



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

DIE BAUINSOLVENZ

Referent

Prof. Dr. Johannes Handschumacher, Rechtsanwalt



Die Bauinsolvenz - Insolvenzen aus der Sicht des Auftraggebers



GLIEDERUNG

- ▶ Insolvenz allgemein
 - ▶ Wirkung der Insolvenz
 - ▶ Tätigkeit des Insolvenzverwalters
- ▶ Auswirkungen der Insolvenz auf den Bauvertrag
 - ▶ mit Insolvenzantragstellung
 - ▶ mit Insolvenzeröffnung
 - ▶ BGH-Rechtsprechung
 - ▶ Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters, §103 InsO
 - ▶ Insolvenzanfechtung, §§129 ff. InsO

- ▶ Möglichkeiten der Vertragsbeendigung
 - ▶ Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Abs.2 VOB/B
 - ▶ Allgemeines Kündigungsrecht?
- ▶ Gewährleistungsbürgschaften in der Insolvenz
 - ▶ Gewährleistungsbürgschaft/Sicherheitseinbehalt
 - ▶ Sicherungsfall/Bürgschaftsinanspruchnahme
 - ▶ Verjährungsproblematik
- ▶ Anmeldung zur Insolvenztabelle
 - ▶ Forderungsanmeldung
 - ▶ Feststellungsklage

- ▶ der "steckengebliebene" Bauvertrag
 - ▶ die Position des Insolvenzverwalters
 - ▶ die Position des Auftraggebers
- ▶ prozessuale Besonderheiten
 - ▶ Klageverfahren
 - ▶ selbständiges Beweisverfahren

▶ Insolvenz allgemein



- ▶ Phasen der Insolvenz, geregelt in der Insolvenzordnung, InsO



WIRKUNG DER INSOLVENZ

- ▶ gleichmäßige Gläubigerbefriedigung
- ▶ Verbot der Einzelzwangsvollstreckung
- ▶ Unterbrechung von anhängigen Prozessen
- ▶ „**Umgestaltung**“ von Vertragsverhältnissen
- ▶ Beendigung der Kapitalgesellschaften

ENTSCHEIDUNGEN DES INSOLVENZGERICHTS

▶ Abweisung mangels Masse

- ▶ gesetzliche Liquidation und Löschung der Kapitalgesellschaft
- ▶ Personengesellschaften bleiben bestehen

▶ Eröffnungsbeschluss

- ▶ Bestellung des Insolvenzverwalters
- ▶ Auflösung der Gesellschaft
- ▶ Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf den Insolvenzverwalter
- ▶ Unterbrechung von Prozessen
- ▶ Abwicklung von Rechtsgeschäften

▶ Tätigkeit des Insolvenzverwalters

- ▶ Beitreibung von offenen Forderungen
- ▶ Verwertung des vorhandenen Vermögens
- ▶ Forderungsprüfung
- ▶ Beendigung von Vertragsverhältnissen
- ▶ Berichte über den Fortgang des Verfahrens an Gläubiger und Amtsgericht
- ▶ Schlussrechnungslegung
- ▶ Verteilung der Masse an die Insolvenzgläubiger

➤ Auswirkung der Insolvenz auf den Bauvertrag



MIT INSOLVENZANTRAGSTELLUNG

- ▶ Erfüllungsansprüche der Parteien bleiben unberührt
 - ▶ keine „automatische“ Beendigung des Bauvertrages
 - ▶ zivilrechtliche Beendigung von Vertragsverhältnissen erfolgt i. d. R. nur durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen

- ▶ es besteht grundsätzlich kein Recht des AG zur Erfüllungsverweigerung
 - ▶ berechtigter Abschlagsforderungen müssen bezahlt werden
 - ▶ ggf. besteht ein Recht zur außerordentlichen (insolvenzbedingten) Kündigung (s. u.)
- ▶ wird der Insolvenzantrag
 - ▶ mangels Masse abgewiesen
 - ▶ dann wird der Vertrag nach den allgemeinen Regeln abgewickelt

MIT INSOLVENZERÖFFNUNG

- ▶ auch mit Insolvenzeröffnung erlöschen die gegenseitigen Erfüllungsansprüche nicht
 - ▶ die frühere „Erlöschenstheorie“ des BGH wurde 2002 aufgegeben
- ▶ der Bauvertrag wird vielmehr umgestaltet (Abrechnungsverhältnis)
 - ▶ die gegenseitigen Ansprüche verlieren „nur“ ihre Durchsetzbarkeit („Suspensivtheorie“ des BGH)
- ▶ die Abrechnung des Bauvertrags erfolgt nach den Regeln über die Kündigung aus wichtigem Grund
 - ▶ es sei denn, der Insolvenzverwalter verlangt Erfüllung gem. § 103 InsO (s.

