

Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters: Auswirkung auf Mängelansprüche für Bauleistungen, die vor der Insolvenzeröffnung noch vom Auftragnehmer erbracht wurden?

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
I. Problemstellung	85
II. Insolvenzrechtliche Ausgangslage	87
1. Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten	87
2. Die Wende in der Rechtsprechung des BGH zur Wirkung der Insolvenzeröffnung	87
3. Die Grundstruktur des Insolvenzverfahrens nach der neueren Rechtsprechung des BGH	88
III. Der Nacherfüllungsanspruch in der Insolvenz	91
IV. Zusammenfassung	94

I. Problemstellung

Bei Insolvenz des Auftragnehmers bereitet es den Kommunen oft Schwierigkeiten, einen Bauvertrag abzuwickeln. Einen Überblick über rechtlich korrektes und wirtschaftlich zweckmäßiges Vorgehen des Auftraggebers bei Insolvenz des Auftragnehmers haben wir in unserem Geschäftsbericht 2003, S. 47 ff. gegeben.

Wir haben darin die Möglichkeiten des Auftraggebers dargelegt, sich durch Kündigung vom Bauvertrag zu lösen. Nicht in jedem Fall ist es sinnvoll, sich vom Vertragsverhältnis zu lösen, da es gegebenenfalls dem Insolvenzverwalter noch möglich ist, den Vertrag abzuwickeln. Kündigt der Bauherr den Bauvertrag nicht, gibt das Insolvenzrecht dem vom Gericht eingesetzten Insolvenzverwalter das Recht, die Erfüllung des Vertrages zu wählen (Erfüllungswahl gemäß § 103 InsO).¹ Dadurch wird es dem Insolvenzverwalter ermöglicht, für die Insolvenzmasse profitable Verträge weiterzuführen.

Sind Bauleistungen, die der Insolvenzverwalter **nach** seiner Erfüllungswahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO erbringen läßt, mit Mängeln behaftet, so bestehen nach einhelliger Ansicht Nacherfüllungsansprüche, die den Rang sog. Masseverbindlichkeiten haben und vorweg aus der Insolvenzmasse bedient werden.

Wählt der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners (Auftragnehmers) die Erfüllung, stellt sich die Frage, ob die Erfüllungswahl auch den Nacherfüllungsanspruch wegen Mängeln desjenigen Teilwerks umfaßt, das der Auftragnehmer bereits **vor** dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses hergestellt hat.

Nach einer Ansicht begründet die Erfüllungswahl auch die Pflicht zur Beseitigung von Mängeln, die der **vor** der Verfahrenseröffnung erbrachten Werkleistung anhaften.² Es wird argumentiert, daß die Masse wegen der Wahl der Erfüllung die mangelfreie Herstellung des gesamten Werkes schulde und nicht nur desjenigen Teils, der nach dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses noch ausstehe. Die Erfüllungswahl sei unteilbar.³

Andere vertreten die Auffassung, daß sich die Erfüllungswahl auf die bereits vor dieser Entscheidung konkret gerügten Mängel beschränke und der Insolvenzverwalter wegen später gerügter weiterer Mängel von neuem Erfüllung durch Nacherfüllung wählen oder ablehnen könne.⁴ Nach einer weiteren Meinung soll die Erfüllungswahl nach § 119 BGB anfechtbar sein, wenn sich zusätzliche Mängel nach der Erfüllungswahl zeigen.⁵

Nach einer anderen, im Vordringen befindlichen Meinung verletzen die vorgenannten Argumentationen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Die Erfüllung anstelle des Schuld-

¹ § 103 Abs. 1 InsO lautet: „Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.“

² Kreft, in: Festschrift für Uhlenbruck, S. 387, 399 - 401; Tintelnot, in: Kübler/Prütting, InsO, Stand Februar 2005, § 103, Rdn. 66 und 68; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Auflage, Rdn. 30; Marotzke, Handkommentar InsO, § 103 Rdn. 66; so auch, allerdings noch undifferenziert: Stemmer/Rohrmüller, BauR 2005, 622, 634

³ Kreft, in: Festschrift für Kirchhof, S. 282 ff.

⁴ Huber, in: MünchKomm-InsO, 2002, § 103 Rdn. 146; Huber, NZBau 2005, 256, 261; Huber, in: Festschrift für Kreft, S. 327 ff.; Schmitz, ZIP 2001, 765, 768

⁵ vgl. Tintelnot, a.a.O., Rdn. 661

ners erfasse nur die noch nicht in Angriff genommenen Vertragsleistungen, nicht jedoch zusätzlich die Nacherfüllung an den bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen. Der Sinn der nach § 105 InsO möglichen teilweisen Erfüllungswahl⁶ liege gerade darin, die Masse nicht mit Risiken aus dem vor der Eröffnung entstandenen Teilwerk zu belasten.⁷ Andernfalls entstünden unübersehbare Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter, der schon im Zeitpunkt der Erfüllungswahl kaum zumutbare Prognoseentscheidungen über künftige, aber derzeit noch nicht erkennbare Mängel zu treffen habe.⁸

Die dargestellten Meinungsunterschiede haben erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für die Praxis.

