



**LIT** LEIPZIGER  
INSOLVENZRECHTSTAG e.V.

25. LEIPZIGER  
INSOLVENZRECHTSTAG  
12. FEBRUAR 2024

9. LEIPZIGER  
INSOLVENZSTEUERRECHTSTAG  
13. FEBRUAR 2024

# Bauinsolvenzen

Leipzig, 12. Februar 2024



Quelle: SBB CFF FFS



## Bauvertrag

+

## Insolvenz

=

## Bauinsolvenz

- Vertragsziele
- Vertragserfüllung
- Mängelrechte
- Kündigung

- Verfahrensziele
- Werkzeuge

- „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seiner Leistung“?
- Bestmögliche Vermögensverwertung Sicherstellung der quotalen Befriedigung



# Bauvertrag

## § 650a Abs. 1 und 2 BGB

= Vertrag über

- die **Herstellung**,
- die **Wiederherstellung**,
- die **Beseitigung** oder den **Umbau**

eines **Bauwerks**, einer **Außenanlage** oder eines **Teils** davon.

Bei **Bauwerksinstandhaltung** (nur) bei wesentlicher Bedeutung für Konstruktion, Bestand oder bestimmungsgemäßen Gebrauch.

Für den Bauvertrag geltend ergänzend die Vorschriften der §§ 650a – 650h BGB.



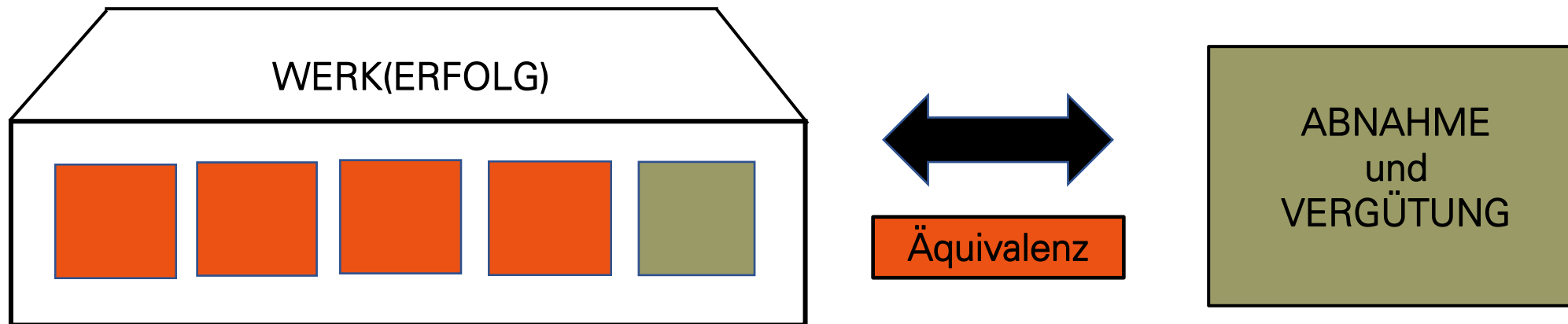
# Bauvertrag

## VOB/B

- Einbeziehung / Einigung auf Geltung der VOB/B für das Vertragsverhältnis erforderlich
  - bei **Baugewerbetreibenden**: Einigung auf Geltung der VOB/B ausreichend
  - bei Verträgen mit **Verbrauchern / im Baubereich nicht bewanderten Unternehmen**:  
Übergabe des Textes erforderlich
- Keine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle bei Vereinbarung der VOB/B als Ganzes und ohne Abweichungen (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB).
- Die bei Eingriffen / Abweichungen eröffnete Inhaltskontrolle führt bei einer Vielzahl von VOB/B-Klauseln zur **AGB-mäßigen Unwirksamkeit** in Abhängigkeit davon, wer Verwender der VOB/B im Einzelfall ist.



# Bauvertrag



**Ziel des Bauvertragsrechts** ist es, die Interessen des Auftraggebers und des Auftragnehmers unter Berücksichtigung der bauspezifischen Besonderheiten in **Ausgleich** zu bringen.