BGH-RECHTSPRECHUNG

„Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt kein Erlöschen der Erfüllungsansprüche aus gegenseitigen Verträgen im Sinn einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Vielmehr verlieren die noch offenen Ansprüche im Insolvenzverfahren ihre Durchsetzbarkeit ...“

Die aufgrund 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.

BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99

ERFÜLLUNGSWAHL GEMÄß § 103 INSO

§ 103 Wahlrecht 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.
- ▶ der Insolvenzverwalter soll entscheiden können, ob die Fortsetzung eines Vertragsverhältnissen für die Insolvenzmasse günstig ist
 - ▶ nur solche Verträge wird der Insolvenzverwalter fortführen
 - ▶ weil durch die Fortführung auch Masseverbindlichkeiten begründet werden
 - ▶ erforderlich ist eine klare und eindeutige Erklärung des Insolvenzverwalters über die Erfüllungswahl

WEITERE KONSEQUENZEN

- ▶ wählt der Insolvenzverwalter nach § 103 InsO Erfüllung
 - ▶ so wird der Bauvertrag in zwei Teile aufgespalten
 - ▶ nämlich in Forderungen die vor oder nach der Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter entstanden sind
- ▶ Ansprüche des Auftraggebers z. B. auf Schadensersatz wegen Verzug oder Vertragsstrafenansprüche
 - ▶ die vor der Erfüllungswahl entstanden sind
 - ▶ werden einfache Insolvenzforderungen

▶ Ansprüche des AG

- ▶ die nach der Erfüllungswahl entstehen
- ▶ werden Masseverbindlichkeiten
- ▶ die der Insolvenzverwalter erfüllen muss

- ▶ *„Wählt der Verwalter Erfüllung, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.“ (BGH a.a.O.)*

- ▶ Bauverträge wird der Insolvenzverwalter i. d. R. allein wegen der Haftungsrisiken nicht fortführen
 - ▶ es sei denn, durch die Fortsetzung können noch Restwerklohnansprüche generiert werden
 - ▶ wenn der Bauvertrag also von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist

FOLGEN DER (MÖGLICHEN) ERFÜLLUNGSWAHL NACH § 103 INSO

- ▶ der Insolvenzverwalter schuldet die (restliche) Bauleistung
- ▶ der Auftraggeber den Werklohn
 - ▶ es werden Masseverbindlichkeiten und Masseschulden begründet
- ▶ gegen diese (neue) Werklohnforderung des Insolvenzverwalters
 - ▶ kann der AG mit Forderungen nicht aufrechnen
 - ▶ die vor Insolvenz entstanden sind, z. B. Vertragsstrafenansprüche

INSOLVENZANFECHTUNG, § § 129 FF. INSO

- ▶ Vergleich zwischen AG und Auftragnehmer in der Krise
 - ▶ nur wenn die wechselseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt wurden, scheidet eine Anfechtung durch den Insolvenzverwalter aus
 - ▶ ansonsten sind Vereinbarungen, bei denen der Schuldner auf Ansprüche "verzichtet" gem. § § 129 ff. InsO anfechtbar
- ▶ Direktzahlungen AG an Subunternehmer
 - ▶ sind i. d. R. (trotz § 16 Abs. 6 VOB/B) gläubigerbenachteiligend und inkongruent und somit gem. § 131 InsO durch den Insolvenzverwalter anfechtbar
 - ▶ zuvorderst haftet zwar der Subunternehmer als Bereicherter
 - ▶ kann der Insolvenzverwalter dort aber Zahlung erlangen, haftet auch der AG

➤ Möglichkeiten der Vertragsbeendigung



KÜNDIGUNG NACH §8 ABS. 1 VOB/B (?)

