „als Ganzes“ vereinbart wurde<sup>15</sup> und § 16 Nr. 6 VOB/B wegen der dann stattfindenden isolierten Inhaltskontrolle unwirksam ist.<sup>16</sup>

Häufig wird sich der Auftragnehmer innerhalb der ihm gesetzten Erklärungsfrist nach § 16 Nr. 6 VOB/B gegenüber dem Bauherrn äußern und Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch seines Subunternehmers geltend machen. Dann ist eine Direktzahlung nach § 16 Nr. 6 VOB/B

<sup>10</sup> Dies ist seit dem Urteil des BGH vom 24.04.1986, BauR1986, 454, gefestigte Rechtsprechung.

<sup>11</sup> Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 10. Siehe auch § 16 Nr. 1 VOB/B, wonach Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren sind.

<sup>12</sup> Die Prüfbarkeit ist Fälligkeitsvoraussetzung. Siehe auch Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke B § 16 Nr. 6 Rdn. 25. Probleme treten insbesondere auf, wenn Abrechnungsunterlagen, wie z.B. Aufmaße, fehlen.

<sup>13</sup> Gegebenenfalls kann aber der mögliche Einwand des Auftragnehmers, seine eigene Abrechnung sei nicht prüffähig gewesen, treuwidrig sein. Siehe hierzu auch BGH, Urteil vom 11.11.1999, BauR 2000, 589, zum Architektenrecht: Dort hat der BGH entschieden, daß es hinsichtlich des hinausgeschobenen Verjährungsbeginns bei nicht prüffähiger Schlußrechnung des Architekten nicht ohne weiteres treuwidrig ist, wenn sich der Architekt auf die fehlende Prüffähigkeit seiner eigenen Schlußrechnung beruft.

<sup>14</sup> Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 8

<sup>15</sup> Der BGH hat mit Urteil vom 22.01.2004, Az. VII ZR 419/02, entschieden, daß jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, daß diese nicht „als Ganzes“ vereinbart ist.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 21.06.1990, BauR 1990, 727

zwar möglich, aber mit erheblichen Risiken verbunden: Der Bauherr müßte im Streitfall darlegen und beweisen, daß der Subunternehmer fällige Zahlungsansprüche in der beglichenen Höhe hatte, denen keine berechtigten Einwendungen gegenüberstanden. Dies zu beweisen wird dem Bauherrn in aller Regel sehr schwer fallen.

Darüber hinaus stellt die Direktzahlung nicht sicher, daß der Subunternehmer tatsächlich weiterarbeitet. Der Bauherr hat ihm gegenüber mangels Vertragsverhältnisses keinen Anspruch auf Leistung und keine Sanktionsmöglichkeiten. Er hat allenfalls wegen des Wegfalls des Leistungsverweigerungsrechts im Verhältnis Subunternehmer/Auftragnehmer die Chance, daß sich der Subunternehmer auf weitere Leistungen einläßt. Das Leistungsverweigerungsrecht des Subunternehmers gegenüber seinem Auftraggeber ist erst dann nicht mehr gegeben, wenn er hinsichtlich der Ansprüche vollständig befriedigt wird, mit denen sich sein Auftraggeber in Verzug befindet. Teilzahlungen reichen nicht aus. Der Auftraggeber sollte sich also erst Gewißheit verschaffen, in welcher Höhe das Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt wird und gegebenenfalls noch ausgeübt werden wird, wenn weitere noch fällig werdende Ansprüche im Raum stehen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für den Auftraggeber, in Abstimmung mit dem Subunternehmer eine Direktzahlung - soweit diese trotz der oben genannten Risiken überhaupt in Betracht zu ziehen ist - an von diesem einzuhaltende Rahmenbedingungen, z.B. den weiteren Baufortschritt, zu knüpfen und damit korrespondierend die Direktzahlung nur in Teilbeträgen zu leisten.

Im übrigen ist das Vorgehen nach § 16 Nr. 6 VOB/B für den Subunternehmer nur dann eine realistische Möglichkeit, das erhaltene Geld behalten zu dürfen, wenn der Insolvenzverwalter<sup>17</sup> im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine innerhalb der insolvenzrechtlichen Anfechtungsfristen erfolgte Direktzahlung nicht mit Erfolg anfechtet.<sup>18</sup> Nach § 131 InsO ist eine Anfechtung möglich, weil sie dem Subunternehmer eine Deckung verschafft, auf die er keinen Rechtsanspruch hat.<sup>19</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung trifft im Falle einer späteren Insolvenzanfechtung das wirtschaftliche Risiko nur den Subunternehmer.

Angesichts dieser insolvenzrechtlichen Rückforderungsmöglichkeit werden in Zukunft noch weniger Subunternehmer bereit sein, in der Krise des Auftragnehmers weitere Leistungen auf der Baustelle zu erbringen. Hinzu kommt, daß der Subunternehmer für weitere Leistungen dem Bauherrn gegenüber keinen Zahlungsanspruch erwirbt, sondern im späteren Insolvenzfall nur einen Anspruch gegenüber der sogenannten Insolvenzmasse hat. Dieser wird gegebenenfalls nur mit einer geringen Quote bedient.

<sup>17</sup> Zur Insolvenzanfechtung ist nach § 129 Abs. 1 InsO alleine der Insolvenzverwalter berechtigt. Wird ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet, so kann eine Insolvenzanfechtung nicht stattfinden.

<sup>18</sup> Anfechtbar ist nach § 131 InsO eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist oder wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war oder wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und dem Gläubiger zur Zeit der Handlung bekannt war, daß sie die Insolvenzgläubiger benachteiligte.

<sup>19</sup> siehe BGH, Beschluß vom 06.06.2002, BauR 2002, 1408  
Diese Rechtsprechung geht davon aus, daß der Auftraggeber lediglich mittelbar Beteiligter ist. Sollte die Rechtsprechung zu der Überzeugung gelangen, daß die anfechtbare Rechtshandlung auch in der Ausübung des Wahlrechts nach § 16 Nr. 6 VOB/B selbst liegt, da mit dessen Ausübung die eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Auftragnehmer zum Erlöschen gebracht wird, würde durch eine dem Auftraggeber gegenüber zu erklärende Anfechtung diese Erfüllungswirkung nachträglich wegfallen und der Auftraggeber müßte erneut zahlen. Zum Teil wird auch bereits vertreten, daß zumindest bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Auftragnehmers eine Anfechtung gegenüber dem Auftraggeber durchgreifen müßte, vgl. Brauns, BauR 2003, 307.

Zu empfehlen ist folgendes: Wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer in Verzug setzt und nach § 5 Nr. 4 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B kündigt, kann der Subunternehmer nach entsprechender Beauftragung<sup>20</sup> die Arbeiten als Drittfirma fortsetzen. Er erhält dadurch einen unmittelbaren und vor allem werthaltigen werkvertraglichen Vergütungsanspruch. Der Auftraggeber erhält einen neuen, unbelasteten Vertragspartner.

### 2.2.2 Ansprüche von Materiallieferanten

Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht nur wegen seiner Arbeitsleistung, sondern auch hinsichtlich der benötigten Materialien vorleistungsverpflichtet.<sup>21</sup> Hieraus können sich für den in der wirtschaftlichen Krise befindlichen Auftragnehmer bei materialintensiven Baustellen erhebliche Probleme ergeben, wenn der Auftraggeber ihm nicht entsprechende Liquidität mittels Vorauszahlungen<sup>22</sup> gewährt oder die Materiallieferanten des Auftragnehmers diesem kein ausreichendes Zahlungsziel einräumen.

#### a) Der Auftragnehmer wird nicht mehr beliefert

Wenn der Auftragnehmer wegen seiner offenen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr beliefert wird, hat der Auftraggeber gegebenenfalls - im Interesse der Baufertigstellung - nachfolgend kurz dargestellte Möglichkeiten:

Der Auftraggeber kann selbst Material beistellen. Dies führt nach § 2 Nr. 4 VOB/B (Selbstübernahme) wegen der Teilkündigungsfolgen nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B grundsätzlich zu vermeidbaren Ausgaben. Dies kann aber verhindert werden, wenn mit dem Auftragnehmer vereinbart wird, daß die entfallenden Leistungen auf der Basis der insoweit offenzulegenden Kalkulation nicht vergütet werden. Im übrigen müßte der Auftragnehmer ausdrücklich schriftlich bestätigen, daß er keine Bedenken gegen die Güte der vom Auftraggeber beigestellten Stoffe und Materialien hat (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Vom Bauherrn wäre die VOL/A zu beachten.