Der Insolvenzverwalter muß sich bei seiner Entscheidung, ob er den Vertrag anstelle des Schuldners erfüllt, ausschließlich von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lassen. Bei für die Masse finanziell vorteilhaften Verträgen oder Vertragssituationen wird er die Erfüllung wählen, bei wirtschaftlich nachteiligen Verträgen nicht. Allerdings sind Bemühungen, für die Masse an sich wirtschaftlich vorteilhafte Bauaufträge weiterzuführen, zum Scheitern verurteilt, wenn der Insolvenzverwalter das Risiko trägt, die Masse mit Nacherfüllungsansprüchen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung zu belasten. Dadurch wird die Chance vertan, die in dem Bauauftrag noch enthaltenen wirtschaftlichen Werte über die Wahl der Erfüllung zu realisieren. Die Insolvenzmasse und der Auftraggeber als Gläubiger müssen sich, wenn die Erfüllung wegen des Risikos hoher oder unsicherer Nacherfüllungskosten nicht gewählt werden kann, mit den geringeren Liquidationswerten zufriedengeben. Der sanierungsorientierte, werterhaltende Aspekt der Rechtsprechung zu den §§ 103, 105 Satz 1 InsO verpufft.⁹ Die vom Gesetzgeber mit diesen Vorschriften verbundene Absicht, Vermögenswerte zu erhalten und nicht zerschlagen zu müssen, geht ins Leere.

Wird hingegen das Bauvorhaben vom Insolvenzverwalter weitergeführt, kann der den Beteiligten entstehende Schaden reduziert werden. Der Auftraggeber (Gläubiger) hat dann nicht die Mehrkosten für Ersatzvornahmen zur Restfertigstellung durch Dritte zu tragen, was ihm ansonsten (wegen der zumeist niedrigen Insolvenzquote) fast vollständig zur Last fiel, wenn er nicht in ausreichender Höhe auf Sicherheiten (z.B. auf eine Vertragserfüllungsbürgschaft) zurückgreifen kann.

Mit der vorliegenden kurzen Untersuchung soll aufgezeigt werden, daß es auf die bislang ausgetauschten Argumente im Ergebnis nicht ankommt, da der in § 105 der Insolvenzordnung selbst angelegte¹⁰ und von der Rechtsprechung des BGH in seinem Grundsatzurteil vom 25.04.2002¹¹ fortgesetzte Weg konsequent weitergeführt werden kann und muß, um zu dogmatisch stimmigen und für die Praxis tauglichen Lösungen zu gelangen. Deshalb wird in dieser Darstellung auch nicht weiter auf die oben skizzierten Meinungen eingegangen.

⁶ § 105 Satz 1 InsO lautet: „Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt.“

⁷ Wellensiek, BauR 1a/2005, 186, 197

⁸ Schmitz, Die Bauinsolvenz, 3. Auflage, Rdn. 310

⁹ vgl. Schmitz, a.a.O., Rdn. 316

¹⁰ In § 105 InsO ist nunmehr gesetzlich geregelt, was der IX. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 27.02.1997, „Sachsenmilch“, Az. IX ZR 5/96, BauR 1997, 700 (nur Leitsatz), BGHZ 135, 25 -30, zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung rechtsfortbildend entschieden hat.

¹¹ BGH, Urteil vom 25.04.2002, Az. IX 313/99, BauR 2002, 1264 ff.

II. Insolvenzrechtliche Ausgangslage

1. Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten

Alle Gläubiger, die bei der Insolvenzeröffnung einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben, haben eine sog. Insolvenzforderung. Nach § 38 InsO dient die Insolvenzmasse, das ist das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung gehört und das er während des Verfahrens erlangt (§ 35 InsO), zur Befriedigung dieser persönlichen Gläubiger. Reicht der Erlös aus der Insolvenzmasse nicht aus, wenn diese verwertet wird, werden die Gläubiger nach Quoten (Bruchteile ihrer Forderungen) befriedigt.

Demgegenüber werden die sog. Masseforderungen bzw. Masseverbindlichkeiten bevorzugt behandelt (vgl. § 53 InsO). Alles, was die Insolvenzmasse nach der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters mit den Mitteln der Masse verdient, soll dieser ungeschmälert verbleiben, so daß eine Aufrechnung mit den o.g. Insolvenzforderungen ausscheidet.¹² Andernfalls müßte die Masse Aufwendungen für Leistungen erbringen, die lediglich dem Schuldner, nicht aber ihr selbst zugeflossen sind.¹³

Gegen die Masse begründete Ansprüche werden in vollem Umfang befriedigt, werden also nicht auf die sog. Quote verwiesen. Zu diesen Masseverbindlichkeiten gehören z.B. Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, bei denen der Insolvenzverwalter die Erfüllung zur Masse verlangt hat (siehe § 103 und § 55 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 InsO). Reicht die Masse zur Befriedigung aller Massegläubiger nicht aus, regelt § 209 InsO das Rangverhältnis. Sofern Masseverbindlichkeiten nicht befriedigt werden können, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe des § 61 InsO den Massegläubigern persönlich haften.

2. Die Wende in der Rechtsprechung des BGH zur Wirkung der Insolvenzeröffnung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Auswirkungen des Eröffnungsbeschlusses (§ 27 InsO) auf noch nicht von beiden Seiten vollständig erfüllte Verträge hat sich in den letzten Jahren grundlegend geändert.