§8 Kündigung durch den Auftraggeber

(2)

1. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.
2. Die ausgeführten Leistungen sind nach §6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.

§119 InsO Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen

Vereinbarungen, durch die im voraus die Anwendung der §§103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.

► **Kollision von §8 Abs. 2 VOB/B mit §119 InsO**

- Argument **pro**: Es besteht ein praktisches Bedürfnis für eine Kündigungsmöglichkeit.
- Argument **kontra**: Das Recht der Erfüllungswahl (§ 103) des Insolvenzverwalters wird durch die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgehebelt.

RECHTSPRECHUNG

- ▶ *„Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, sind unwirksam.“*

BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11

- ▶ *„8 Abs. 2 VOB/B ist nach § 119 InsO unwirksam (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11). Der den Bauvertrag wegen eines Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers kündigende Auftraggeber kann deshalb einen Schadensersatzanspruch wegen der Mehrkosten zur Fertigstellung nicht allein auf diesen Antrag stützen.“*

OLG Frankfurt, Urteil vom 16. März 2015 - 1 U 38/14

- ▶ *Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam. (Rn. 24)*

BGH, Urteil vom 7. April 2016 - VII ZR 56/15

ALLGEMEINES KÜNDIGUNGSRECHT

- ▶ vor Insolvenz (Antragsverfahren)
 - ▶ kann unter den allgemeinen Voraussetzungen nach
 - ▶ § § 8 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 7, § 4 Abs. 8, § 5 Abs. 4 VOB/B bzw.
 - ▶ § § 281, 323 BGB gekündigt werden.
 - ▶ eventuelle Ansprüche auf Restfertigstellungsmehrkosten werden mit Kündigung fällig und können aufgerechnet werden (s. u.) **BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03**
- ▶ nach Insolvenzeröffnung
 - ▶ ist eine Fristsetzung durch den AG „lediglich“ als Aufforderung zur Erfüllungswahl gem. § 103 Abs. 2 S. 2 InsO zu werten

➤ Gewährleistungsbürgschaften in der Insolvenz



GEWÄHRLEISTUNGSBÜRGSCHAFT/ SICHERHEITSEINBEHALT

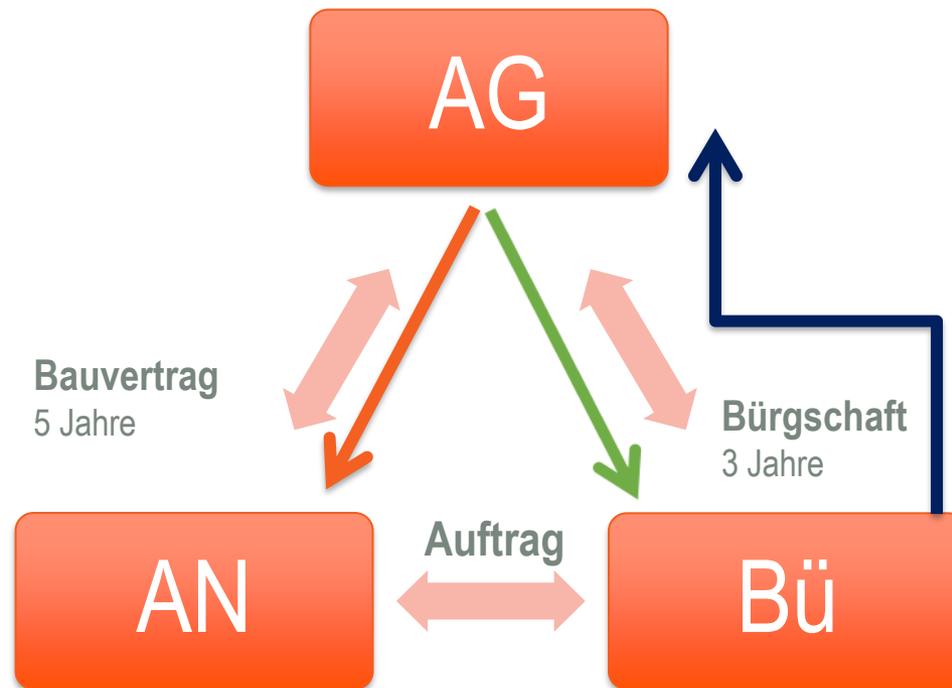
- ▶ wurde vom AN vor Insolvenz dem AG bereits eine Bürgschaft gestellt
 - ▶ der Sicherheitseinbehalt von dort aber noch nicht ausbezahlt
 - ▶ so kann der Insolvenzverwalter den Sicherheitseinbehalt sofort einfordern
 - ▶ Ein Recht zum Zurückbehalt besteht von Seiten des AG nicht!