Eigens angefertigte und bereitgestellte Bauteile sowie auf der Baustelle angelieferte Stoffe und Bauteile gelten als Leistung nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an diesen Teilen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Hierfür kann dem Auftragnehmer noch vor dem Einbau eine Abschlagszahlung gewährt werden. Die nötige Abschlagszahlungsbürgschaft wird der in der Krise befindliche Auftragnehmer aber nicht stellen, das Eigentum an dem im Fremdeigentum befindlichen Material grundsätzlich nicht verschaffen können. Soweit sich der Lieferant noch darauf einläßt, wäre die unmittelbare Übereignung dieser Bauteile und Stoffe vom Lieferanten an den Auftraggeber - bei unveränderten schuldrechtlichen Verpflichtungen in den jeweiligen Vertragsverhältnissen - möglich. Zumeist wird dem Auftraggeber vom Lieferanten eine (inhaltlich und betragsmäßig zu begrenzende) Ausfallhaftung abverlangt. Die damit verbundenen Risiken sind offensichtlich, können aber gegebenenfalls durch die damit eintretenden Vorteile (keine Bauzeitverzögerung) aufgewogen werden.

---

<sup>20</sup> gegebenenfalls unter Beachtung der VOL/A

<sup>21</sup> siehe § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 16 Nr. 1 VOB/B (Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen)

<sup>22</sup> Die Vereinbarung von Vorauszahlungen sollte, soweit gewollt, bereits Gegenstand der Ausschreibung sein. Sie müssen vertraglich vereinbart werden, sonst hat der Auftragnehmer hierauf keinen Anspruch. Sie sind durch Bürgschaft abzusichern. Eine Vorauszahlung kann auch nach Vertragsschluß vereinbart werden (vgl. § 16 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B). Dies sollte aber die Ausnahme sein, denn damit ist grundsätzlich eine Wettbewerbsverzerrung verbunden, da sich die Mitbieter hierauf nicht eingestellt hatten, vgl. auch z.B. HAV-KOM, Abschnitt E 3 Nr. 10.

b) Material wird von der Baustelle entfernt

Soweit Material durch Lieferanten von der Baustelle entfernt wird, ist zu unterscheiden:

Bei bereits eingebautem Material ist das Eigentum des Lieferanten durch die Verbindung des Materials mit dem Grundstück untergegangen.<sup>23</sup> Ausbau<sup>24</sup> und Abtransport dieses Materials sind gegenüber dem Bauherrn regelmäßig eine Besitzstörung und eine deliktische Eigentumsverletzung. Dagegen kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorgegangen werden.

Soweit das noch im Eigentum des Lieferanten befindliche Material schon auf die Baustelle geliefert, aber noch nicht eingebaut wurde, kann der Bauherr rechtlich nicht verhindern, daß dieses Material entfernt wird. Er müßte gegebenenfalls vorgehen wie oben unter a) geschildert.

### 2.2.3 Ansprüche aus Abtretungen und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Lieferanten sichern sich üblicherweise dadurch ab, daß sie sich das Eigentum vorbehalten, bis der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Bei den am Bau verwendeten Materialien erlischt das Eigentum des Lieferanten mit dem Einbau. Der normale Eigentumsvorbehalt geht ins Leere. Aus diesem Grund sehen in aller Regel die Geschäfts- und Lieferbedingungen einen sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalt vor. Der Lieferant läßt sich als Ausgleich für den von ihm hingenommenen Verlust seines Eigentums die werkvertragliche Vergütungsforderung gegen den Auftraggeber in Höhe seiner Kaufpreisforderung abtreten. Dies steht oft in Konkurrenz mit anderweitig vom Auftragnehmer vorgenommenen Abtretungen. Die Rechtsverhältnisse hierzu sind zum Teil sehr kompliziert. Eine Klärung kann zumeist (auch wegen der damit oft einhergehenden Rechtsstreitigkeiten) während der Bauzeit nicht erfolgen.

Auf Grund dieser generellen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Abtretungen enthalten die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der von der öffentlichen Hand verwendeten Vergabehandbücher zum Schutz des Auftraggebers abgeschwächte Abtretungsverbote: Das führt dazu, daß die Wirksamkeit der Abtretung an bestimmte Förmlichkeiten, an Erklärungen des Alt- und Neugläubigers und bei Teilabtretungen an die Zustimmung des Auftraggebers gebunden ist.<sup>25</sup> Die Abtretung ist zwar trotzdem nach § 354 a Satz 1 HGB wirksam, wenn der Auftragnehmer ein Kaufmann im Sinne des HGB<sup>26</sup> und der Auftraggeber eine juristische Person des

<sup>23</sup> siehe §§ 946 ff. BGB

<sup>24</sup> Der Lieferant wird nicht wieder Eigentümer, wenn die Verbindung zum Bauwerk nachträglich aufgehoben wird.

<sup>25</sup> Zum Beispiel lauten die Nrn. 21.1 und 21.2 der ZVB des HAV-KOM wie folgt:  
„21.1 Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber können ohne Zustimmung des Auftraggebers nur abgetreten werden, wenn die Abtretung sich auf alle Forderungen in voller Höhe aus dem genau bezeichneten Auftrag einschließlich aller etwaiger Nachträge erstreckt. Teilabtretungen sind nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers gegen ihn wirksam.  
21.2 Eine Abtretung wirkt gegenüber dem Auftraggeber erst, wenn sie ihm vom alten Gläubiger (Auftragnehmer) und vom neuen Gläubiger unter genauer Bezeichnung der auftraggebenden Stelle und des Auftrags unter Verwendung des vorgegebenen Formblattes des Auftraggebers schriftlich angezeigt worden ist und wenn der neue Gläubiger dabei folgende Erklärung abgegeben hat: „Ich erkenne an,  
a) daß die Erfüllung der Forderung nur nach Maßgabe der vertraglichen Bestimmungen beansprucht werden kann,  
b) daß mir gemäß § 404 BGB die Einwendungen entgegengesetzt werden können, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren,  
c) daß die Aufrechnung mit Gegenforderungen in den Grenzen des § 406 BGB zulässig ist,  
d) daß eine durch mich vorgenommene weitere Abtretung gegenüber dem Auftraggeber nicht wirksam ist.  
Zahlungen, die der Auftraggeber nach der Abtretung an den Auftragnehmer leistet, lasse ich gegen mich gelten, wenn vom Zugang der Abtretungsanzeige beim Auftraggeber bis zum Tag der Zahlung (Tag der Abgabe oder Absendung des Überweisungsauftrages an die Post oder das Geldinstitut) noch nicht 6 Werktage verstrichen sind. Dies gilt nicht, wenn der die Zahlung bearbeitende Kassenbeamte schon vor Ablauf dieser Frist von der Abtretungsanzeige Kenntnis hatte.“

<sup>26</sup> vgl. §§ 1 ff. HGB



öffentlichen Rechts ist. Der Auftraggeber kann aber nach § 354 a Satz 2 HGB dennoch mit befreiender Wirkung an den Auftragnehmer als bisherigen Gläubiger der Werklohnforderung leisten.<sup>27</sup>

Wenn sich die Kommunen an die in den oben genannten ZVB enthaltenen Regelungen halten, werden die Risiken durch die von Alt- und Neugläubigern vorzulegenden Erklärungen auf ein beherrschbares Maß reduziert. Wenn die geforderten Erklärungen nicht vorgelegt werden, kann der Auftraggeber im Zweifel - sogar trotz gegebenenfalls wirksamer Abtretung - noch an den Auftragnehmer bezahlen.

### **3. Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren**

Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren beginnt damit, daß ein Insolvenzverfahren beim Insolvenzgericht (Amtsgericht) beantragt wird.<sup>28</sup> Das Eröffnungsverfahren dauert an, bis das Insolvenzgericht über die Eröffnung oder die Ablehnung des Insolvenzverfahrens beschließt.

Bei Baumaßnahmen werden aber - ungeachtet des gesetzlichen Leitbilds des Insolvenzrechts - die für ihren Fortgang entscheidenden Maßnahmen nicht erst im späteren Insolvenzverfahren, sondern schon in diesem Eröffnungsverfahren getroffen.

#### **3.1 Der vorläufige Insolvenzverwalter**

Das Insolvenzgericht trifft gemäß § 21 Abs. 1 InsO alle Maßnahmen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Auftragnehmers zu verhüten. Es kann insbesondere einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO).

##### **3.1.1 Der sogenannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter**

Dem sogenannten „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter (vgl. § 22 Abs. 1 InsO) steht anstelle des Auftragnehmers die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu. Er hat insbesondere das Vermögen des Auftragnehmers zu sichern und zu erhalten und das Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich fortzuführen. Er kann das Unternehmen - mit Zustimmung des Insolvenzgerichts - auch stilllegen (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO), wovon nicht selten Gebrauch gemacht wird. Für Rechtshandlungen ist nunmehr ausschließlich der starke vorläufige Insolvenzverwalter zuständig. Eine Kündigung muß ihm zugehen. Fällige Zahlungen wären auf dessen Anforderung auf das von ihm benannte Anderkonto zu leisten.