# Bauvertrag

## „Bedienungsanleitung“



### Leistungsaustausch im Zeitpunkt der Abnahme

AN →

schuldet **Verschaffung** des im Wesentlichen vollständigen, mängelfreien **Werks**.  
Leistungen bis zur Abnahme dienen der **Vorbereitung des Leistungsaustauschs**.

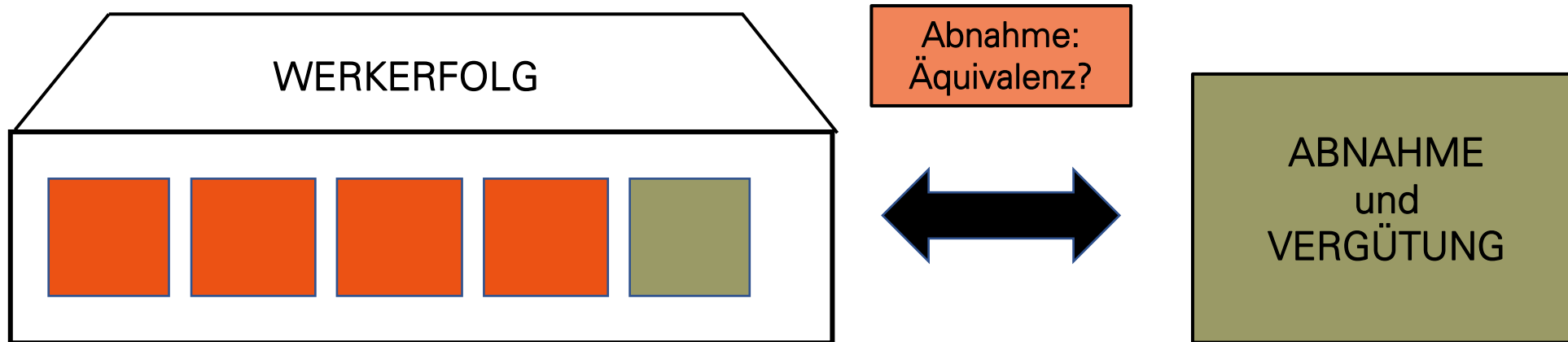
AG →

schuldet **Abnahme** und **Werklohn**.  
Abschlagszahlungen sind **Vorauszahlungen** auf den mit Abnahme (BGB) bzw. nach Abnahme, Schlussrechnung, Ablauf angemessener Prüffrist (VOB/B) fälligen Werklohn.



# Bauvertrag

## Leistungsaustausch



Mit der **Abnahme** durch AG tritt **Erfüllung** ein (= Untergang des Erfüllungsanspruchs gegen den AN).

Bei **mangelnder Abnahmefähigkeit + Abnahmeverweigerung**: Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs des AG gegen den AN, Einrede aus § 320 BGB zugunsten AG (Abnahme + Werklohn)



# Bauvertrag

## „Bedienungsanleitung“



**Abnahme = Entscheidender Moment für das Schicksal des Erfüllungsanspruchs**

AN →

mit Ausnahme evtl. vorbehaltender Erfüllungsansprüche Leistungspflicht erfüllt.  
Nach Abnahme: **Pflicht zur Erfüllung von Mängelansprüchen.**