- ▶ Der Restvergütungsanspruch in Form des Sicherheitseinbehalts ist mit Annahme der Bürgschaft fällig
 - ▶ war der Sicherungsfall zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten, kann der Auftraggeber entscheiden
 - ▶ ob der die Bürgschaft annimmt oder
 - ▶ den Bareinbehalt in Anspruch nimmt
 - ▶ es besteht wegen möglicher Schadensersatzforderungen für der AG kein Recht zum Zurückgehalt oder zur Aufrechnung gegen die Auszahlung des SE (Doppelsicherung)

BÜRGSCHAFTSINANSPRUCHNAHME

- ▶ Will der AG die Bürgschaft wegen Mängeln in Anspruch nehmen (ziehen), so ist folgendes zu beachten:
 - ▶ Zunächst Herbeiführung des Sicherungsfalls durch Aufforderung zur Mangelbeseitigung unter Fristsetzung gegenüber dem Insolvenzverwalter!
- ▶ Hierdurch wird auch der Bürgschaftsanspruch fällig,
 - ▶ ohne dass es einer Geltendmachung gegenüber dem Bürgen bedarf!
 - ▶ substantiierte Darlegung des Anspruchs gegenüber dem Bürgen
 - ▶ § 13 Abs. 5 – 7 VOB/B oder § 637 BGB
 - ▶ zahlt der Bürge nicht umgehend oder war der Bürgschaftsanspruch bereits zuvor schon fällig
 - ▶ so muss unbedingt die (unterschiedliche) Verjährung des Bürgschaftsanspruchs und des Mangelanspruchs beachten werden. **BGH, Urteil vom 11. September 2012 - XI ZR 56/11; Handschumacher, juris Praxisreport-Privates Baurecht, 1/2014, Anm. 1**

- ▶ ggf. müssen verjährungshemmende Maßnahmen sowohl gegenüber dem Bürgen, als auch gegenüber dem Insolvenzverwalter ergriffen werden
 - ▶ gegenüber dem Insolvenzverwalter
 - ▶ durch schriftliche Mangelanzeige gegenüber, § 13 Abs. 5 S. 2 VOB/B
 - ▶ oder durch Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle.
 - ▶ gegenüber dem Bürgen durch
 - ▶ Verjährungsverzichtserklärung
 - ▶ Streitverkündung im Feststellungsrechtsstreit
 - ▶ oder Klage
 - ▶ beide Ansprüche unterliegen einer eigenständigen Verjährung
 - ▶ 5-jährige - Gewährleistung bzw.
 - ▶ 3-jährige - Bürgschaft



- ▶ **Achtung:** der Insolvenzverwalter wird u. U. negative Feststellungsklage erheben, um die Inanspruchnahme der Bürgschaft abzuwehren
 - ▶ die Bürghaftung entsteht i. d. R. nämlich nur
 - ▶ für fertiggestellte und mangelfrei abgenommene Leistungen
 - ▶ der Sicherheitseinbehalt an den Auftragnehmer ausbezahlt wurde und
 - ▶ Mangelbeseitigungsansprüche noch nicht verjährt sind bzw. eine Befristung der Bürgschaft noch nicht abgelaufen ist
- ▶ durch die Abwehr der Ansprüche des AG vermeidet der Insolvenzverwalter
 - ▶ dass der Bürge durch seinen Regressanspruch eine Insolvenzforderung gegen die Insolvenzmasse hat (Quotenverbesserung) oder
 - ▶ der Bürge wegen seines Regressanspruchs auf eine ihm vom AN gegebene Sicherheit zugreifen kann, die ansonsten der Insolvenzmasse zusteht