Besonders hervorzuheben ist das Urteil des IX. Senats des BGH vom 25.04.2002¹⁴ zur Auswirkung der Insolvenzeröffnung auf Bauverträge und zur Teilbarkeit von Bauleistungen. Nach dieser Grundsatzentscheidung des IX. Senats gilt:

„Die auf Grund gegenseitiger Verträge geschuldeten Leistungen sind regelmäßig teilbar, wenn sich die vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen feststellen und bewerten lassen. Bei einem Werkvertrag über Bauleistungen erfolgt dies nach den gleichen Regeln wie bei einer Kündigung aus wichtigem Grund.“¹⁵

„Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren

¹² z.B. eine Aufrechnung mit Mehrkosten wegen Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B; zur früheren Rechtslage nach der Konkursordnung siehe BGH, Urteil vom 28.09.2000, „Container“, Az. VII ZR 372/99, BauR 2001, 245, 247

¹³ Schmitz, a.a.O., Rdn. 292

¹⁴ Az. IX ZR 313/99, BauR 2002, 1264 ff.

¹⁵ so der amtliche Leitsatz 1 a des Urteils vom 25.04.2002

die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren ihre Durchsetzbarkeit, **soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind**. Wählt der Verwalter Erfüllung, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.¹⁶

Der BGH hat in dem o.g. Leitsatz auf die *rechtliche* Durchsetzbarkeit von Ansprüchen abgestellt, soweit sie **nicht** auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind. Daß die auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichteten Ansprüche nur als einfache Insolvenzforderung geltend gemacht werden können, bewirkt, daß solche Ansprüche *faktisch* nicht durchsetzbar sind.

3. Die Grundstruktur des Insolvenzverfahrens nach der neueren Rechtsprechung des BGH

3.1 Zugrunde liegt die Fallgestaltung, daß zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung ein Werkvertrag über eine Bauleistung von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist.¹⁷ Wird der Eröffnungsbeschluß erlassen, geht damit nicht einher, daß die noch offenen Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen erlöschen (Abkehr von der früheren sog. „Erlöschenstheorie“). Die Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche ist aber, soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für **vor** Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen (hier: Zahlungen) gerichtet sind, gehemmt.

Beispiel:

Der Auftragnehmer soll ein Gebäude mit einem Auftragswert von 5 Mio € errichten. Nachdem Bauleistungen mit einem Vertragswert von 3 Mio € errichtet und Abschläge ebenfalls in Höhe von 3 Mio € bezahlt wurden, wird über das Vermögen des Auftragnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Auftraggeber kündigt den Werkvertrag nicht, der Insolvenzverwalter wählt nach Aufforderung durch den Auftraggeber innerhalb angemessener Frist die Erfüllung.

In diesem Beispiel ist der noch nicht erfüllte Erfüllungsanspruch aus dem Werkvertrag nicht, wie von der früheren Rechtsprechung angenommen, mit der Verfahrenseröffnung erloschen. Der Anspruch war zunächst jedoch nicht durchsetzbar. Mit der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters erhielt der Auftraggeber einen gegen die Masse gerichteten Erfüllungsanspruch hinsichtlich der noch zu erbringenden Bauleistungen im Auftragswert von 2 Mio €.

3.2 Wählt der Insolvenzverwalter nicht von sich aus die Erfüllung des Vertrages oder fordert der Auftraggeber den Insolvenzverwalter fruchtlos zur Ausübung seines Wahlrechts auf, folgt hieraus nach der o.g. neueren Rechtsprechung noch keine Umgestaltung des Vertragsverhältnisses. Es steht dem Auftraggeber frei, sich am Insolvenzverfahren zu beteiligen.¹⁸ Beteiligt er sich, zumeist durch die Anmeldung seiner Ansprüche zur Insolvenztabelle, etwa indem er einen Nichterfüllungsschaden geltend macht, entsteht ein insolvenzrechtliches Abrechnungsverhältnis. Mithin bewirkt erst eine Handlung des Auftraggebers die Vertragsumgestaltung, nicht

¹⁶ so der amtliche Leitsatz 1 c des Urteils vom 25.04.2002; Hervorhebung durch den Verfasser

¹⁷ Ist der Vertrag von einer Seite bereits vollständig erfüllt, ist die verbleibende offene Leistung des anderen Vertragspartners entweder (einfache) Insolvenzforderung, die gegebenenfalls quotaal befriedigt wird, oder Forderung des Insolvenzverwalters, welche dieser zur Masse zieht.

¹⁸ Er kann, anstatt sich am Insolvenzverfahren zu beteiligen, nach dessen Beendigung den Erfüllungsanspruch grundsätzlich weiter betreiben, wenn er sich hierdurch einen Vorteil verspricht.

schon die Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter oder der Zeitablauf der diesem gesetzten angemessenen Erklärungsfrist nach § 103 Abs. 2 InsO.