AG →

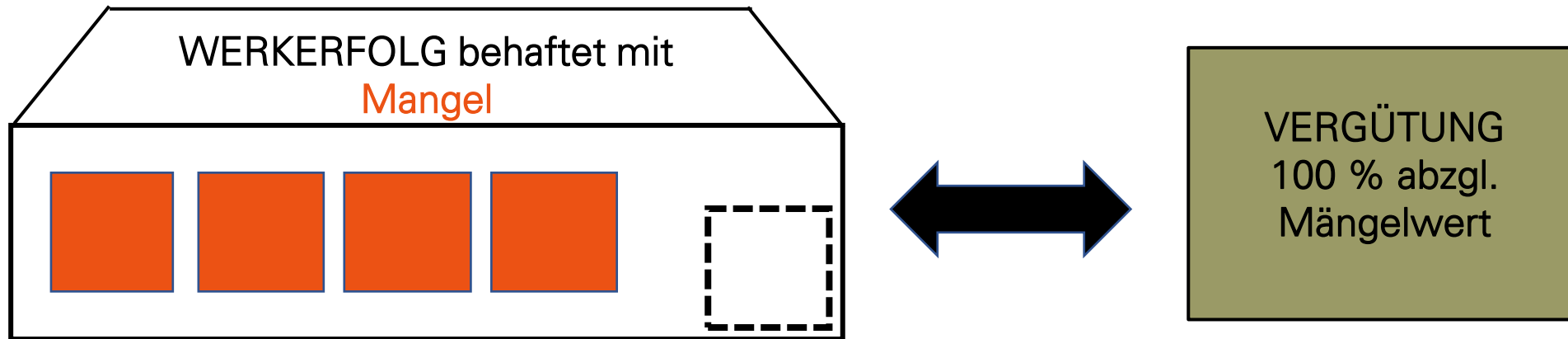
mit Ausgleich der Werklohnforderung wird die Leistungspflicht erfüllt.  
Nach vollständiger Bezahlung geht der – ggf. um mangelbedingte Zurückbehaltungsrechte gekürzte - Erfüllungsanspruch des AN unter. Nach Ablauf vereinbarter Frist zur Sicherheitsleistung: **Pflicht zur Auszahlung / Rückgabe Mängelsicherheit.**





# Bauvertrag

## Mängelrechte des Auftraggebers nach Abnahme



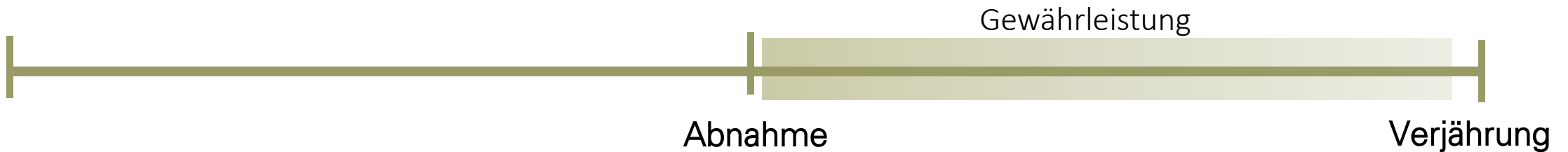
**ACHTUNG!** BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13: „Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen“ .

§ 4 Abs. 7 VOB/B räumt dem Auftraggeber auch vor der Abnahme Rechte wegen Mängeln ein. BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20: Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B (2002) wenn Auftraggeber Verwender der VOB/B.



# Bauvertrag

## Abwicklung von Mängelansprüchen



AN → Wert des Werks (Hauptleistungspflicht) ist um **Mängelwert gemindert**. **Vorrangig:** Recht + Pflicht zur **Mängelbeseitigung**. Dem Vergütungsanspruch steht ZBR des AG in (doppelter) Höhe des Beseitigungsaufwands entgegen.

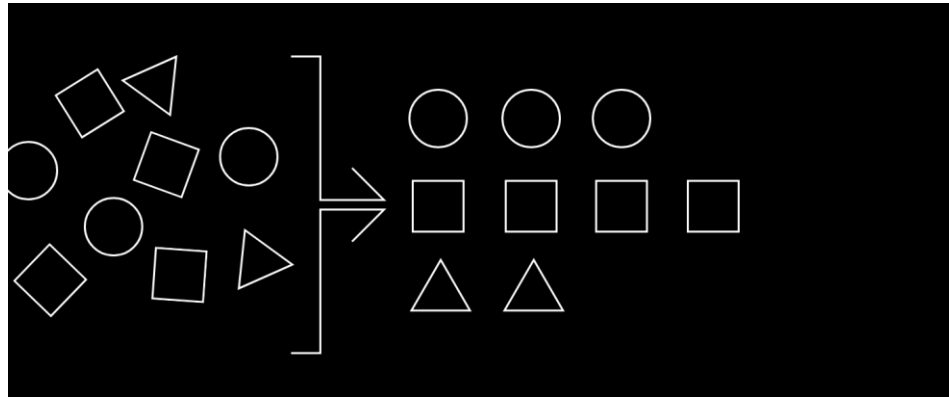
AG → Anspruch auf **Mängelbeseitigung gegen AN**. Nach fruchtlosem Ablauf angemessener Mängelbeseitigungspflicht nach Wahl des AG **Mängelrechte nach § 634 BGB:**