---

<sup>27</sup> Z.B. lautet die Nr. 21.4 des HAV-KOM wie folgt: „Ohne Einhaltung der Abtretungsvoraussetzungen nach den Nrn. 21.1 bis 21.3 kann der Auftragnehmer Geldforderungen an einen Dritten abtreten, wenn der Auftragnehmer Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches (HGB) ist und das Rechtsgeschäft, das die Forderung begründet hat, für ihn ein Handelsgeschäft ist (siehe § 354 a Satz 1 HGB). Die Forderungsabtretung entfaltet dann aber keine bindende Wirkung gegenüber dem Auftraggeber; er kann vielmehr weiterhin mit befreiender Wirkung an den Auftragnehmer Zahlungen leisten. Das gilt auch dann, wenn die Forderungsabtretung dem Auftraggeber angezeigt wird oder er anderweitig davon Kenntnis erlangt (siehe § 354 a Sätze 2 und 3 HGB).“

<sup>28</sup> Auskunft darüber, ob ein Insolvenzantrag vorliegt und wer diesen aus welchem Antragsgrund heraus gestellt hat, erteilt die Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts.

### 3.1.2 Der sogenannte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter

Dem sogenannten „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter steht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners nicht zu. Diese verbleibt noch bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Auftragnehmer. Das Insolvenzgericht bestimmt im Einzelnen die Befugnisse dieses „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters.

In jedem Falle ist er aber berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen zu betreiben (§ 22 Abs. 3 InsO). Solange der Eröffnungsbeschluß noch nicht ergangen ist, muß eine Kündigung dem Auftragnehmer selbst zugehen.

Zweifel über den Umfang der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters (z.B. ob dieser nach § 22 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO bestellt wurde, also ein „starker“ oder ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter ist) wären beim Insolvenzgericht abzuklären.<sup>29</sup>

## 3.2 Die Auswirkungen des Insolvenzantrags auf den VOB-Vertrag

Die Beratungspraxis zeigt, daß manche Bauverwaltungen meinen, ein Unternehmen „in der Insolvenz“ existiere nicht mehr als solches und die Bauverträge hätten sich „erledigt“. Dem kann nicht deutlich genug widersprochen werden. Der Insolvenzantrag hat keine unmittelbare rechtliche Auswirkung auf die Wirksamkeit der vertraglichen Verpflichtungen aus dem Werkvertrag mit dem Auftraggeber.<sup>30</sup> Auftraggeber und Auftragnehmer haben den Vertrag nach wie vor uneingeschränkt zu erfüllen, der Insolvenzantrag beeinflußt beispielsweise nicht die Vertragsfristen.

Wenn das Insolvenzgericht ein allgemeines Veräußerungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO erlassen hat, kann der Auftraggeber nicht mehr gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B mit schuldbefreiender Wirkung an einen Subunternehmer eine Direktzahlung leisten.<sup>31</sup> Eine dennoch erfolgte Direktzahlung führt zu einem dauerhaften Vermögensschaden beim Auftraggeber, wenn ein Rückforderungsanspruch beim Subunternehmer nicht realisierbar oder sogar gegebenenfalls wegen Kenntnis der Nichtschuld gemäß § 814 BGB ausgeschlossen ist. Die Haftungsfrage wäre zu klären.

## 3.3 Die Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber

Für den Auftraggeber ist es wichtig, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine Kündigung des Bauvertrags im Zusammenhang mit der Stellung des Insolvenzantrags nötig bzw. möglich ist und welche Folgen eine Kündigung hat.

### 3.3.1 Notwendigkeit einer Kündigung

Nicht in jedem Fall ist es nötig, sich vom Vertragsverhältnis zu lösen, da es gegebenenfalls dem vorläufigen Insolvenzverwalter noch möglich ist, den Vertrag abzuwickeln. Dies wäre bei ihm abzufragen. Zwar greift § 103 InsO (Erfüllungswahl zu Gunsten bzw. zu Lasten der späte-

<sup>29</sup> Im übrigen ist ein allgemeines Verfügungsverbot vom Insolvenzgericht öffentlich bekanntzumachen. Es wird auch dem Handelsregister mitgeteilt. Siehe hierzu § 23 Abs. 1 und 2 InsO.

<sup>30</sup> zum Eröffnungsbeschluß siehe nachfolgend Abschnitt 4

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 17.06.1999, BauR 1999, 1189

ren Insolvenzmasse) im Eröffnungsverfahren noch nicht Platz. Es ist aber eine der gesetzlichen Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters, sich und dem Insolvenzgericht Klarheit darüber zu verschaffen, ob es in der konkreten Situation noch eine Chance dafür gibt, den Betrieb ohne erhebliche Verminderung des Vermögens weiterzuführen oder einzelne Aufträge noch zu erfüllen, um der späteren Insolvenzmasse noch Vermögenswerte zuzuführen.<sup>32</sup> Zudem erhalten die Beschäftigten rückwirkend für den Zeitraum von drei Monaten vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses auf ihren Antrag hin vom Arbeitsamt das sogenannte Insolvenzgeld gemäß §§ 183 ff. SGB III. Damit ist der vorläufige Insolvenzverwalter für diesen Zeitraum von der Last der Lohnzahlung befreit und kann gegebenenfalls noch ausstehende Restleistungen mit dem verbleibenden Personal durchführen. Dies wird ihm noch dadurch erleichtert, daß der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des BGH mit Ansprüchen, die vor dem Eröffnungsantrag entstanden sind, nicht mit Erfolg gegen Forderungen des Schuldners aufrechnen kann, die auf danach vom (vorläufigen) Insolvenzverwalter erbrachten Werkleistungen beruhen.<sup>33</sup>

### 3.3.2 Möglichkeiten einer Kündigung

#### a) Allgemeine Kündigungsgründe (§ 8 Nr. 3 VOB/B)

Die allgemeinen Kündigungsmöglichkeiten bestehen neben den insolvenzbedingten Kündigungsgründen des § 8 Nr. 2 VOB/B weiter. Für den Fall, daß der vorläufige Insolvenzverwalter das Unternehmen des Auftragnehmers stilllegt, wird vertreten, daß eine Nachfrist entbehrlich sei und der Auftraggeber sofort kündigen könne.<sup>34</sup> Dies ist rechtlich problematisch, da von den Instanzgerichten zum Teil die Meinung vertreten wird, die Leistung könne der vorläufige oder endgültige Insolvenzverwalter auch durch Dritte erbringen lassen. Es sind deshalb im Zweifel die nach der VOB/B notwendigen Nachfristen zu setzen.

#### b) Kündigungsgrund Eigenantrag des Auftragnehmers

Gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1, 2. Alternative VOB/B ist der Auftraggeber berechtigt, den Vertrag zu kündigen, wenn der Auftragnehmer selbst das Insolvenzverfahren beantragt (Eigenantrag). Nur wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den Antrag beim Insolvenzgericht schon gestellt hat - dies sollte bei der dortigen Geschäftsstelle geklärt werden -, ist eine hierauf gestützte Kündigung wirksam.<sup>35</sup> Kündigungen auf Verdacht, etwa weil die örtliche Presse von einem Insolvenzantrag berichtet hat, sind zu vermeiden.

Sollte ausnahmsweise der Auftragnehmer seinen Eigenantrag beim Insolvenzgericht zurückziehen, verbleibt es dabei, daß die auf den Eigenantrag gestützte Kündigung wirksam ist.

Der Kündigungsgrund muß beim Vertragspartner vorliegen. Auch hierüber sollte sich der Auftraggeber beim Insolvenzgericht Gewißheit verschaffen. Rechtlich selbständige Gesellschaften sind isoliert zu betrachten: Zum Beispiel wirkt der Antrag der Konzernmutter nicht für deren Tochterunternehmen und umgekehrt. Besonderes Augenmerk ist auf die exakte firmenrechtli-

<sup>32</sup> siehe § 22 Abs. 1 Nr. 2 und § 22 Abs. 1 Nr. 3, 2. Halbsatz InsO (Fortführungsgutachten)

<sup>33</sup> vgl. BGH, NJW-RR 2002, 262 (dort zur vergleichbaren Situation nach der von der Insolvenzverordnung abgelösten Gesamtvollstreckungsordnung)

<sup>34</sup> z.B. Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, Rdn. 936

<sup>35</sup> Die Kündigung ist ansonsten nur wirksam, wenn sie in eine ordentliche Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B umgedeutet werden kann, etwa weil der Auftraggeber erkennbar auch ohne diesen Kündigungsgrund die Kündigung aussprechen wollte. Dann besteht aber die für den Auftraggeber schmerzliche Folge der Vergütungspflicht nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, weshalb er bei der Kündigung gegebenenfalls klarstellen muß, daß er sie nicht als ordentliche verstanden wissen will.