▶ Anmeldung zur Insolvenztabelle



FORDERUNGSANMELDUNG

- ▶ die Anmeldung einer Forderung erfolgt erst nach Eröffnung
 - ▶ gegenüber dem Insolvenzverwalter
 - ▶ und nicht schon im Insolvenzantragsverfahren, § 174 InsO
- ▶ angemeldet werden können nur Geldforderungen, § 45 InsO
 - ▶ die Forderung muss nach Grund und Höhe schlüssig dargelegt werden,
 - ▶ unter Beifügung der betreffenden Urkunden, § 174 InsO.
 - ▶ bei Zahlungsansprüchen wegen Mängeln müssen mindestens, Bauvertrag, Abnahmeprotokoll und Mangelsymptome mitgeteilt werden

- ▶ nach Prüfung durch den Insolvenzverwalter wird eine Forderung zur Tabelle festgestellt oder bestritten
 - ▶ wird eine Forderung durch den Insolvenzverwalter bestritten, so kann die Feststellung zur Tabelle gem. § § 179 ff. InsO eingeklagt werden
- ▶ wird die Anmeldefrist versäumt (§ 28 InsO), führt dies - anders als früher - nicht zum Anspruchsverlust

FESTSTELLUNGSKLAGE

- ▶ eine offene Forderung muss zunächst vom AG zur Tabelle angemeldet werden
 - ▶ bei Bestreiten der Forderung durch Insolvenzverwalter => Feststellungsklage
 - ▶ eine „normale“ Klage ist nach Insolvenzeröffnung unzulässig
- ▶ die Klage auf Feststellung zur Tabelle ist also nicht auf einen Zahlungstitel gerichtet
 - ▶ spezielle örtliche Zuständigkeit gem. § 180 InsO
 - ▶ war ein Prozess bereits anhängig, so ist die Feststellung durch Aufnahme des Rechtsstreits zu betreiben, § 180 Abs. 2 InsO, der zuvor gem. § 240 ZPO unterbrochen war
 - ▶ existiert bereits ein vollstreckbarer Schuldtitel oder ein Endurteil, so muss der Bestreitende seinen Widerspruch (klageweise) verfolgen, nicht der Gläubiger
 - ▶ der Streitwert richtet sich nach der für die Forderung zu erwartenden Quote, § 182 InsO
 - ▶ bei einem obsiegenden Urteil, muss der Gläubiger beim Insolvenzgericht die Berichtigung der Tabelle beantragen, § 183 Abs. 2 InsO

Der "steckengebliebene" Bauvertrag



DIE POSITION DES INSOLVENZVERWALTERS

- ▶ diese Situation des „steckengebliebenen“ Bauvertrages entsteht, wenn
 - ▶ der Insolvenzverwalter keine Erfüllung wählt
 - ▶ er aber Restwerklohnansprüche für das errichtete Teilwerk geltend macht
 - ▶ der Auftraggeber hiergegen mit ihm zustehenden Gegenansprüchen aufrechnen will
- ▶ der Insolvenzverwalter muss die Abrechnung des Restwerklohns so erstellen
 - ▶ wie wenn der Bauvertrag zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung
 - ▶ aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre

BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99

FÄLLIGKEIT UND ABNAHME

- ▶ die Fälligkeit des Restwerklohnanspruchs tritt erst mit Abnahme ein
 - ▶ dies gilt auch für den Fall der Kündigung, also auch nach Insolvenz **BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – VII 146/04**
 - ▶ der AG ist zur Abnahme auch des "Teilwerkes" verpflichtet
 - ▶ wenn keine wesentlichen Mängel vorliegen, § 12 Abs. 3 VOB/B, § 640 BGB
 - ▶ der Insolvenzverwalter kann gem. § 8 Abs. 6 VOB/B die Abnahme beantragen
 - ▶ er kann auch eine Frist gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB setzen