3.3 Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung, kommt es bei einem Werkvertrag, der eine Bauleistung zum Inhalt hat, zu einer Vertragsaufspaltung in zwei Teile. Zumeist heißt es in der Literatur verkürzt, es sei im eröffneten Verfahren zwischen den bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Bauleistungen und den nach der Verfahrenseröffnung infolge der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters aus Mitteln der Masse zu erbringenden Bauleistungen zu unterscheiden. Zutreffend ist es, übereinstimmend mit dem Leitsatz und den tragenden Gründen der Entscheidung des BGH vom 25.04.2002¹⁹ zu unterscheiden, ob und inwieweit der Auftraggeber für die noch nicht vollständig erbrachte Bauleistung schon Zahlungen erbracht hat oder nicht.

Es muß wie folgt differenziert werden:

(1) Der Auftraggeber ist zum einen Gläubiger, allerdings nur Insolvenzgläubiger nach § 105 Satz 1 InsO, hinsichtlich der noch offenen Erfüllungsansprüche, die Gegenleistung (nämlich die noch nicht erbrachten Bauleistungen) für eine von ihm bereits erbrachte Teilleistung (Zahlung) sind. Diese noch offenen Erfüllungsansprüche sind der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters **nicht** zugänglich, weil sonst die anderen Insolvenzgläubiger benachteiligt werden. Sie können mit ihrem Wert gemäß § 45 InsO als Insolvenzforderung im Insolvenzverfahren zur Insolvenztabelle angemeldet werden, zumeist mit der für den Gläubiger unangenehmen Folge der nur quotenmäßigen Befriedigung.

Ein Beispiel mag dies veranschaulichen:

Der Auftragnehmer hat nach dem Werkvertrag, der ein Auftragsvolumen von insgesamt 10 Mio € umfaßt, den Rohbau für ein mehrgeschossiges Verwaltungsgebäude zu errichten. Er erhält eine Vorauszahlung für die Bauleistung der Tiefgarage, des Kellergeschosses und des Erdgeschosses, in dem Läden untergebracht werden sollen, in Höhe von insgesamt 3 Mio €. Wegen einer unwirksamen Sicherungsabrede im Bauvertrag ist die Forderung durch die gestellte Vorauszahlungsbürgschaft im Ergebnis nicht abgesichert. Im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ist das Gebäude bis einschließlich der Decke über dem Kellergeschoß fertiggestellt. Für das noch nicht erstellte Erdgeschoß wurden anteilig 0,5 Mio € vorausbezahlt. Die weiteren noch nicht ausgeführten Bauleistungen haben einen anteiligen Auftragswert von 7 Mio €. Der Insolvenzverwalter wählt die Erfüllung, da sich der Auftrag aus seiner Sicht als lukrativ erweist und er meint, die Bauleistung mit den ihm verbliebenen Möglichkeiten zügig fertigstellen zu können.

In diesem Beispielfall ist der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung mit einem Betrag von 0,5 Mio € in Vorleistung gegangen. Die nicht mehr vom Auftragnehmer (sondern vom Insolvenzverwalter) erbrachte Bauleistung für das Erdgeschoß ist Gegenleistung für eine vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung (Zahlung) des Auftraggebers. Wählt der Verwalter die Erfüllung für die noch offenen Leistungen im Umfang von 7 Mio € nach § 103 InsO, ist es dem Auftraggeber nach einhelliger Ansicht verwehrt, mit der Insolvenzforderung von 0,5 Mio € gegen die infolge der Erfüllungswahl und der weiteren Baudurchführung für die Masse entstandenen werkvertraglichen Vergütungsforderung von vorliegend 7 Mio € aufzurechnen (vgl. § 105 Satz 1, § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

¹⁹ siehe Fußnote 14

Diese Situation verdeutlicht eine bemerkenswerte Konstellation: Das Verwaltungsgebäude kann nicht ohne das fehlende Erdgeschoß (quasi erst ab dem ersten Stockwerk) weitergebaut werden. Der Insolvenzverwalter wird sich nach der oben dargestellten Rechtslage weigern müssen, mit den Mitteln der Masse das Erdgeschoß zu errichten, ohne hierfür eine Gegenleistung zu bekommen. Der Insolvenzverwalter muß sich darauf beschränken, mit den Mitteln der Masse ausschließlich die bisher noch nicht bezahlten Leistungen gegen Zahlung des hierauf entfallenden Vergütungsanspruchs zu erbringen.²⁰ Der Insolvenzverwalter wird deshalb den Auftraggeber sogleich nach seiner Erfüllungswahl in Annahmeverzug mit der Entgegennahme der Bauleistungen ab dem ersten Stock setzen, da ihm die notwendige Vorleistung des Bauherrn (das Erdgeschoß) fehlt, wofür der Bauherr und nicht der Insolvenzverwalter einzustehen hat. Die Situation ist die gleiche wie z.B. in einem Fall, bei dem der Bauherr den Baugrund wegen Kontaminationen nicht rechtzeitig zur Verfügung stellen kann. In der Praxis werden sich Auftraggeber und Insolvenzverwalter zweckmäßigerweise im Rahmen einer Abwicklungsvereinbarung auch wegen solcher Bauleistungen, die nicht der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters unterliegen, über Bausoll, Kosten und Termine einigen (müssen).