che Bezeichnung zu legen. Im Zweifel sollte bei Gesellschaften die Handelsregisternummer zur Identifizierung herangezogen werden. Soweit auf der Auftragnehmerseite eine ARGE beauftragt ist und der insolvenzbedingte Kündigungsgrund nur bei einem der ARGE-Partner vorliegt, ist es rechtlich fraglich, ob eine Kündigung gegenüber der ARGE möglich ist.<sup>36</sup> Letztlich kann dies dahinstehen, da die weiteren Vertragspartner als Gesamtschuldner zur Vertragserfüllung verpflichtet sind, für eine Kündigung daher keine Notwendigkeit besteht. In der Praxis werden in diesen Fällen die weiteren ARGE-Partner regelmäßig von dem nach den ARGE-Musterverträgen für solche Fälle vorgesehenen Ausschlußrecht gegenüber dem betreffenden ARGE-Mitglied Gebrauch machen<sup>37</sup> und die Baumaßnahme als Rest-ARGE fortführen.

c) Kündigungsgrund Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

Gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1, 4. Alternative VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn es das Insolvenzgericht mangels Masse ablehnt, das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Dieser Kündigungsgrund hat in der Praxis kaum selbständige Bedeutung. Er ist insolvenzrechtlich nur dann bedeutsam, wenn ein ansonsten begründeter Gläubigerantrag mangels Masse nicht zur Verfahrenseröffnung führt. Zum anderen wird in diesem Fall die wirtschaftliche Stellung des Auftragnehmers schon so aussichtslos sein, daß ihm ohnehin schon wegen Terminverzugs gekündigt wurde (siehe oben § 8 Nr. 3 VOB/B).

### 3.3.3 Rechtsfolgen der Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des § 8 Nr. 2 VOB/B

Sobald die schriftliche Kündigungserklärung wirksam wird,<sup>38</sup> zerfällt der Bauvertrag rechtlich in einen erfüllten Teil, für den grundsätzlich die vereinbarte Vergütung zu bezahlen ist (siehe § 8 Nr. 2 in Verbindung mit § 6 Nr. 5 VOB/B), und in einen nicht ausgeführten Teil, für den an die Stelle des Erfüllungseines Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 VOB/B tritt.<sup>39</sup>

a) Restfertigstellung der Leistungen

Nach der Kündigung ist der Bauherr berechtigt, ohne weiteres die Bauleistung als solche durch Dritte fertigstellen zu lassen<sup>40</sup> (wegen der davon zu trennenden Mängelbeseitigung an bereits ausgeführten Teilen siehe sogleich nachfolgend b) und eventuelle Mehrkosten der Restfertigstellung als Schadensersatz mit dem werkvertraglichen Vergütungsanspruch zu verrechnen.

b) Das Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)

Auch nach der Kündigung des Werkvertrages steht dem Auftragnehmer bzw. dem vorläufigen Insolvenzverwalter noch das Recht zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung) an der erbrachten Teilleistung zu.<sup>41</sup> Die Kündigung beendet nämlich das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit. Entgegen einer in der Praxis weit verbreiteten Ansicht darf

<sup>36</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 7

<sup>37</sup> Eine Gesellschaft wäre nach § 728 Abs. 2 BGB ansonsten nämlich aufgelöst, sobald das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

<sup>38</sup> Siehe § 8 Nr. 5 VOB/B: Die Kündigung ist schriftlich zu erklären.

<sup>39</sup> gefestigte Rechtsprechung, vgl. jüngst OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2002, BauR 2003, 115, 117 mit Bezugnahme auf BGHZ 68, 379, 381

<sup>40</sup> Für den Auftrag zur Fertigstellung an Dritte ist die VOB/A zu beachten.

<sup>41</sup> grundlegend: BGH, Urteil vom 25.06.1987, BauR 1987, 689

der Auftraggeber nach der Kündigung die durch Beauftragung eines Dritten entstandenen Mängelbeseitigungskosten nicht einfach als Schadensersatz nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B vom Restwerklohn abziehen. Der Auftraggeber muß den Auftragnehmer vielmehr zur Mängelbeseitigung innerhalb angemessener Frist auffordern. Dies gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer seine Arbeiter bereits abgezogen haben sollte.

Für das weitere Vorgehen ist nach der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>42</sup> entscheidend, ob die erbrachten Teilleistungen nach der Kündigung bereits abgenommen wurden oder nicht.<sup>43</sup> Die Abnahme nach § 8 Nr. 6 VOB/B - welcher bislang nur eine technische Funktion im Sinne einer Leistungsstandsabgrenzung beigemessen wurde - wurde aufgewertet und wird nunmehr als echte rechtsgeschäftliche Abnahme im Sinne von § 12 VOB/B verstanden.<sup>44</sup> Nach dieser Rechtsprechung endet die Erfüllung des gekündigten Vertrags - wie bei einem nicht gekündigten Vertrag - erst mit der Abnahme. Die Abnahme hat die gleiche Funktion wie im nicht gekündigten Vertrag. Sie dient dazu, festzustellen, ob die (aufgrund der Kündigung beschränkte) Werkleistung des Auftragnehmers vertragsgemäß erbracht wurde.<sup>45</sup>

Die Abnahme kann nur bei Abnahmereife verlangt werden. Diese ist nicht gegeben, wenn die bis zur Kündigung erbrachte Leistung mit wesentlichen Mängeln behaftet ist (§ 12 Nr. 3 VOB/B).

aa) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung bereits abgenommen

Die Abnahme hat unter anderem die Folge, daß dem Auftraggeber wegen der Mängel an der erbrachten Teilleistung der Anspruch aus § 13 Nr. 5 VOB/B auf Mängelbeseitigung zusteht. Er darf aber auch im Falle einer bereits ausgesprochenen Kündigung die Mängel erst dann selbst beseitigen (lassen), wenn er den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung in einer angemessenen Frist aufgefordert hat und der Auftragnehmer diese Frist fruchtlos verstreichen hat lassen. Dies ist keine Besonderheit der Folgen einer Kündigung aus § 8 Nr. 2 VOB/B. Denn für § 13 Nr. 5 VOB/B gilt generell, daß der Auftraggeber sich nicht vertragsgerecht verhält, wenn er den Mangel selbst beseitigen läßt, ohne den Auftragnehmer zur Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert zu haben. Auch ist das Recht des Auftragnehmers, die Mängel zu beseitigen, nicht bereits durch den Insolvenzantrag entfallen, da die Mängelbeseitigungskosten von dem Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, wie bereits oben dargestellt, nicht umfaßt werden.<sup>46</sup>

Lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen gelingt der Nachweis, daß die Mängelrüge mit Fristsetzung eine reine Förmelerei gewesen wäre. Soweit ohne vorhergehende Mängelrüge und Fristsetzung mit der Mängelbeseitigung begonnen wurde, wäre die Haftungsfrage gegenüber dem Veranlasser zu stellen, da der Auftragnehmer nicht zum Ersatz der entstandenen Aufwendungen verpflichtet ist.

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689 - 693

<sup>43</sup> Die Kündigung selbst ist keine konkludente Abnahme. Eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B kommt bei einem gekündigten Vertrag nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689).

<sup>44</sup> Abnahme ist die (körperliche) Entgegennahme der Werkleistung, verbunden mit der Erklärung des Auftraggebers, daß er das hergestellte Werk als im wesentlichen vertragsgerecht billige; vgl. Ingenstau/Korbion/Oppler, a.a.O., § 12 VOB/B Rdn. 6.

<sup>45</sup> Zudem hat die Abnahme insbesondere Einfluß auf den Beginn der Gewährleistungsfrist, die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln, die Gefahrtragung, den möglichen Ausschluß von Vertragsstrafen, den evtl. Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen sowie den Beginn des Abrechnungsstadiums.

<sup>46</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 06.12.2002, BauR 2003,1404

Zu empfehlen ist folgendes:

Bereits im Abnahmeprotokoll hat der Auftraggeber definitive angemessene Fristen zur Mängelbeseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel zu setzen. Auf § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ist hierbei hinzuweisen. Damit diese Fristsetzungen wirksam werden und nachgewiesen werden können, muß das Abnahmeprotokoll in einer Ausfertigung mit allen Anlagen, auf denen die festgestellten Mängel im einzelnen vermerkt und nach ihrem Erscheinungsbild genau beschrieben sind, dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. dem Auftragnehmer<sup>47</sup> (möglichst gegen Empfangsbekanntnis) ausgehändigt werden. Falls der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. der Auftragnehmer die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel nicht bestreiten, sollte das schriftliche Anerkenntnis der Mängel, gegebenenfalls auch auf dem Abnahmeprotokoll, abverlangt werden. Falls die Mängel bestritten oder nicht anerkannt werden, wäre gegebenenfalls eine gerichtsverwertbare Dokumentation nötig. Praktikabel wäre, z.B. einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit der Mängelerfassung und Dokumentation zu beauftragen. Die IHK und die Handwerkskammern führen Listen über die in ihrem Bereich bestellten Sachverständigen.

bb) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung noch nicht abgenommen