ABNAHME ENTBEHRLICH

- ▶ der Insolvenzverwalter kann auch einwenden, dass die Abnahme entbehrlich ist, weil
 - ▶ der Auftraggeber keine Erfüllung mehr verlangt, sondern nur noch Geldansprüche geltend macht
(BGH, Urteil vom 22. September 2005 – VII 117/03)
 - ▶ der AG die Abnahme bereits ernsthaft und endgültig verweigert hat oder
 - ▶ die Mängel bereits anderweitig beseitigt wurden, z. B. durch Selbstvornahme
 - ▶ also auch nur noch Geldzahlung verlangt wird
OLG Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2012 – 12 U 234/11;
OLG Celle, Urteil vom 3. März 2016 – 16 U 129/15

LEISTUNGSFESTSTELLUNG/AUFMAß

- ▶ der Insolvenzverwalter hat immer einen Anspruch auf ein gemeinsames Aufmaß zur Leistungsfeststellung bzw. Leistungsabgrenzung
§ 8 Abs. 6 VOB/B, § 648a Abs. 4 BGB n.F.
 - ▶ auch wenn wesentliche Mängel vorhanden sind
- ▶ bleibt der AG dem Aufmaßtermin fern oder verweigert er das gemeinsame Aufmaß
 - ▶ Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des AG

PRÜFBARE ABRECHNUNG/SCHLUSSRECHNUNG

- ▶ der Insolvenzverwalter muss die erbrachten Leistungen nach den allgemeinen Grundsätzen prüfbar abrechnen (Schlussrechnung)
 - ▶ beim Pauschalpreis genügt bei nur noch geringen Restleistungen eine Abrechnung „von oben nach unten“
BGH, Beschluss vom 10. April 2014 - VII ZR 124/13
- ▶ selbst wenn die notwendigen Feststellungen (Aufmaß) durch den AG und Insolvenzverwalter nicht getroffen wurden
 - ▶ so kann dennoch eine prüfbare Abrechnung vorliegen,
 - ▶ wenn alle dem Insolvenzverwalter zur Verfügung stehenden Umstände im Prozess vorgebracht werden
 - ▶ und diese Rückschlüsse auf den erbrachten Leistungsstand ermöglichen
 - ▶ Es kann sogar genügen
 - ▶ wenn der Insolvenzverwalter auch ohne eine Abrechnung
 - ▶ den Werklohnanspruch „plausibel“ begründet und eine Schätzung möglich ist

§ 650 F BGB BÜRGSCHAFT

- ▶ der Insolvenzverwalter kann auch eine noch nicht nach § 650f BGB gestellte Sicherheit einfordern
 - ▶ solange diese Sicherheit nicht gestellt ist, hat er – wie der AN - das Recht der Leistungsverweigerung bzgl. eventueller Mangelbeseitigungsansprüche
 - ▶ der Anspruch auf die Sicherheit in voller Höhe der möglichen Restwerklohnforderung
 - ▶ besteht auch nach Insolvenz
 - ▶ obwohl der Insolvenzverwalter nicht mehr vorleistungsverpflichtet ist
 - ▶ Gegenforderungen bleiben unberücksichtigt
 - ▶ Achtung: Vollstreckung erfolgt über § 887 Abs. 2 ZPO
Der Inso-Verwalter erhält durch Beschluss des Gerichts einen Vollstreckungstitel auf Geldzahlung! **OLG Hamm, Beschluss vom 28. Januar 2011 - 19 W 2/11; OLG Saarbrücken Beschluss vom 15. April 2015 – 5 W 24/14; Handschumacher, juris Praxisreport-Privates Baurecht 8/2015, Anm. 6**

DIE POSITION DES AUFTRAGGEBERS

- ▶ nach der früheren Rechtsprechung
 - ▶ wurden die gegenseitigen Rechnungspositionen im (insolvenzrechtlichen) Abrechnungsverhältnis miteinander „verrechnet“ (saldiert)
- ▶ diese Rechtsprechung ist überholt. Der AG muss gegen Werklohnansprüche des Insolvenzverwalters „aufrechnen“
 - ▶ *„Nach Kündigung ... stehen sich der Werklohnanspruch des Auftragnehmers für erbrachte Leistungen und der Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung aufrechenbar gegenüber. Die Ansprüche werden nicht verrechnet“* **BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03**
 - ▶ Die Aufrechnung muss im Prozess ausdrücklich erklärt werden!