Der Weg, daß der Auftraggeber eine Drittfirma mit der Errichtung des Erdgeschosses beauftragt (und die Kosten dafür zur Tabelle anmeldet), wird regelmäßig unwirtschaftlicher sein, als sich mit dem Insolvenzverwalter über die Ausführung zu einem sachgerechten, am bisherigen Vertrag orientierten Preis zu verständigen (siehe auch § 1 Nr. 4 Satz 1 i.V. mit § 2 Nr. 6 VOB/B). Zudem wäre der Insolvenzverwalter in der Baufortführung gehindert. Er könnte gegebenenfalls die dadurch entstehenden Behinderungskosten zugunsten der Masse geltend machen.²¹

Die am Beispiel einer Vorauszahlung dargestellte Problematik ergibt sich in der Praxis in gleicher Weise häufig auch dann, wenn der Auftraggeber Abschlagszahlungen über den Wert der tatsächlich ausgeführten Bauleistungen hinaus leistet. Der Auftraggeber bezahlt in dieser Konstellation die Bauleistung für das Erdgeschoß im Ergebnis zweimal. Dadurch stellt sich die Haftungsfrage gegenüber dem Verantwortlichen.

(2) Der Auftraggeber ist im Falle einer Insolvenz zum anderen, wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt, Gläubiger der Masse. Er erhält hinsichtlich der noch nicht vollständig erbrachten Teile der Bauleistung einen originären Anspruch gegen die Insolvenzmasse, allerdings nur, soweit von ihm hierfür noch keine Zahlungen geleistet wurden.

Nur Ansprüche auf geschuldete, bisher noch nicht erbrachte Bauleistungen, für die noch keine Zahlungen erfolgten, sind Ansprüche, die zunächst nicht durchsetzbar sind, aber infolge der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse erhalten. Dies folgt aus § 105 InsO und der im o.g. Leitsatz enthaltenen Aussage: „soweit sie (Anm.: die Ansprüche) nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind“.

Der Anspruch auf die nach der Erfüllungswahl offene, anteilige Bauleistung ist als Masseverbindlichkeit vorrangig vor den Insolvenzforderungen zu erfüllen. Das bedeutet, daß der Auftraggeber hierfür nicht auf die sog. Quote verwiesen wird und daß er bei Ausfall der Masse gegebenenfalls sogar den Insolvenzverwalter persönlich in die Haftung nehmen kann. Im Gegenzug erhält die Masse infolge der Erfüllungswahl wegen der mit den Mitteln der Masse er-

²⁰ vgl. Schmitz, a.a.O., Rdn. 301

²¹ Daß der Auftraggeber diese Kosten gegebenenfalls seinerseits als einfache Insolvenzforderungen zur Insolvenztabelle anmelden kann, führt nicht zu einem hinreichenden Ersatz.

brachten Bauleistungen einen Anspruch auf die anteilige werkvertragliche Vergütung, ohne daß der Auftraggeber hiergegen mit seinen Insolvenzforderungen aufrechnen kann. Die Insolvenzforderungen kann er nur zur Insolvenztabelle anmelden.

III. Der Nacherfüllungsanspruch in der Insolvenz

Wird die dargestellte insolvenzrechtliche Ausgangslage konsequent weitergedacht, muß bei mangelhaften Teilleistungen, die der Auftragnehmer vor dem Eröffnungsbeschuß erbracht hat, die Frage gestellt werden, ob die darauf bezogene Nacherfüllung Gegenleistung für eine schon erfolgte Leistung (Zahlung) des Auftraggebers ist oder nicht.

Den weiteren Überlegungen ist zugrunde zu legen, daß zum Stichtag der Insolvenzeröffnung die Werte der erbrachten Bauleistungen und der Zahlungen **insgesamt** gegenüberzustellen sind. Es ist festzustellen, ob zum Stichtag der Verfahrenseröffnung Zahlungen getätigt wurden, die den Wert der gesamten bereits erbrachten Bauleistungen übersteigen, wobei der Wert der Bauleistungen um den analog § 45 InsO ermittelbaren Wert der mangelbedingten Einreden (§ 320 Abs. 1 BGB) zu reduzieren ist.

Im einzelnen ist folgendes auszuführen:

Würden auch für das Insolvenzrecht nur die von der Rechtsprechung für das Werkvertragsrecht herausgearbeiteten Grundsätze gelten, könnte maßgeblich sein, daß der Wert von Teilleistungen bei formaler Betrachtung nicht schon dadurch gemindert ist, daß Mängel vorhanden sind.²² Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B hindert das Vorliegen von Mängeln - für viele überraschend - nicht die Fälligkeit von Abschlagszahlungen.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 21.12.1978²³ zu § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ausgeführt, daß Mängel der Teilleistung nicht zur Klageabweisung mangels Fälligkeit, sondern nur zur Verurteilung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung führen. Aus der prüfbaren Aufstellung (§ 14 Nr. 1 VOB/B) müsse sich ergeben, welche Einzelleistungen gemäß dem Leistungsverzeichnis erbracht worden seien und welchen Rechnungswert sie bei einwandfreier Ausführung hätten. Die daraus ersichtliche Leistungssumme begrenze den Abschlag, den der Auftragnehmer fordern dürfe, sofern er die angemeldeten vertragsgegenständlichen Leistungen tatsächlich erbracht habe. Der BGH fährt in seiner damaligen Entscheidung fort: *„Bei gerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen ist der § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B so zu verstehen, daß zwar die rechnungsmäßige Höhe des Abschlags sich nach dem Wert der Teilleistung - ohne Rücksicht auf deren Mängel - richtet, dem Auftraggeber aber wegen dieser Mängel die Rechte aus § 4 Nr. 7 VOB/B i.V. mit den §§ 320 ff. BGB zustehen“*