- Nacherfüllung
- Selbstvornahme / Aufwendungsersatz
- Rücktritt / Minderung
- Schadensersatz

**Zurückbehaltungsrecht** in Höhe des doppelten Mängelbeseitigungsaufwandes, § 641 Abs. 3 BGB



# Insolvenz



## Verfahrensziele

### § 1 InsO

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners **gemeinschaftlich zu befriedigen**, indem das **Vermögen** des Schuldners **verwertet** und der **Erlös verteilt** oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. [...]



# Insolvenz

## „Werkzeuge“ zum Erreichen der Ziele des Insolvenzverfahrens

- **Beschlagnahme** des schuldnerischen Vermögens
- Ausschließliche **Verfügungsbefugnis** des Insolvenzverwalters
- **Erfüllungswahlrecht** des Insolvenzverwalters bei beiderseits nicht vollständig erfüllten Verträgen, § 103 InsO
- (Insolvenz-) **Anfechtung**
- Insolvenzzrechtliche **Aufrechnungsverbote**



# Bauvertrag + Insolvenz = ?

Ziel Bauvertragsrecht:

Ausgleich der Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen  
unter Berücksichtigung der bauspezifischen Besonderheiten



Ziele Insolvenzverfahren:

Bestmögliche gemeinschaftliche Vermögensverwertung und  
(Gläubigergleichbehandlung) Befriedigung der Gläubiger

Aufgabe Bauinsolvenzrecht:

Erreichen des Einklangs zwischen widerstreitenden Zielen  
des Bauvertragsrechts einerseits und des Insolvenzrechts  
andererseits.





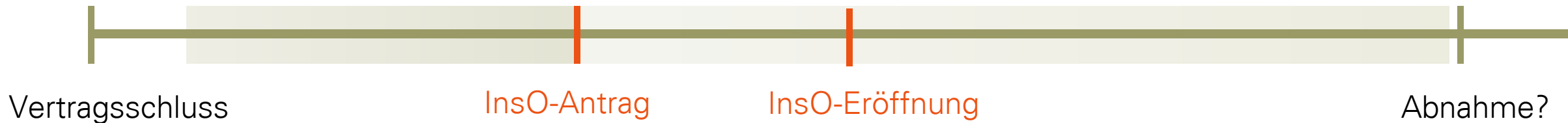
# Einfluss der Insolvenz auf den Bauvertrag



- Insolvenzrecht ist **Vollstreckungsrecht**. Die Insolvenzantragstellung oder -eröffnung hat daher keinen Einfluss auf die wechselseitigen materiell-rechtlichen Ansprüche oder deren Inhalt. Sie betrifft die **Anspruchsdurchsetzung**.
- **Praktisch** führt die Insolvenz eines Baubeteiligten regelmäßig zu **Verzögerungen** und **Mehrkosten**:
  - **Insolvenz des AG:**
    - Leistungsverweigerung/-einstellung durch Auftragnehmer / Nachunternehmer, Planer, Lieferanten
    - Baustellenräumung
    - Kündigung von Mietern, Erwerberrn
    - Entstehen verzögerungsbedingter Mehrkosten (Baustillstandskosten, Ersatzanmietungen, Material-/Personalpreissteigerungen, etc.)
  - **Insolvenz des AN:**
    - Verzögerung von Folgegewerken, Gesamtfertigstellung
    - Kündigung / Arbeitseinstellung von Nachunternehmern, Abholung von Materialien, Gerüsten, etc.