Diese Fallkonstellation kann zu rechtlichen Problemen führen. Stellt der Auftraggeber bei der beabsichtigten Abnahme der ausgeführten Leistungen wesentliche Mängel fest oder sind ihm solche bereits anderweitig bekannt, kann er die Abnahme bis zur Beseitigung dieser Mängel verweigern (§ 12 Nr. 3 VOB/B). Er sollte die Abnahme in diesem Fall wegen der weitreichenden Rechtsfolgen einer Abnahme verweigern und sich nicht auf eine Abnahme „ins Blaue hinein“ einlassen.<sup>48</sup> Der Auftraggeber muß dem bereits gekündigten Auftragnehmer nach § 4 Nr. 7 VOB/B eine angemessene Frist zur Beseitigung der im einzelnen zu rügenden Mängel setzen und erklären, daß er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Nachbesserungsrecht an den gerügten Mängeln (Anmerkung: nicht „den Auftrag“) entziehe, um sodann den Vertrag hinsichtlich dieser dem Auftragnehmer zustehenden Mängelbeseitigungsrechte noch eigens zu kündigen.<sup>49</sup>

Dieses Vorgehen ist die rechtsdogmatische Konsequenz aus der Tatsache, daß zwar die noch ausstehenden Restleistungen bereits „weggekündigt“ wurden, mangels Abnahme der erbrachten Leistungen diese aber noch nicht endgültig erfüllt sind. Sogar nachdem der Auftragnehmer seine Arbeiter von der Baustelle abgezogen oder gar den Betrieb stillgelegt hat, ist dieses Vorgehen rechtlich noch nötig, da der Auftragnehmer bzw. der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Nacherfüllung grundsätzlich auch Dritten übertragen könnte.

Eine höchstrichterliche Entscheidung darüber, ob die dargestellte Doppelkündigung (also Kündigung des Vertrages und später Kündigung des Mängelbeseitigungsrechts an der erbrachten Teilleistung) nötig ist oder nicht, liegt noch nicht vor. Trotz aller dagegen von Teilen der Kommentarliteratur geübten Kritik<sup>50</sup> kann einem Auftraggeber vor der Eröffnung des Insolvenz-

---

<sup>47</sup> falls nur ein sogenannter schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde; siehe Abschnitt 3.1.2

<sup>48</sup> siehe oben Fußnoten 44 und 45

<sup>49</sup> vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30 und Schmitz, Der Baukonkurs, 1. Auflage 1999, Rdn. 24, sowie Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 1 B Rdn. 9

<sup>50</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30

verfahrens derzeit nur empfohlen werden, bei wesentlichen Mängeln<sup>51</sup> der erbrachten Teilleistungen diese weitere Kündigung auszusprechen.<sup>52</sup>

Da mangels Abnahme meistens gemeinsame Mängelfeststellungen fehlen, sollte der Auftraggeber, bevor er Mängel selbst beseitigt, sicherstellen, daß der Leistungsstand vor Ort gemeinsam ermittelt und beweiskräftig dokumentiert wird. Sollten bei einer solchen Leistungsstandsermittlung der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. der Auftragnehmer die Mängel bestreiten, kann eine beweiskräftige Dokumentation - wie bereits oben bei aa) vorgeschlagen - durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen erfolgen. Damit wird vermieden, daß der Auftragnehmer bei einer wegen wesentlicher Mängel verweigerten Abnahme später in Beweisnot gerät und zu seinen Gunsten Regelungen zur Beweislastumkehr angewandt werden, weil der Auftraggeber im Wege der Selbstvornahme die Mängel durch einen Dritten hat beseitigen lassen.<sup>53</sup>

#### c) Abrechnung des Auftragnehmers

##### aa) Aufmaß

Alsbald nach der Kündigung kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber das gemeinsame Aufmaß der von ihm ausgeführten Leistungen verlangen (§ 8 Nr. 6 VOB/B). Das Aufmaß ist eine sachliche Voraussetzung für eine prüfbare Abrechnung nach § 14 VOB/B. Mit dem Aufmaß sollen die vom Auftragnehmer bis zur Kündigung ausgeführten Leistungsteile im Einzelnen festgestellt werden, um beim Einheitspreisvertrag die nach dem Vertrag geschuldete Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen ermitteln zu können. Das Aufmaß ist auch beim gekündigten Pauschalvertrag erforderlich, um den Umfang der bis zur Kündigung erstellten Leistung festzustellen und eine anteilige Pauschale berechnen zu können.<sup>54</sup>

Die Parteien eines VOB/B-Vertrages sind nach § 14 Nr. 2 VOB/B verpflichtet, notwendige Aufmäße möglichst gemeinsam zu erstellen. Verletzt eine Vertragspartei diese Mitwirkungspflicht trotz Aufforderung, muß sie im Streitfall die gegebenenfalls einseitig getroffenen Feststellungen der anderen Vertragspartei, soweit diese wegen Weiterbaus nicht mehr nachprüfbar sind, widerlegen.<sup>55</sup> Ohnehin liegt es im eigenen Interesse des Auftraggebers, die Schnittstelle zwischen den Leistungsbereichen des gekündigten Auftragnehmers und der Ersatzfirma zu klären.

##### bb) Schlußrechnung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedurfte es im Falle der Kündigung für die Fälligkeit der Schlußrechnung nicht der Abnahme.<sup>56</sup> Ob dies aufrechterhalten wird,

---

<sup>51</sup> Wenn die Mängel nicht wesentlich sind, muß die Teilleistung ohnehin abgenommen werden (§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGB). Bei der Beseitigung der nicht wesentlichen Mängel ist vorzugehen wie unter aa) geschildert.

<sup>52</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30

<sup>53</sup> vgl. Kammergericht, BauR 2003, 726

<sup>54</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 6 VOB/B Rdn. 9

<sup>55</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 10.05.2002, BauR 2003, 115

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 09.10.1986, BauR 1987, 95

bleibt angesichts der jüngsten Rechtsprechung<sup>57</sup> zur Aufwertung der Abnahme nach § 8 Nr. 6 VOB/B abzuwarten.<sup>58</sup>

Der Auftragnehmer hat nach § 8 Nr. 6 2. Halbsatz VOB/B unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen. Auch unfertige Werkleistungen bedürfen einer prüfbaren Abrechnung nach § 14 VOB/B.<sup>59</sup>

Soweit der Auftragnehmer bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter seiner Verpflichtung, prüfbar abzurechnen, nicht nachkommt, kann der Auftraggeber die Schlußrechnung nach § 14 Nr. 4 VOB/B selbst erstellen. Das ist vor allem notwendig, wenn möglicherweise bereits Überzahlungen vorliegen. Ist das nicht der Fall und ist absehbar, daß die Kosten einer evtl. selbst durchgeführten Mängelbeseitigung (Nacherfüllung) erst in dem späteren Insolvenzverfahren (also ab dem Eröffnungsbeschuß) bezifferbar und damit aufrechenbar sind, besteht für den Auftraggeber kein Anlaß, die Schlußrechnung schon vor der Aufrechnungsmöglichkeit aufzustellen.<sup>60</sup>

Sofern sich bei einem Abgleich der geprüften Abrechnung des Auftragnehmers mit den geleisteten Zahlungen eine Überzahlung ergibt, sind deren Ursachen zu ermitteln. Beruht eine Überzahlung, die zu einem Vermögensschaden beim Auftraggeber führt, auf zu vertretender Schlechtleistung des die Rechnung Prüfenden, stellt sich die Haftungsfrage.

cc) Gegenforderungen des Auftraggebers

aaa) Mehrkosten der Restfertigstellung

Der Auftraggeber hat dem gekündigten Auftragnehmer gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B die Mehrkosten und andere Ansprüche spätestens binnen zwölf Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten darzulegen und seinerseits prüfbar abzurechnen. Seinen diesbezüglichen Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B kann er mit dem Werklohnanspruch für den vor der Vertragsbeendigung erfüllten Teil der werkvertraglichen Leistung verrechnen.<sup>61</sup> Der Schadensersatzanspruch umfaßt auch Kosten eines Baustillstands nach der Kündigung.<sup>62</sup>

Es führt immer wieder zu Streit, wenn der Auftraggeber nach der Kündigung eines Einheitspreisvertrags die Restleistungen von einer Ersatzfirma nicht mittels Einheitspreisvertrags, sondern mittels Stundenlohnvereinbarung ausführen läßt. Sofern in diesem Fall nicht eine genaue Beschreibung der ausgeführten Tätigkeiten durch Regiezettel dokumentiert ist, anhand derer im Nachhinein die Zuordnung zum Leistungsverzeichnis möglich ist, ist ein Nachweis von Mehrkosten vor Gericht regelmäßig kaum möglich. Erschwerend kommt hinzu, daß Mehrleistungen sowie geänderte und zusätzliche Leistungen gegenüber den Vordersätzen des Leistungsverzeichnisses als Ohnehin-Leistungen aus den Regieleistungen herauszurechnen sind.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689

<sup>58</sup> siehe Acker/Roskosny, BauR 2003, 1279

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 09.10.1986, BauR 1987, 95

<sup>60</sup> zur Aufrechnungssituation im späteren Insolvenzverfahren siehe unten 4.3.2 b)

<sup>61</sup> Die Verrechnung des Schadensersatzanspruches ist insolvenzrechtlich nicht durch § 96 Abs. 1 InsO ausgeschlossen, da es sich um einen Nichterfüllungsschaden handelt (sogenannter kleiner Schadensersatzanspruch, vgl. § 281 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB und Palandt, 60. Auflage, § 387 BGB, Rdn. 2), der ein unselbständiger Rechnungsposten ist. Siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 27.