MÄNGELANSPRÜCHE

- ▶ dem AG steht gegenüber dem Insolvenzverwalter kein Recht auf Leistungsverweigerungsrecht inkl. Druckeinbehalt zu
 - ▶ sondern „nur“ ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung
 - ▶ in Höhe der voraussichtlichen netto Mangelbeseitigungskosten
 - ▶ das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO greift nicht, selbst wenn Mängel erst nach Insolvenzeröffnung sichtbar werden

- ▶ will der AG die Mängel durch Dritte beseitigen lassen
 - ▶ so muss er zuvor den Insolvenzverwalter unter Fristsetzung
 - ▶ erfolglos zur Mangelbeseitigung aufgefordert haben (str.)
 - ▶ unterlässt er dies,
 - ▶ so tritt weder der Sicherungsfall für die Bürgschaft ein
 - ▶ noch kann mit Ersatzvornahmekosten/Schadenersatzansprüchen gegen den Restwerklohnanspruch aufgerechnet werden
- BGH, Urteil vom 8. Dezember 2009 - XI ZR 181/08**

RESTFERTIGSTELLUNGSMEHRKOSTEN UND VERTRAGSSTRAFE

- ▶ auch mit Restfertigstellungsmehrkosten kann der Auftraggeber grundsätzlich aufrechnen
 - ▶ die Kosten müssen gem. § Abs. 3 Nr.4 VOB/B nachvollziehbar abgerechnet werden **OLG München, Urteil vom 5. August 2003 - 9 U 1582/03; BGH, Beschluss vom 9. Juni 2005 - VII ZR 262/03**
 - ▶ problematisch ist die Abgrenzung zwischen den bereits erbrachten und den noch zur Fertigstellung notwendigen Arbeiten oder Kosten für Mangelbeseitigung
 - ▶ aufrechenbar sind auch sonstige Kosten für Bauüberwachung, zusätzliche Finanzierungskosten usw.
- ▶ mit einer Vertragsstrafe kann gem. § 8 Abs. 7 VOB/B
 - ▶ nur für die Zeit bis zur Kündigung bzw.
 - ▶ Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgerechnet werden

SICHERHEITSEINBEHALT

- ▶ der Insolvenzverwalter ist an die Vereinbarung über den Sicherheitseinbehalt gebunden
 - ▶ er kann ihn also erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist vom AG einfordern
 - ▶ er kann den AG aber gem. § 17 Abs. 6 VOB/B zur Zahlung auf ein Sperrkonto (Und-Konto) auffordern
 - ▶ unterlässt der AG dies trotz Nachfristsetzung
 - ▶ so kann der Insolvenzverwalter den Betrag ohne gem. § 13 Abs. 6 Ziff. 3 VOB/B einfordern

prozessuale Besonderheiten



ANHÄNGIGE VERFAHREN

- ▶ bei Insolvenzeröffnung können Aktiv- als auch Passivprozesse anhängig sein
 - ▶ diese werden gem. § 240 ZPO mit Insolvenzeröffnung bzw. der Einsetzung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter unterbrochen
 - ▶ die Unterbrechung erfolgt nicht schon mit Insolvenzantragstellung
- ▶ der Insolvenzverwalter ist gem. § 85 InsO berechtigt, den Aktivprozess aufzunehmen
 - ▶ das gilt auch für eine vom Insolvenzschuldner erhobene Widerklage

- ▶ einen Passivprozess kann der AG als Kläger gegen den Insolvenzverwalter gem. § 86 InsO nur aufnehmen
 - ▶ wenn es um Aus- oder Absonderung geht bzw. Masseverbindlichkeiten geht
 - ▶ ansonsten muss er seine Forderung zur Tabelle anmelden und ggf. Feststellungsklage erheben bzw. den Prozess als solche aufnehmen (s. o.)
- ▶ ein selbständiges Beweisverfahren wird durch die Insolvenzeröffnung nicht unterbrochen



BATTKE GRÜNBERG

vorausdenken. effektiv handeln.

KOMMUNIKATION PFLEGEN

Kleine Brüdergasse 3 - 5
01067 Dresden

Folgen Sie uns gern auf
LinkedIn und Twitter!

☎ +49 351 563900

✉ info@battke-gruenberg.de

🌐 battke-gruenberg.de