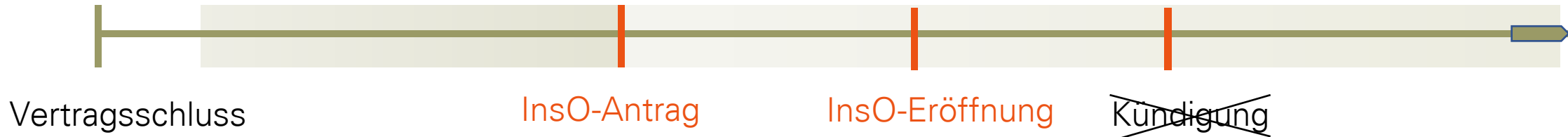
# Kündigung



- Bei **Insolvenzantragstellung** hat der **anderen Vertragsteil** regelmäßig ein Kündigungsinteresse.
- Bei **Eigenantrag des AN** ist von einem **außerordentlichen Kündigungsrecht des AG** vor Insolvenzeröffnung auszugehen (§ 648a BGB, § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, vgl. BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15; Urt. v. 27.10.2022 – IX ZR 213/21; Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22)
- Nach hier vertretener Auffassung kann für den **AN bei Eigenantrag des AG** vor Insolvenzeröffnung nichts anderes gelten (§ 648a BGB):
  - Der AN ist wegen seiner Leistungen bis zur Abnahme und deren Vergütung **vorleistungspflichtig** und **verliert mit Einbau das Eigentum an den zur Herstellung erforderlichen Materialien** (§ 946 BGB)
  - Der AN schließt den Bauvertrag im Vertrauen auf die **Leistungsfähigkeit** des AG im Hinblick auf dessen Hauptleistungspflicht. Durch den Eigenantrag des AG wird dieses Vertrauen zerstört und die Fortsetzung für den AN regelmäßig unzumutbar
  - Darüber hinaus auch Lösungsmöglichkeiten des AN gemäß § 321 BGB, § 650 f. BGB, §§ 642 f. BGB



# Kündigung nach Eröffnung?



- Mit / nach Insolvenzeröffnung steht der Geltendmachung von wechselseitigen Ansprüchen aus dem Vertrag **beiderseits die Nichterfüllungseinrede** des § 320 BGB entgegen (sog. Suspensivtheorie, vgl. BGH, Urteil vom 25.04.2002 - IX ZR 313/99).
- Dies hat zur Folge, dass noch ausstehende Erfüllungsansprüche nicht durchgesetzt werden können. Fristgebundene Erfüllungsaufforderungen des anderen Vertragsteils gehen mit Eröffnung vor Ausübung des Erfüllungswahlrechtes daher ins Leere; eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen Verletzung von Vertragspflichten (etwa § 8 Abs. 3 VOB/B, § 9 Abs. 1 VOB/B, § 650f BGB) kommt daher nicht (mehr) in Betracht.
- Der Kündigung gemäß § 648a BGB, § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B aufgrund der Insolvenz des anderen Vertragsteils steht nach Insolvenzeröffnung nach hiesiger Auffassung § 119 InsO entgegen (vgl. auch BGH, Urt. v. 14.09.2017 – IX ZR).





# Bauinsolvenz

Das „Schicksal“ des wechselseitig nicht vollständig erfüllten Vertrages legt § 103 InsO ab Insolvenzeröffnung damit in die Hände des Insolvenzverwalters:

- (1) 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) *Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab*, so kann der *andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger* geltend machen. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. *Unterläßt er dies*, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.





# Bauinsolvenz



S

- **Erfüllung wird abgelehnt:** Der Vertrag wird nicht mit Wirkung für und gegen die Masse fortgeführt. Bewertung der vor Insolvenz erbrachten Leistungen (= Bewertung der bis zur Insolvenz jeweils erbrachten Leistung und deren Erfüllung). Der andere Vertragsteil kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ausstehenden Leistung als Insolvenzforderung geltend machen.