Aus dieser Rechtsprechung könnte für die hier in Rede stehende insolvenzrechtliche Frage gefolgert werden, daß die Nacherfüllung nicht Gegenleistung für eine schon erfolgte - die Mängel nicht berücksichtigende - Zahlung sein könne, da der Werklohn unabhängig davon fällig wurde, ob Mängel vorlagen oder nicht. Daß Mängel vorlagen, gab dem Bauherrn nach dieser

²² vgl. zum Wert bei der nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung im Sinne von § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B zumindest mißverständlich: Ingenstau/Korbion/U. Locher, 15. Auflage, § 16 Nr. 1 VOB/B Rdn. 8; deutlich jedoch in Rdn. 35 zu § 16 Nr. 1 VOB/B

²³ Az. VII ZR 269/77, BauR 1979, 159, 161, bestätigt unter anderem mit Urteil vom 25.10.1990, Az. VII ZR 201/89, BauR 1991, 81

Rechtsprechung allerdings eine Einrede. Da der Auftragnehmer wegen der Einrede die vollständige Zahlung nicht schlechthin, sondern nur Zug um Zug gegen die mängelfreie Bauleistung verlangen kann,²⁴ ist der Zahlungsanspruch inhaltlich beschränkt. Er hängt von der Durchführung des Leistungsaustausches ab,²⁵ so daß die Nacherfüllung auch aus „werkvertraglicher Sicht“ anteilige Gegenleistung für eine vor Insolvenzeröffnung erbrachte Zahlung ist.

Gleiches folgt auch aus der insolvenzrechtlichen Stichtagsbetrachtung zum Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses, da nach Sinn und Zweck des § 105 InsO darauf abzustellen ist, welche Bauleistungen erbracht wurden und mit welchem Wert sie sich feststellen lassen.²⁶ Der Rechnungsstand und die nach der o.g. Rechtsprechung trotz der Mängel gegebene Fälligkeit der Abschlagszahlungen bzw. der Schlußzahlung sind nicht maßgeblich. Im Sinne der §§ 103 ff. InsO liegt wegen der Mängel ein nicht vollständig erfüllter Vertrag vor, da die Erfüllung nur mit dem vertraglich vereinbarten Leistungserfolg eintritt. Das Defizit der Vertragserfüllung kann nach dem in § 45 InsO verankerten Prinzip der Umrechnung und Schätzung von Forderungen festgestellt werden. Die Einrede des Auftraggebers hat einen wirtschaftlichen Wert, der dem erforderlichen Nacherfüllungsaufwand entspricht.

Die zum Stichtag der Insolvenzeröffnung erbrachten **Bauleistungen** lassen sich nach der Rechtsprechung des in Insolvenzsachen zuständigen IX. Senats des BGH nach den gleichen Regeln wie bei einer Kündigung aus wichtigem Grund bewerten.²⁷ Der Anspruch auf die Vergütung für die bisher erbrachten Leistungen bleibt grundsätzlich erhalten.²⁸ Die erbrachten Bauleistungen sind einschließlich vergütungsfähiger Nachtragsleistungen, egal ob diese schon abgerechnet sind oder nicht, mit den vereinbarten bzw. den sich nach § 2 Nrn. 3 und 5 bis 7 VOB/B ergebenden Preisen anzusetzen. Es ist in der Praxis in der Kürze der Zeit für den Insolvenzverwalter mitunter sehr schwierig, einigermaßen zuverlässig abzuschätzen, wie werthaltig die vom Auftragnehmer für erbrachte Leistungen schon gestellten bzw. erst noch zu erwartenden Nachträge wirklich sind. Es kommt hierbei nicht auf die Nachtragsangebote, sondern auf den sich infolge der Nachtragsausführung ergebenden Wert der Bauleistung gemäß VOB/B an.

Die geleisteten **Abschlagszahlungen** sind infolge der Verrechnungsabrede zur späteren Schlußabrechnung rechtlich nicht einzelnen Bauleistungen zuzuordnen. Abschläge werden nicht für die Leistung einzelner Positionen, versehen mit einer Tilgungsbestimmung für einzelne Teilleistungen, bezahlt. Sie sind nur vorläufige Zahlungen auf den sich aus der Schlußrechnung ergebenden endgültigen Vergütungsanspruch.²⁹

²⁴ siehe Ingenstau/Korbion/U. Locher, a.a.O., § 16 Nr. 1 VOB/B Rdn. 35

²⁵ vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Auflage, 2006, Einf. v. § 320 Rdn. 14

²⁶ vgl. Huber, NZBau, 2005, 177, 181 li. Sp.