<sup>62</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 27



Sollten Mehrkosten dadurch entstehen, daß die Leistungen beim Ersatzunternehmen teurer sind als beim gekündigten Auftragnehmer (z.B. wegen Preissteigerungen, kleinerer Mengen oder erneuter Baustelleneinrichtung), sind diese bei berechtigtem Anspruch Teil des geschuldeten Schadensersatzes.<sup>63</sup> Dies gilt auch, wenn Nachtragsleistungen<sup>64</sup> auch beim gekündigten Auftragnehmer angefallen wären und wegen eines höheren Vertragspreisgefüges bei der Ersatzfirma teurer werden als dies beim gekündigten Auftragnehmer der Fall gewesen wäre.<sup>65</sup>

#### bbb) Mängelbeseitigungskosten

Unbedingt sollte der Auftraggeber die Mängelbeseitigungsleistung getrennt abrechnen, auch wenn diese Leistungen in der Regel im Wege der Ersatzvornahme an denselben Dritten vergeben werden wie die Leistungen für die Restfertigstellung. Die erstattungsfähigen Kosten der Mängelbeseitigung sind, soweit notwendig, in vollem Umfang ansatzfähig, während bei den Restfertigstellungskosten nur die Mehrkosten anzusetzen sind.

Die Brutto-Mängelbeseitigungskosten (beim nicht vorsteuerabzugsberechtigtem Auftraggeber) gehören zu den geschuldeten Aufwendungen, die zu ersetzen sind.<sup>66</sup> Der diesbezügliche Erstattungsanspruch<sup>67</sup> ist im Gegensatz zu dem Schadensersatzanspruch wegen der Mehrkosten der Restfertigstellung zwar nicht verrechenbar, da die Mängelbeseitigungskosten nicht nur unselbständige Rechnungsposten sind; er ist aber aufrechenbar.<sup>68</sup> Können die Mängelbeseitigungskosten erst nach der Insolvenzeröffnung, aber noch vor oder zumindest gleichzeitig mit der Fälligkeit der Schlußrechnung des Insolvenzverwalters beziffert werden, ist eine Aufrechnung unproblematisch. Können die Mängelbeseitigungskosten aber erst nach der Fälligkeit der Schlußrechnung des Insolvenzverwalters beziffert werden, ist nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO die Aufrechnung ausgeschlossen.<sup>69</sup> Auf die dadurch entstehenden Probleme wird im Abschnitt 4 näher eingegangen.

#### d) Inanspruchnahme von Bürgen

Die Bürgenhaftung ist weder durch die auftraggeberseitige Kündigung noch dadurch eingeschränkt, daß ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> zur Abrechnung nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, BGH, Urteil vom 25.11.1999, BauR 2000, 571

<sup>64</sup> Nachtragsleistungen nach § 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 2 Nr. 5 oder nach § 1 Nr. 4 S. 1 in Verbindung mit § 2 Nr. 6 VOB/B.

<sup>65</sup> siehe § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B.

<sup>66</sup> Ingenstau/Korbion/Wirth, a.a.O., § 13 Nr. 5 VOB/B Rdn. 170

<sup>67</sup> Ingenstau/Korbion/Wirth, a.a.O., § 13 Nr. 5 VOB/B Rdn. 172

<sup>68</sup> Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 1 B Rdn. 9

<sup>69</sup> siehe Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 39

<sup>70</sup> vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, a.a.O., § 17 Nr. 8 VOB/B Rdn. 26

## 4. Das Insolvenzverfahren

### 4.1 Der Insolvenzverwalter

Die im Eröffnungsverfahren getroffenen Sicherungsmaßnahmen (siehe oben Abschnitt 3.1) enden automatisch mit der Insolvenzeröffnung. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht geht auf den vom Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschuß bestimmten Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO).<sup>71</sup>

### 4.2 Der Eröffnungsbeschuß und seine wesentlichen Wirkungen

Verfügungen des Auftragnehmers sind ab Erlaß des Eröffnungsbeschlusses unwirksam, Leistungen an ihn grundsätzlich nicht mehr schuldbefreiend (§§ 81 und 82 InsO).<sup>72</sup> Das gesamte Vermögen des Auftragnehmers und alles was er während des Insolvenzverfahrens erlangt, gehört nunmehr zur sogenannten Insolvenzmasse (§§ 35 und 36 InsO).

Soweit zur Feststellung von Baumängeln ein selbständiges Beweisverfahren gerichtlich anhängig ist, wird dieses durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht unterbrochen.<sup>73</sup>

### 4.3 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Bauvertrag

4.3.1 Grundsatz: Die Durchsetzbarkeit der noch bestehenden Erfüllungsansprüche ist gehemmt

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erlöschen die gegenseitigen vertraglichen Erfüllungsansprüche mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht.<sup>74</sup>

Diese sind lediglich nicht mehr durchsetzbar; es entsteht eine Art insolvenzrechtlicher Schwebezustand, der bei noch nicht vollständig erfüllten Verträgen nach § 103 InsO erst mit der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters oder nach fruchtlosem Ablauf einer dem Insolvenzverwalter vom Auftraggeber gesetzten Frist aufgelöst wird.

---

<sup>71</sup> In aller Regel wird der vorläufige Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht auch zum Insolvenzverwalter bestellt.

<sup>72</sup> Konsequenterweise entfällt die Berechtigung des Auftraggebers nach § 16 Nr. 6 VOB/B, mit schuldbefreiender Wirkung an Subunternehmer Zahlungen zu leisten, spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers (BGH, Urteil vom 24.04.1986, BauR 1986, 454), wenn nicht ohnehin bereits ein allgemeines Veräußerungsverbot im Eröffnungsverfahren erlassen wurde (BGH, Urteil vom 17.06.1999, BauR 1989, 1189). Siehe hierzu auch Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 20.

<sup>73</sup> nunmehr vom BGH mit Beschluß vom 11.12.2003, BauR 2004, 531, klargestellt

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 25.04.2002, BauR 2002, 1264 (Grundsatzurteil und Kehrtwende in der Rechtsprechung). Der BGH hatte zuvor zur Vorläufernorm des § 103 InsO, dem § 17 KO, in bislang gefestigter Rechtsprechung entschieden, daß ein gegenseitiger und von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllter Vertrag durch die Verfahrenseröffnung automatisch umgestaltet werde und der Erfüllungsanspruch erlösche. An seine Stelle trete der einseitige Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der lediglich eine Insolvenzforderung sei und im Abrechnungsverhältnis mit den der Masse noch zustehenden Forderungen verrechnet werde. Allein die Willenserklärung des Verwalters, den Vertrag zu erfüllen, lasse den untergegangenen Anspruch gegen den Vertragspartner wieder entstehen, indem sie ihn mit dem bisherigen Inhalt neu begründe. Siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 42 und 43.

#### 4.3.2 Fallkonstellation: Der Auftraggeber hat den Vertrag bereits gekündigt oder kündigt nach Eröffnung des Verfahrens

Der Insolvenzverwalter muß eine wirksam ausgesprochene Kündigung hinnehmen. Er kann diese nicht durch Wahl der Erfüllung nach § 103 InsO zunichte machen.<sup>75</sup>

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag auch dann noch kündigen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftragnehmers eröffnet oder wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde. Der Auftraggeber muß dieses Kündigungsrecht unverzüglich nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses ausüben, da er es ansonsten verwirken oder - wegen der Möglichkeit des Insolvenzverwalters, die Erfüllung zu wählen - verlieren kann<sup>76</sup>. Die Kündigung muß dem Insolvenzverwalter zugehen, da nur ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das vom Insolvenzverfahren umfaßte Vermögen des Auftragnehmers zusteht. Soweit die Leistung zwischenzeitlich - gegebenenfalls vom vorläufigen Insolvenzverwalter - abnahmereif<sup>77</sup> erbracht wurde, scheidet eine Kündigung aus.<sup>78</sup>

Ergänzend zu den Ausführungen unter 3.3.3 ist bei der Abrechnung des Auftragnehmers zu beachten:

##### a) Mehrkosten der Restfertigstellung

Mehrkosten für die Restfertigstellung können nach Kündigung im Rahmen der Abrechnung nach § 8 Nr. 6 VOB/B verrechnet werden, wobei unerheblich ist, ob die Restfertigstellungsarbeiten bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei einem Dritten in Auftrag gegeben worden und wie weit sie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits vorangeschritten waren. Entscheidend ist ausschließlich, daß der Auftraggeber den Vertrag vor der Insolvenzeröffnung bzw. vor der Erfüllungswahl durch den Konkursverwalter gekündigt hat. Denn durch die Kündigung hat er ein ihm nicht mehr entziehbares Recht erhalten, die Arbeiten durch einen Dritten ausführen zu lassen und die Mehrkosten als Schadensersatz geltend zu machen.

##### b) Mängelbeseitigungskosten und deren Aufrechnung

Ist das Recht des Auftraggebers zur Selbstbeseitigung gerügter Mängel nach Rüge und erfolglosem Fristablauf bereits entstanden, wird es durch die Verfahrenseröffnung nicht eingeschränkt. Ist dieses Recht bei Verfahrenseröffnung noch nicht entstanden, ist zu beachten:

Der Mängelbeseitigungsanspruch des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erloschen, sondern zunächst nicht durchsetzbar (siehe oben).

Wenn der Insolvenzverwalter die Mängelbeseitigung an der vom Auftragnehmer erbrachten Teilleistung nicht von sich aus ernsthaft und endgültig ablehnt, ist er unter angemessener Fristsetzung aufzufordern, die gerügten Mängel zu beseitigen. Diese Fristsetzung ermöglichen so-

---

<sup>75</sup> Es ist hierbei unerheblich, aus welchem Grund die Kündigung erfolgte.

<sup>76</sup> siehe Huber, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2 § 119 Rdn. 42

<sup>77</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 12 VOB/B Rdn. 6

<sup>78</sup> vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 2 Rdn. 26 und § 8 Nr. 1 Rdn. 27

wohl § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B als auch § 103 Abs. 2 InsO. Lehnt der Insolvenzverwalter die Mängelbeseitigung ab, verliert er das Recht auf die Beseitigung der Mängel.<sup>79</sup>

Im Unterschied zur Situation vor der Verfahrenseröffnung (oben 3.3.3 b) bb)) spielt die Frage einer „Doppelkündigung“ bei noch nicht abgenommener Leistung im vorliegenden Fall keine Rolle, da § 103 Abs. 2 InsO klarstellt, daß ein (Nach-)Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Mängelbeseitigung nicht mehr besteht. Der Auftraggeber ist nach fruchtlosem Fristablauf zur Selbstbeseitigung berechtigt. Er kann mit den Mängelbeseitigungskosten bei der Abrechnung nach § 8 Nr. 6 VOB/B aufrechnen. Verbleibende, nicht durch eine Aufrechnung gedeckte Mängelbeseitigungskosten sind zur Insolvenztabelle anzumelden.

Wie oben bereits dargestellt, bereitet die Aufrechnung des Bauherrn mit Mängelbeseitigungskosten gegenüber dem werkvertraglichen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers dann Probleme, wenn die Mängelbeseitigungskosten erst nach der Fälligkeit der Schlußrechnung beziffert werden können. Dann steht § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO<sup>80</sup> seinem Wortlaut nach einer Aufrechnung entgegen. In der Literatur wird vorgebracht, die Vorschrift sei von ihrem Wortlaut her zu weit gefaßt und in teleologischer Reduktion nur auf solche Forderungen und Gegenforderungen anzuwenden, die aus verschiedenen Verträgen herrührten, also nicht vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Austauschverhältnis der §§ 320 ff. BGB gestanden hätten.<sup>81</sup> Der BGH hat diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.

Die Instanzgerichte neigen dazu, die Aufrechnungsmöglichkeit auszuschließen, wenn die Gegenforderung des Bauherrn wegen seines Mängelbeseitigungsaufwands erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und später als die Werklohnforderung fällig geworden ist.<sup>82</sup> Wegen der damit einhergehenden Unsicherheiten empfiehlt es sich derzeit, bereits möglichst früh gegen den werkvertraglichen Vergütungsanspruch mit einem Anspruch auf Kostenvorschuß<sup>83</sup> aufzurechnen.<sup>84</sup> Dieser Anspruch auf Kostenvorschuß ist nämlich bereits fällig, sobald das Recht auf Ersatzvornahme entsteht.

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Mängelbeseitigung<sup>85</sup> hinsichtlich der noch nicht abgenommenen Teilleistung, kann der Auftraggeber die Mängelansprüche als originäre Forderungen gegen die Insolvenzmasse geltend machen.

Sollten Abnahmehindernisse wegen wesentlicher Mängel vorliegen, entstünden für die Masse erhebliche Aufwendungen zur Mängelbeseitigung. Der Insolvenzverwalter wählt deshalb in der

---

<sup>79</sup> Es entfällt dann die Befugnis des Auftraggebers zu einem sogenannten Druckzuschlag hinsichtlich der vorhandenen Mängel, siehe Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 31 (vgl. zum sogenannten Druckzuschlag auch § 641 Abs. 3 BGB für die Zeit nach der Abnahme). Der Druckzuschlag wäre nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich auch vor der Abnahme zulässig (siehe BGH, Urteil vom 21.12.1978, BauR 1979, 159, 161).

<sup>80</sup> § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO lautet: „Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt ist und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann.“

<sup>81</sup> Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 39, mit Hinweisen auf die insolvenzrechtliche Literatur

<sup>82</sup> z.B. OLG Brandenburg, Urteil vom 12.03.2003, IBR 2003, und LG Potsdam, IBR 2002, 546

<sup>83</sup> siehe jetzt § 637 Abs. 3 BGB n.F.

<sup>84</sup> BGH, NJW-RR 89, 406 und Palandt, Kommentar BGB, Ergänzungsband zur 61. Auflage, § 637 Rdn. 9

<sup>85</sup> Die Wahl der Erfüllung kann sich nur noch auf die Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) der erbrachten Teilleistung beziehen, da in der hier untersuchten Ausgangssituation der Vertrag bereits vom Auftraggeber gekündigt wurde.

Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen<sup>86</sup> - und unter Prüfung seiner eigenen Haftungssituation gegenüber der Masse - die Erfüllung der Mängelbeseitigung.

#### 4.3.3 Fallkonstellation: Der Auftraggeber kündigt den Vertrag nicht

Diese Fallkonstellation ist anzutreffen, wenn entweder das Bauvorhaben mittlerweile soweit fortgeschritten ist, daß die Arbeiten im wesentlichen fertiggestellt sind oder der Insolvenzverwalter - zumeist in Abstimmung mit dem die Kündigung unterlassenden Auftraggeber - bei noch nicht im wesentlichen fertiggestellter Leistung die Erfüllung wählt.

##### 4.3.3.1 Das Bauwerk ist im wesentlichen fertiggestellt

Ist das Bauwerk im wesentlichen fertiggestellt, kann der Bauherr den Vertrag wegen der eingetretenen Abnahmereife nicht mehr kündigen. Der Insolvenzverwalter kann die Abnahme verlangen. Die weiteren Schritte entsprechen einer normalen VOB-Abwicklung. Die Restabwicklung wegen unfertiger Teile, deren geringfügiges Ausmaß einer Abnahme nicht entgegenstehen, richtet sich nach der Abnahme einheitlich nach § 13 Nr. 5 VOB. Zwischen der ausstehenden Restleistung und der Mängelbeseitigung wird nach der Abnahme nicht mehr differenziert. Die Fristsetzung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gilt in diesem Falle zugleich als Aufforderung zur (Nach-)Erfüllungswahl nach § 105 Abs. 2 InsO. Erklärt sich der Insolvenzverwalter innerhalb angemessener Frist nicht oder lehnt er die diesbezügliche (Nach-)Erfüllung der geringen Restleistungen und der Mängel ab, so kann der Auftraggeber die Arbeiten selbst durchführen. Die Baumaßnahme ist dann nach den vertraglichen Regelungen abzurechnen. Die Abrechnung erfolgt also nicht, wie in den vorhergehend dargestellten Fallgruppen, nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B. Zur Aufrechnungslage siehe 4.3.2 b). Vertraglich vereinbarte Sicherheiten sind vom Bauherrn in Anspruch zu nehmen.

Soweit die Insolvenz des Auftragnehmers erst nach der Abnahme und dem Empfang einer Gewährleistungsbürgschaft eingetreten ist, ist es fast schon üblich, daß die Insolvenzverwalter auf den Bauherrn zugehen und im Verhandlungswege den vertraglichen Gewährleistungseinbehalt vor Ablauf der Gewährleistungsfrist ausbezahlt erhalten wollen. Im Gegenzug wird meist angeboten, daß ein erheblicher Teil (meist die Hälfte) des Einbehalts für das verbleibende Gewährleistungsrisiko endgültig beim Auftraggeber verbleibt. Das damit einhergehende Risiko ist offensichtlich. Die Vor- und Nachteile müssen je nach tatsächlichem Gewährleistungsrisiko im einzelnen abgewogen werden. Zeigen bereits aufgetretene Mängel, daß mit weiteren Mängeln gerechnet werden muß, sollte auf den Einbehalt nicht verzichtet werden.

##### 4.3.3.2 Das Bauwerk ist noch nicht im wesentlichen fertiggestellt

Es verbleibt die Fallgruppe, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages wählt.<sup>87</sup> In diesem Fall ergibt sich folgendes:

---

<sup>86</sup> Ein solcher Fall liegt z.B. dann vor, wenn die Mängel als solche unbestritten sind und der Aufwand für die Mängelbeseitigung im Verhältnis zu den einbehaltenen Beträgen gering ist.

<sup>87</sup> Die Fallgruppe, daß das Bauwerk noch nicht im wesentlichen fertiggestellt ist, aber weder der Auftraggeber kündigt noch der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt, ist in der Praxis vernachlässigbar. Dann müßte der Auftraggeber wohl kein Interesse an der weiteren Fertigstellung haben. Bei öffentlichen Auftraggebern ist dies kaum denkbar.

#### a) Restleistung und Mängel

Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bedeutet, daß er die vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers aus der Masse erfüllen muß.<sup>88</sup> Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, die Bauleistung mit den Mitteln der Masse fertigzustellen. Der dabei entstehende werkvertragliche Vergütungsanspruch ist ebenso wie frühere Verbindlichkeiten, für die keine vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Zurückbehaltungsrechte oder Aufrechnungsmöglichkeiten bestehen, an die Masse zu leisten. Der werkvertragliche Vergütungsanspruch für die noch offenen Teilleistungen<sup>89</sup>, die der Insolvenzverwalter für die Masse erbringt, ist insolvenzrechtlich besonders geschützt: Alles was der Auftragnehmer nach Erfüllungswahl an werkvertraglicher Vergütung erwirtschaftet, steht der Masse ungeschmälert zu. Eine Aufrechnung mit Insolvenzforderungen des Auftraggebers ist deshalb nicht zulässig (siehe § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Dem Auftraggeber ist es damit z.B. verwehrt, gegen diesen Vergütungsanspruch mit Überzahlungsansprüchen aufzurechnen, die vor dem Eröffnungsbeschluß entstanden sind.

Wählt der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung, muß er mit den Mitteln der Masse auch die Mängel beseitigen, die den Teilleistungen anhaften, welche der Auftragnehmer oder der vorläufige Insolvenzverwalter erbracht hat. Denn die Masse schuldet wegen der Wahl der Erfüllung die mangelfreie Herstellung des gesamten Werkes, nicht nur desjenigen Teils, der nach dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses noch aussteht. Noch ungeklärt ist dabei, ob dies auch gilt, wenn diese Mängel für den Insolvenzverwalter nicht erkennbar waren.<sup>90</sup>

Mängel an Leistungen, die nach dem Eröffnungsbeschluß erbracht wurden, muß der Insolvenzverwalter bereits angesichts der unmittelbaren Verpflichtung der Masse beseitigen. Für das Mängelbeseitigungsverlangen sind die allgemeinen Regelungen der VOB/B zu beachten. Letztlich besteht für den Bauherrn auch die Möglichkeit des Auftragsentzuges nach § 4 Nr. 7 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B, wenn der vom Insolvenzverwalter erstellte Leistungsteil mit Mängeln behaftet ist, die dieser nicht beseitigt. Der Zugriff des Bauherrn für die daraus entstehenden Kosten beschränkt sich zwar auf die Masse. Diese Masseverbindlichkeit wird aber nach § 53 in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorzugt bedient.<sup>91</sup>

#### b) Voraus- und Abschlagszahlungen, die zu Überzahlungen führen

Soweit eine Vorauszahlung ohne Sicherheit geleistet wurde und eine Anrechnung auf zwischenzeitlich erbrachte Leistungen nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B nicht möglich ist, bleibt der Auftraggeber auch für den Fall, daß der Insolvenzverwalter Erfüllung gewählt hat, mit dem auf die Vorauszahlung entfallenden Erfüllungsanspruch Insolvenzgläubiger und damit auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle verwiesen. Gleiches gilt für Abschlagszahlungen. Wirtschaftlich bedeutet das, daß der Auftraggeber den vorausbezahlten Anteil des Werklohnes nach der Fertigstellung des Werks noch einmal, diesmal an den Insolvenzverwalter für die Masse, bezahlen muß, und hinsichtlich der Vorauszahlung nach § 105 Satz 1 InsO nur eine einfache Insolvenzforderung hat, die allenfalls mit einer (gegebenenfalls geringfügigen) Quote<sup>92</sup> befriedigt wird.

---

<sup>88</sup> siehe § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO

<sup>89</sup> Die Rechtsprechung geht davon aus, daß ein Bauvertrag im Sinne von § 105 Satz 1 InsO teilbar und damit § 105 InsO anwendbar ist. Zuletzt: BGH, Urteil vom 25.04.2002, BauR 2002, 1264

<sup>90</sup> vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 45

<sup>91</sup> allerdings mit dem Risiko des Auftraggebers wegen der sogenannten Massenunzulänglichkeit nach § 208 InsO

<sup>92</sup> Diese Forderung ist keine bevorrechtigte Masseverbindlichkeit nach § 53 InsO.

Denn soweit Zahlungen über das nach § 16 VOB/B Geschuldete hinaus geleistet wurden, ergibt sich eine Überzahlung. Normalerweise würde diese Überzahlung im Rahmen der Schlußrechnung durch Verrechnung ausgeglichen werden, da Voraus- und Abschlagszahlungen nur den Charakter vorläufiger Zahlungen auf den sich aus der Schlußrechnung ergebenden endgültigen Vergütungsanspruch haben.<sup>93</sup> Wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt, entstehen aber zwei gesonderte Abrechnungsverhältnisse:

Eine Abrechnung findet für die bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführten Leistungen statt. In dieses Abrechnungsverhältnis werden die bis zum Eröffnungsbeschluß geleisteten Zahlungen eingestellt. Wenn sich aus der Schlußabrechnung für diesen Teil ein Saldo zu Gunsten des Auftraggebers ergibt, hat der Auftraggeber einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung.<sup>94</sup>

Die andere Abrechnung umfaßt die Werklohnforderung für die auf Grund der Erfüllungswahl mit Mitteln der Masse bewirkte Leistung. In diesem Abrechnungsverhältnis ist es dem Auftraggeber verwehrt, die vor Eröffnung der Insolvenz entstandene Überzahlung einzubringen, da der von der Masse erwirtschaftete Werklohn dieser ungeschmälert zukommen soll. Eine Aufrechnung mit dem oben genannten vertraglichen Rückzahlungsanspruch gegen die Werklohnforderung ist der Masse untersagt, § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.<sup>95</sup>

Soweit im Insolvenzverfahren kein Ausgleich erfolgt, stellt sich die Haftungsfrage gegenüber dem, der die Überzahlung veranlaßt hat.

#### c) Abtretungen

Ist der vor der Insolvenzeröffnung entstandene Werklohnanspruch unanfechtbar abgetreten worden,<sup>96</sup> setzt sich diese Abtretung für den Teil des Werklohnes gegenüber der Masse durch, der auf die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung des Auftragnehmers entfällt. Dieser Teil ist nach den Grundsätzen über die vorzeitige Kündigung des Bauvertrages gesondert abzurechnen. Die Abtretung umfaßt dagegen nicht denjenigen Teil der Vergütung, der auf die nach Insolvenzeröffnung mit den Mitteln der Masse erbrachten Leistungen entfällt.

## 4.4 Inanspruchnahme von Bürgen

Auch wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird, gelten die dem Auftraggeber ausgereichten Bürgschaften weiter. Dies gilt nach der neuen Rechtsprechung des BGH ohne weiteres auch dann, wenn der Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse die Erfüllung wählt, da die verbürgte Hauptforderung unmittelbar weiterbesteht.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 19.03.2002, BauR 2002, 1257, 1259

<sup>94</sup> BGH, a.a.O.

<sup>95</sup> siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 44

<sup>96</sup> siehe zu den Anfechtungsmöglichkeiten die §§ 129 ff. InsO

<sup>97</sup> BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689

## **5. Anmeldung von Forderungen des Auftraggebers zur Insolvenztabelle**

Nicht durch Sicherheiten, Verrechnungs- oder Aufrechnungsmöglichkeiten gedeckte Forderungen sind vom Auftraggeber beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anzumelden (vgl. § 174 InsO). Lehnt der Insolvenzverwalter die Aufnahme der Forderung zur Tabelle ab, muß gegebenenfalls ein kostenintensiver Rechtsstreit geführt werden. Die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile eines solchen Rechtsstreits sind je nach der zu erwartenden Quote im jeweiligen Einzelfall abzuwägen.