S

- **Erfüllungswahl:** Der Insolvenzverwalter erfüllt die vertraglichen Pflichten mit den Mitteln der Insolvenzmasse und kann die Erfüllung der Gegenleistung verlangen.



# Bauinsolvenz

## Kündigung

AG: Anspruch auf  
Restfertigstellungsmehrkosten  
(Schadensersatz)



Insolvenzverwalter: Vergütungs-  
anspruch für Leistungen des  
Schuldners bis Ausübung § 103



# Bauinsolvenz

## Nichterfüllungswahl

AG: Anspruch auf  
Restfertigstellungsmehrkosten  
(Schadensersatz)



Insolvenzverwalter: Vergütungs-  
anspruch für Leistungen des  
Schuldners bis Ausübung § 103



# Rechtsfolgen

## Kündigung vor InsO-Eröffnung

**Kündigung durch Auftraggeber (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B, § 648a BGB):**

**Schuldner:** Anspruch auf Vergütung des ausgeführten Teils der Leistung nach Vertragspreisen.

**Auftraggeber:** Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes.

**Kündigung durch Auftragnehmer:**

**Schuldner:** Anspruch auf Rückgewähr von Überzahlungen

**Auftragnehmer:** Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen nach Vertragspreisen + Schadensersatz (§ 648a Ab. 6) **oder** Restvergütung abzgl. ersparter Aufwendungen (§§ 642 f., § 650f Abs. 5).





# Rechtsfolgen

## Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters

### InsO des Auftragnehmers:

**Schuldner:** Anspruch auf Vergütung erbrachter Leistungen nach Vertragspreisen

**AG:** Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 103 Abs. 2 InsO)

### InsO des Auftraggebers:

**Schuldner:** (ggf.) Anspruch auf Rückgewähr von Überzahlungen

**AN:** Anspruch auf Vergütung der bis zur Insolvenzeröffnung erbrachten Leistungen nach Vertragspreisen + Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 103 Abs. 2 InsO).





# ...und die „Werkzeuge“ des Insolvenzverwalters?

## Sinn + Zweck der Insolvenzanfechtung

- Insolvenz dient der **gemeinschaftlichen, quotalen Befriedigung der Gläubiger**
    - **Verwertung des schuldnerischen Vermögens:** i.d.R. nicht ausreichend zur vollständigen Befriedigung aller
    - **Ziel der InsO:** gerechte Verteilung des schuldnerischen Vermögens.
    - **Gläubiger bilden eine Schicksalsgemeinschaft,** in der Verluste gemeinschaftlich getragen und das Restvermögen zu gleichen prozentualen Anteilen verteilt wird
  - **Störung des Prinzips** durch Gläubiger, die kurz vor InsO in Kenntnis der materiellen Insolvenz noch volle Befriedigung erlangt oder Leistungen erhalten haben, die sie (noch) nicht oder nicht in der Art und Weise beanspruchen konnten
- ➔ **Möglichkeit der Anfechtung von ebensolchen Rechtshandlungen,** die zur Benachteiligung der übrigen Gläubiger geführt haben unter den Voraussetzungen der §§ 129-147 InsO.



# Abwicklung des gekündigten Vertrages Insolvenz des Auftragnehmers

- **Schuldner:** Anspruch auf Vergütung des Teilwerks nach Vertragspreisen
    - **Erforderlich:** Abnahme zur Herbeiführung der Fälligkeit
    - **Ausnahmen:**
      - AG verlangt nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern macht nur auf Geld gerichtete Ansprüche geltend (sog. Abrechnungsverhältnis),
      - AG lehnt die Abnahme des (Teil-)Werks ernsthaft und endgültig ab,
      - AG darf nach durchgeführter Selbstvornahme die Abnahme nicht mehr verweigern
  - **AG:**
    - **Mängelansprüche**
    - **Sicherheitseinbehalt**
    - **Schadensersatz / Restfertigstellungsmehrkosten**
- ➔ **Früher:** Saldierung (Verrechnung) der gegenseitigen Ansprüche in einem dogmatisch nicht recht begründbaren Abrechnungsverhältnis.  
**Aktuell:** **Aufrechnungsverhältnis.**





# BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22

## - Der Hintergrund -

- **§ 95 Abs. 1 Satz 1 InsO:** Die Aufrechnung kann erst erfolgen, wenn ihre Voraussetzungen eingetreten sind, falls
  - zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens die aufzurechnenden Forderungen: oder
  - eine von ihnen
    - noch nicht fällig oder
    - die Forderungen nicht auf gleichartige Leistungen gerichtet sind (Achtung: Keine Anwendung der §§41, 45 InsO!)
- **Überdies § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO:** Aufrechnungsausschluss, wenn die Forderung der Insolvenzmasse, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann.
  - ➔ **Jedoch teleologische Reduktion:** Keine Anwendung, wenn nach Eröffnung Vergütungsforderung des Schuldners fällig wird, Mängelrechte des AG erst danach.  
**Grund:** Aufgrund des mangelbedingten Leistungsverweigerungsrechts des AG kann Werklohn nicht einredefrei durchgesetzt werden (§ 320 BGB), vgl. BGH, Urt. v. 22.9.2005 – VII ZR 117/03



# BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22

## - Die Ausgangslage -

Ein Aufrechnungsverbot greift grundsätzlich nicht ein, wenn der AG gegenüber dem Vergütungsanspruch des Schuldners mit Ansprüchen aufrechnet, die der **Wahrung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung + Gegenleistung** dienen, z.B.

- **Forderung auf Zahlung von Mängelbeseitigungskosten** (BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04, Urt. v. 07.04.2011 – VII ZR 209/07)
- **Restfertigstellungsmehrkosten**
  - **Zweifelhaft** bei Forderungen, die nicht in einer engen, synallagmatischen Verknüpfung stehen, etwa (entfernte) **Mangelfolgekosten** (kein Grund für teleologische Reduktion von Aufrechnungsverboten), vgl. hierzu etwa Kessen, BauR 2005, 1691, 1694.



# BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22

## - Der Donnerhall -

**Fall:** Zwischen den Parteien bestehen **zwei** Bauverträge. Nach InsO-Antrag des **AN** **kündigt der AG**. Gegen den Restvergütungsanspruch aus einem Vertrag rechnet der AG mit einem Anspruch auf Ersatz von Restfertigstellungsmehrkosten auf.

**BGH:**Es ist zu trennen zwischen **Wirksamkeit der insolvenzbedingten Kündigung** und der für die Aufrechnungsmöglichkeit maßgeblichen Frage, ob die **Aufrechnungslage insolvenzrechtlich anfechtbar erlangt** wurde.

- **Gegenstand der Anfechtung gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO** ist Herstellung der Aufrechnungslage durch die in Kenntnis der Antragstellung erklärte **Kündigung** gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 InsO.
- **Daher:** Unzulässigkeit der Aufrechnung des AG aufgrund § 96 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO.



## BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22

### - Die Risiken und möglichen Nebenwirkungen -

Das Urteil deutet an, dass es zu einer **Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung** kommen könnte, nach der der Auftraggeber zur Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz von Restfertigstellungskosten gegen die Werklohnforderung des Insolvenzverwalters **innerhalb eines Vertrages** berechtigt ist.

Mit Urteil vom 23.06.2005 (VII ZR 197/03) heißt es (noch), es fehle an einer anfechtungsrechtlich erforderlichen Gläubigerbenachteiligung, wenn die Kündigung des AG dazu führt, dass sein Schadensersatzanspruch durchsetzbar entsteht, sie aber auch notwendige Voraussetzung für die Fälligkeit der Werklohnforderung des Schuldners ist.

Hierzu der BGH mit Urteil vom 19.10.2023 (Rn.15):

*„Ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, kann dahinstehen.“*



## BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22

... und so bleibt die spannende & ungeklärte Frage:



Licht am Ende des Tunnels für den Insolvenzverwalter des  
Auftragnehmers?



Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit  
und  
angeregte  
Workshop-Diskussionen!