²⁷ BGH, Urteil vom 25.04.2002, Az. IX ZR 313/99 (Leitsatz 1 a)

²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 25.03.1993, Az. X ZR 17/92, BauR 1993, 469, 471, und BGH, Urteil vom 10.05.1990, Az. VII ZR 45/89, BauR 1990, 632; Ausnahmen sind lediglich dann denkbar, wenn die Bauleistung für den Besteller ohne Wert ist. Dies ist eine Einschränkung der regelmäßigen Vergütungspflicht, für die nach allgemeinen Grundsätzen der Besteller die Beweislast trägt, vgl. BGH, Urteil vom 25.03.1993, Az. X ZR 17/92, BauR 1993, 469, 471.

²⁹ BGH, Urteil vom 19.03.2002, Az. X ZR 125/00, BauR 2002, 1257, 1259

Für die Abrechnung im Falle einer Insolvenz sind nachfolgende Fallgruppen zu unterscheiden:

(1) Der Auftraggeber hat bei einer Gesamtbetrachtung der beiderseitig ausgetauschten Leistungen zum Stichtag der Insolvenzeröffnung Zahlungen in einer Höhe geleistet, die den Wert der erbrachten Bauleistungen abzüglich des Wertes der noch erforderlichen Nacherfüllungen übersteigen.

Unterläßt der Auftraggeber bei seinen Zahlungen (z.B. den Abschlagszahlungen) einen zulässigen Einbehalt³⁰ und bezahlt er deshalb mehr, als die bis zur Insolvenzeröffnung erbrachte Bauleistung nach Vertragspreisen abzüglich des Wertes der Nacherfüllungen wert ist, hat er sich eines Sicherungsmittels begeben. Auf die Kenntnis des Auftraggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen vom Mangel oder vom Recht, den Einbehalt vornehmen zu dürfen, kommt es nicht an.

Hat der Auftraggeber mehr bezahlt, als es dem Wert der zur Insolvenzeröffnung festgestellten Bauleistung ohne Abzug des Wertes der Nacherfüllungsansprüche entspricht, erstreckt sich die Erfüllungswahl in keinem Fall auf die Nacherfüllungsansprüche. Für die noch offenen Nacherfüllungsansprüche ist der Auftraggeber in dieser Fallgruppe lediglich Insolvenzgläubiger, da die Nacherfüllung bei der gebotenen Gesamtbetrachtung wirtschaftlich lediglich Gegenleistung für eine schon erbrachte Zahlung ist. Der Nacherfüllungsanspruch ist analog § 45 InsO mit seinem Wert in einen Geldbetrag umzurechnen und gegebenenfalls zur Insolvenztabelle anzumelden.³¹ Die Insolvenzmasse wird in dieser Fallgruppe nicht mit Nacherfüllungsansprüchen belastet; der Insolvenzverwalter läuft insoweit nicht Gefahr, wegen seiner Erfüllungswahl in die Haftung genommen zu werden.

Hat der Auftraggeber zum Stichtag der Insolvenzeröffnung mehr bezahlt, als es dem Wert der zur Insolvenzeröffnung festgestellten Bauleistung unter Abzug des Wertes der Nacherfüllung entspricht, aber weniger als den Betrag, der sich ergibt, wenn der Wert der Nacherfüllung nicht abgezogen wird, muß wie folgt differenziert werden:

Der Auftraggeber hat darzulegen, für welche Mängel er wegen der zum Stichtag der Insolvenzeröffnung ausstehenden Zahlungen die Einrede der nichterfüllten Leistung geltend macht. Auf diese bezieht sich das Erfüllungsverlangen. Nacherfüllungsansprüche, wegen derer keine Einrede geltend gemacht wird, können ihrem Wert nach nur zur Insolvenztabelle angemeldet werden, und die Masse ist nicht verpflichtet, diese Mängel zu beseitigen.

Sofern die von der Masse nicht geschuldete Nacherfüllung an den vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen für das Gelingen des von der Masse zu erbringenden weiteren Teilwerks erheblich ist, muß der Insolvenzverwalter den Auftraggeber gegebenenfalls in Annahmeverzug setzen, wenn er auf einer mangelfreien Leistung aufbauen muß, um seinerseits sein Teilwerk mangelfrei erbringen zu können. Auch in dieser Fallkonstellation (vgl. bereits oben II, 3.3, (1))

³⁰ Zum Umfang des Leistungsverweigerungsrechts: Vor der Abnahme richtet sich das Leistungsverweigerungsrecht gegen den werkvertraglichen Vergütungsanspruch in seiner vollen Höhe, soweit dies nicht unangemessen ist und daher gegen Treu und Glauben verstößt (BGH, Urteil vom 04.07.1996, Az. VII ZR 125/95, BauR 1997, 133, und BGH, Urteil vom 11.03.2004, Az. VII ZR 339/02, BauR 2004, 1290). Nach der Abnahme ist der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingefügte § 641 Abs. 3 BGB zu beachten, wonach nur die Bezahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigert werden kann, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten (zur Rechtslage nach dem geplanten Forderungssicherungsgesetz siehe Kleine-Möller/Merl, Handbuch privates Baurecht, 3. Auflage, § 12, Rdn. 995).

³¹ Soweit der Auftraggeber im Insolvenzverfahren mit dieser Insolvenzforderung ausfällt, wäre gegebenenfalls die Haftungsfrage gegenüber dem rechnungsprüfenden Ingenieur oder Architekten zu prüfen; siehe hierzu: BGH, Urteil vom 04.04.2002, Az. VII ZR 295/00, BauR 2002, 1112, und BGH, Urteil vom 14.05.1998, Az. VII ZR 320/96, BauR 1998, 869.

sollten sich in der Praxis Auftraggeber und Insolvenzverwalter zweckmäßigerweise im Rahmen einer Abwicklungsvereinbarung darüber verständigen, durch wen die Nacherfüllung durchgeführt wird, und hierbei die Kosten und Termine regeln.

(2) Der Auftraggeber hat bei einer Gesamtbetrachtung der beiderseitig ausgetauschten Leistungen zum Stichtag der Insolvenzeröffnung genausoviel oder weniger an Zahlungen geleistet, als dem Wert der erbrachten Bauleistungen abzüglich des Wertes der Nacherfüllungen entspricht.

Hat der Auftraggeber wegen Mängeln einen Teil der geforderten Abschlagszahlungen einbehalten oder wurden zwar die Abschlagsrechnungen ohne Einbehalt bzw. mit einem Einbehalt in nicht ausreichender Höhe bezahlt, sind aber Leistungsüberhänge des Auftragnehmers festzustellen, die wegen des unterschiedlichen Zeitpunkts von Leistung und Abrechnung entstanden, kann der Gesamtwert der bis zum Eröffnungsbeschluß erbrachten und nach Vertragspreisen bewerteten Bauleistung (abzüglich des Wertes der Nacherfüllungen) größer sein als die Gesamtsumme der als Abschläge bezahlten Vergütung.

Die Nacherfüllung ist in dieser Fallgruppe nicht Gegenleistung für eine vor der Insolvenzeröffnung erfolgte Leistung (Zahlung). Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters erstreckt sich deshalb auch auf diese noch nicht erfüllten Nacherfüllungsansprüche aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung.

Im Gegenzug erhält die Masse als Folge der Erfüllungswahl wegen der mit den Mitteln der Masse erbrachten Nachbesserungsleistungen einen einredefreien Anspruch auf werkvertragliche Vergütung. Dies ist interessengerecht. Der Auftraggeber hat durch den Einbehalt eine wirtschaftliche Sicherung, die er nun nicht mehr benötigt, oder er hat sich nicht ausreichend gesichert, was er selbst zu verantworten hat. Die Insolvenzmasse erhält ein Äquivalent für ihre Aufwendungen.

IV. Zusammenfassung

Sind die vom Auftragnehmer vor der Insolvenzeröffnung erbrachten Bauleistungen mit Mängeln behaftet, muß entschieden werden, ob die Nacherfüllung bei einer Gesamtbetrachtung des Wertes der im Austausch erbrachten Leistungen eine Gegenleistung für eine bereits erfolgte Zahlung des Auftraggebers ist.

Bleibt zum Stichtag der Insolvenzeröffnung der insgesamt bezahlte Betrag hinter dem Wert der insgesamt erbrachten Bauleistung abzüglich des Wertes der Nacherfüllungsansprüche zurück, erstreckt sich die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters auch auf die Nacherfüllung wegen Mängeln an der vom Auftragnehmer bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Teilleistung. Die Nacherfüllung ist in diesen Fällen Teil der noch offenen Bauleistung, die einer Erfüllungswahl zugänglich ist, da sie nicht Gegenleistung für eine schon vor der Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung (Zahlung) ist. Andere Gläubiger werden nicht benachteiligt, weil die Masse einen einredefreien Anspruch auf die werkvertragliche Vergütung erhält.

Hat der Auftraggeber zum Stichtag der Insolvenzeröffnung mehr bezahlt, als es dem Wert der Bauleistung ohne Abzug des Wertes der Nacherfüllungsansprüche entspricht, erstreckt sich die Erfüllungswahl in keinem Fall auf die Nacherfüllungsansprüche wegen Mängeln an noch vom

Auftragnehmer erbrachten Bauleistungen. Die Nacherfüllungsansprüche müssen analog § 45 InsO bewertet werden. Sie können im Insolvenzverfahren, in Geld umgerechnet, nur als Insolvenzforderung geltend gemacht werden. Folge ist eine nur anteilige Befriedigung nach der zur Verteilung anstehenden Quote. Dieses für den Auftraggeber harte Ergebnis hat er sich durch die von ihm erfolgten Zahlungen selbst zuzuschreiben. Die Haftungsfrage gegenüber den Verantwortlichen wäre zu stellen.

Hat der Auftraggeber einen Betrag bezahlt, der zwischen dem Wert der Bauleistung ohne Abzug des Wertes der Nacherfüllungsansprüche und dem Wert der Bauleistung mit Abzug des Wertes der Nacherfüllungsansprüche liegt, ist eine Aufteilung vorzunehmen. Der Auftraggeber hat darzulegen, für welche Mängel er wegen der zum Stichtag der Insolvenzeröffnung ausstehenden Zahlungen die Einrede der nichterfüllten Leistung geltend macht. Nur auf diese Nacherfüllungsansprüche bezieht sich dann die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters.