

Bauinsolvenz:

Was tun, wenn der Auftragnehmer in die Insolvenz gerät?

Matthias Janitz

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Markus van Marwyk

Rechtsanwalt

Insolvenzverwalter

Einleitung

Im Bereich der Unternehmensinsolvenzen nehmen Insolvenzen von Bauunternehmen statistisch immer einen hohen Anteil ein – auch in Zeiten konjunktureller Erholung. Eine Bauinsolvenz hat gravierende Auswirkungen auf die noch nicht fertiggestellten Baumaßnahmen. Auch bei dem Bauherrn bzw. Auftraggeber können sich erhebliche finanzielle Nachteile einstellen, wenn das beauftragte Unternehmen in Insolvenz fällt. Mit diesem Vortrag wollen wir einige Handlungsalternativen und typische Risiken aus der Sicht des Auftraggebers erläutern.

Auftraggeber kann z. B. der Bauträger oder Generalunternehmer sein, der Bauaufträge an Nachunternehmer vergibt, ebenso die Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch den Verwalter, der Sanierungsarbeiten durchführen lässt, oder auch der private Bauherr, begleitet vom Architekten, der für die Vergabe von Bauleistungen zuständig ist.

Ausgangsfall:

Bauherr A beauftragt den Bauunternehmer B, in einer Mehrfamilienhausanlage mit sechs Stockwerken die Fenster und Balkontüren zu erneuern. Auftragnehmer B setzt anfangs eine Kolonne mit zehn Mann auf der Baustelle ein. Die Lieferanten des B liefern die Fenster und Balkontüren direkt zur Baustelle, wo sie zunächst gelagert werden.

Nachdem das erste Stockwerk fertiggestellt ist, kommt Auftragnehmer B in der Folgezeit immer weniger gut voran. Es ist auffällig, dass er nicht länger zehn Mitarbeiter einsetzt, sondern nur noch fünf, dann zwei. Nach einiger Zeit holen Lieferanten die Balkontüren und Fenster wieder von der Baustelle ab. Bauherr A erfährt von dritter Seite, dass angeblich mehrere Gläubiger des B gegen sein Unternehmen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet hätten, die angeblich teilweise fruchtlos geblieben seien. Inzwischen erscheinen nur sporadisch einzelne Arbeitskräfte auf der Baustelle. Zu diesem Zeitpunkt sind die ersten beiden Stockwerke fertiggestellt, wenn auch mit Mängeln, das dritte Stockwerk ist nur angefangen.

Der Bauherr erfährt, dass auf Antrag eines Gläubigers des B ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt wurde. Drei Monate später wird schließlich das Insolvenzverfahren eröffnet und der bisherige vorläufige Insolvenzverwalter wird zum Insolvenzverwalter bestellt.

Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an der Chronologie des Beispielsfalles. Dabei sind drei Phasen zu unterscheiden:

- Die Krise des Auftragnehmers – vor Beginn des Insolvenzverfahrens
- Das vorläufige Insolvenzverfahren
- Das eröffnete Insolvenzverfahren

Phase 1: Die Krise des Auftragnehmers - vor Beginn des Insolvenzverfahrens

I. Insolvenzgründe

Es existieren grundsätzlich zwei Insolvenzgründe, die bei juristischen Personen den Geschäftsführer zwingen, Insolvenzantrag zu stellen: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit.

1. Überschuldung

Bei der insolvenzrechtlichen Überschuldung geht es darum, die fälligen Verbindlichkeiten den Vermögenspositionen gegenüberzustellen. Ergibt sich, dass das Vermögen die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, ist auf einer zweiten Ebene zu prüfen, ob die Fortführung des Unternehmens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist. Da Externe kaum Einblick in die Vermögenspositionen ihres Vertragspartners haben – auf die veröffentlichte Bilanz kann nicht ohne weiteres abgestellt werden –, äußert sich dieser Insolvenzgrund regelmäßig nicht nach außen, sondern verbleibt innerhalb des Unternehmens.

2. Zahlungsunfähigkeit

Anders ist es bei der Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsunfähig ist ein Unternehmen dann, wenn die liquiden Geldmittel des Unternehmens nicht länger ausreichen, mindestens 90 % der fälligen Verbindlichkeiten zu decken und sich diese Liquiditätslücke nicht innerhalb der folgenden drei Wochen beseitigen lässt, § 17 Abs. 2 S. 1 InsO. Bei der Aufstellung einer solchen Liquiditätsbilanz muss das kriselnde Unternehmen selbst Berechnungen anstellen. Allerdings gewährt die Insolvenzordnung hier eine bedeutsame Beweiserleichterung. Denn nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn der Schuldner seine **Zahlungen eingestellt** hat.

Das Merkmal der Zahlungseinstellung wird durch **Beweisanzeichen** nachgewiesen. Verdichten sich die Hinweise durch diese Beweisanzeichen, führt dies zur Zahlungseinstellung. Anerkannte Beweisanzeichen sind:

- Gehäufte Mahnungen und Zahlungserinnerungen
- Rückstände gegenüber Sozialversicherungsträgern und dem Finanzamt
- die gerichtliche Durchsetzung unstreitiger Forderungen durch die Gläubiger des Schuldners
- häufige Vollstreckungsmaßnahmen
- die Nichtzahlung existenziell notwendiger Verbindlichkeiten, zum Beispiel die des Hauptlieferanten
- die mangels Kontodeckung nicht eingelöste Lastschrift
- die Nichtzahlung von Arbeitnehmerentgelten
- die Bitte um ratenweise Tilgung einer bereits fälligen Schuld oder anderweitige Geständnisse des Schuldners
- die zu einem bestimmten Stichtag fällige und bis zur Verfahrenseröffnung offengebliebene Verbindlichkeit des Schuldners

Die Aufzählung ist nicht abschließend. Die Beweisanzeichen sind in ihrer Gewichtung völlig unterschiedlich: So hat eine Mahnung nur ganz geringe Bedeutung, während eine Bitte des Schuldners, eine bereits fällige Schuld aufgrund mangelnder Geldmittel zu stunden und in Teilbeträgen abzahlen zu dürfen, bereits für sich genommen ausreichen kann.

Im Gegensatz zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit mittels einer Liquiditätsbilanz dringen Beweisanzeichen in der Regel nach außen, sie werden für andere Beteiligte sichtbar. Beispielsweise weiß derjenige, der erfolglos versucht das Konto des Schuldners zu belasten, dass dieser keine ausreichende Deckung auf diesem Konto vorgehalten hat. Darüber hinaus weiß er – zugegebenermaßen etwas spitzfindig –, dass auch die Bank dem Schuldner keinen Kredit in Gestalt einer geduldeten Überziehung gewährt.

Hinsichtlich des Beispielfalles war auch für den Bauherrn A erkennbar, dass das Unternehmen B auf eine ernste Krise zusteuert. Wenn statt zehn Arbeitnehmern nur noch zwei eingesetzt werden, lässt sich dies nicht mehr mit bloß vereinzelt Kündigungen erklären. Es liegt hier nahe, dass B Gehälter nicht zahlte und deshalb seine Arbeitnehmer nicht mehr bedingungslos bereit waren, Arbeitsleistung zu erbringen. Ein Lieferant holte bereits gelieferte Vorbehaltsware wieder ab, weil er vermutlich nicht bezahlt worden ist.

Ab einem bestimmten Zeitpunkt wird der A gewusst haben, dass der B in eine sehr ernste wirtschaftliche Krise geraten war, also (womöglich) zahlungsunfähig geworden ist. Diese Kenntnis, die häufig auf Grund der Umstände unterstellt wird, hat erhebliche Konsequenzen in der weiteren Abwicklung des Vertrages.

II. Folgen für den Auftraggeber

Ist die Krise des Auftragnehmers für den Auftraggeber erkennbar geworden, muss er damit rechnen, dass in Kürze ein Insolvenzantrag gestellt wird, sei es durch das Unternehmen selbst, sei es durch andere Gläubiger (häufig: Sozialversicherungsträger, Finanzamt). Innerhalb weniger Monate kann es zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommen. Der Auftraggeber muss sich dann insbesondere mit der Vorgehensweise zunächst des vorläufigen und dann des endgültigen Insolvenzverwalters auseinandersetzen. Dessen Handlungsweise wird sich nicht an dem Wohlergehen der Bauvertragsparteien oder dem Schicksal des konkreten Bauvorhabens orientieren, sondern an den speziellen Zielsetzungen des Insolvenzrechts, nämlich der **gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger** und der **Vermehrung der Insolvenzmasse**.

1. Festhalten am Bauvertrag?

Vor dem Hintergrund der drohenden Insolvenz des Auftragnehmers muss der Auftraggeber eine zentrale **Entscheidung** treffen: Soll der Vertrag mit dem Auftragnehmer **fortgesetzt** werden, oder soll der Vertrag **gekündigt** werden. Typischerweise stellt sich diese Entscheidungssituation sowohl vor als auch nach Einleitung des Insolvenzverfahrens immer wieder aufs Neue, auch nach Insolvenzeröffnung.

Vor seiner Entscheidung wird der Auftraggeber vor allem den aktuellen Stand der Abwicklung und die Auswirkungen einer Kündigung betrachten:

- Welcher Bautenstand ist erreicht? Stehen nur noch relativ geringfügige Restarbeiten aus? Oder ist der Auftragnehmer schon jetzt deutlich im Rückstand, etwa im Hinblick auf einen Bauzeitenplan? Steht derzeit noch qualifiziertes Personal des Auftragnehmers in ausreichender Zahl zur Verfügung? Kann damit gerechnet werden, dass ein bereits eingetretener Bauverzug noch aufgeholt werden kann? Oder wird der Leistungsrückstand von Tag zu Tag größer, sodass es geboten ist, frühzeitig die „Notbremse“ zu ziehen und ein anderes Unternehmen an die Baustelle zu holen?
- Welche Qualität hat die bisherige Bauleistung? Sind vorhandene Baumängel überschaubar oder häufen sich die Mängel infolge der Krise des Unternehmers?
- Wie ist der Zahlungsstand? Entsprechen die bereits erbrachten Abschlagszahlungen dem tatsächlichen Bautenstand? Oder liegt bereits eine Überzahlung des Auftragnehmers vor, weil man sich an den Zahlungsplan gehalten hat, die Bauleistung aber rückständig geblieben ist?
- Besitzt der Unternehmer eine Spezialkompetenz, die man nicht ohne weiteres kurzfristig durch ein anderes Unternehmen ersetzen kann?
- Welcher Aufwand und welche zeitliche Verzögerung wären mit der Vergabe an ein Ersatzunternehmen verbunden? Wie würde sich der Wechsel des Unternehmens auf andere Gewerke bzw. parallel arbeitende Auftragnehmer auswirken? Ist von dort mit Behinderungsansprüchen zu rechnen?
- Welche Mehrkosten sind letztlich zu erwarten, wenn die noch ausstehenden Restarbeiten durch ein Ersatzunternehmen durchgeführt werden müssen?

2. Drohender Verlust von Anspruchspositionen?

Gleichzeitig muss der Auftraggeber auch seine Rechtspositionen im Auge behalten, die er auf Grund der krisenhaften Abwicklung des Bauvertrages erwirbt, nämlich insbesondere

- Ansprüche wegen Baumängeln – Mängelbeseitigung, Ersatzvornahmekosten
- Rückforderung einer Überzahlung
- Ansprüche wegen der Mehrkosten bei Fertigstellung durch ein anderes Unternehmen

Wird die Insolvenz später eröffnet, so lassen sich solche Ansprüche des Auftraggebers dann größtenteils nicht mehr durchsetzen. Dies aus zwei Gründen:

- Die auf Geldzahlung gerichteten Ansprüche des Auftraggebers sind in der Regel reine Insolvenzforderungen; das bedeutet, dass der Auftraggeber als Insolvenzgläubiger die Ansprüche lediglich zur Tabelle anmelden kann und mit einer ganz geringen Quote rechnen muss.
- Macht der Unternehmer bzw. der Insolvenzverwalter Vergütungsansprüche geltend, möchte der Auftraggeber seine Gegenforderungen wegen Mängeln etc. wenigstens zur **Aufrechnung** stellen. Gerade dies kann an **insolvenzrechtlichen Aufrechnungsverboten** scheitern.

III. Aufrechnungsverbote

In bestimmten Konstellationen sieht die Insolvenzordnung vor, dass eine Aufrechnung des Vertragspartners gegenüber dem späteren Insolvenzschuldner bzw. dem Insolvenzverwalter nur noch eingeschränkt möglich sein soll. Dem liegt folgender Gedanke zugrunde: Ein Gläubiger, der keine Verbindlichkeiten gegenüber dem späteren Schuldner zu bezahlen hat, kann seine Forderungen später nur zur Insolvenztabelle anmelden und muss sich mit der meist nur geringen Insolvenzquote begnügen. Derjenige Gläubiger, der Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, könnte dagegen durch die Aufrechnung vollständige Befriedigung erlangen. Diese Besserstellung ist unerwünscht, beide Gläubiger sollen nach dem Willen des Gesetzgebers gleich behandelt werden.

1. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO

Häufig stellt der Auftragnehmer in der Krise alle Arbeiten ein und hinterlässt eine unfertige mangelhafte Bauleistung. Wenn später der Insolvenzverwalter die erbrachten Leistungen abrechnet, stellt der Auftraggeber Mängelansprüche zur Aufrechnung.

Nach § 95 Abs. 1 S. 3 InsO ist eine Aufrechnung unzulässig, wenn die Vergütung fällig wird, bevor die Aufrechnungslage entstanden ist. Das wäre der Fall, wenn der Auftraggeber zunächst nur Mängelbeseitigung fordert und erst nach der Schlussrechnung zur

Ersatzvornahme übergeht, wodurch aufrechenbare Zahlungsansprüche entstehen. Allerdings erlaubt der BGH dem Auftraggeber diese Vorgehensweise: Auch wenn Zahlungsansprüche wegen der Mängel erst nach der Schlussrechnung fällig geworden sind, so war die Werkleistung doch schon von Anfang mit den Mängeln behaftet. Der Auftraggeber hätte also jedenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der Mängel geltend machen können. Daher soll er nicht durch das Aufrechnungsverbot schlechter gestellt werden. Im Ergebnis bleibt die Aufrechnung trotz § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO erlaubt.

2. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Diese Vorschrift hat erhebliche praktische Bedeutung. Gemäß § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat.

Der Bauherr A in unserem Beispielsfall wird sich fragen, warum man ihm eine „anfechtbare Rechtshandlung“ vorwirft, obwohl er sich jederzeit vertragskonform verhalten hat. Tatsächlich geht es nicht um Vertragsverletzungen. Die „Rechtshandlung“ besteht darin, dass der Auftraggeber als Gläubiger Bauleistungen des Unternehmens (als Erfüllungshandlung) entgegennimmt. Die Entgegennahme dieser Leistung ist zwar an sich vertragskonform, aber aus Sicht des Insolvenzrechts unerwünscht, weil damit nur der einzelne Vertragspartner und nicht alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden. Dies führt zur Anfechtbarkeit.

Die Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO verweist auf alle besonderen Anfechtungstatbestände der Insolvenzordnung, von denen hier nur § 130 InsO und § 131 InsO angesprochen werden sollen. Das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht bezweckt, bestimmte Vorgänge rückabzuwickeln. Dabei wird insbesondere in § 130 InsO und § 131 InsO an den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit angeknüpft. Da Zahlungsunfähigkeit bei juristischen Personen die Geschäftsführer zur Antragstellung verpflichtet, bedeutet dies, dass der Zustand hergestellt werden soll, der bestünde, wenn rechtzeitig Insolvenz beantragt worden wäre.

Direkt angewendet, führt die Insolvenzanfechtung dazu, dass hauptsächlich Zahlungen zurück abgewickelt werden. Hätte mithin der A von dem später in die Insolvenz geratenen B Geld erhalten, müsste er diese unter den näheren Voraussetzungen beispielsweise des § 130 InsO dem B zurückerstatten.

Da es im Endeffekt nicht darauf ankommen darf, in welcher Weise der Anfechtungsgegner vollständige Erfüllung erlangte, erklärt § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, dass eine Aufrechnung unzulässig ist, wenn die Aufrechnungslage in einer anfechtbaren Art und Weise zustande gekommen ist.

Dies bedeutet, dass eine Aufrechnung unzulässig ist, wenn bezogen auf die Forderung des Schuldners die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes erfüllt sind.

a) Kongruenzanfechtung – § 130 Abs. 1 InsO

Bei einer Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO spricht man von der Anfechtung von *kongruenten Leistungen*. Gemeint sind Leistungen, die so erbracht werden, wie sie geschuldet waren. Der Regelfall bildet die Zahlung einer entsprechend vereinbarten Vergütung.

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 InsO, wenn

- sie in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag vorgenommen wurde,
- der (spätere) Insolvenzschuldner zur Zeit der Rechtshandlung zahlungsunfähig war
- und der Anfechtungsgegner entweder von der Zahlungsunfähigkeit oder von dem gestellten Eröffnungsantrag **Kenntnis** hatte.

Um den vollen Anfechtungszeitraum auszunutzen, muss der spätere Insolvenzverwalter nachweisen, dass bereits zu Beginn der sogenannten **kritischen Zeit**, der Dreimonatsfrist vor dem Insolvenzantrag, der Schuldner zahlungsunfähig war.

Hat der Insolvenzverwalter diesen Nachweis geführt, kommt es auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners an. Wusste er von der Zahlungsunfähigkeit hat er alle empfangenen Gelder zurückzuerstatten. Häufig wird vorgebracht, dass man von einer eingetretenen

Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners nichts wusste. Dabei wird oft übersehen, dass diese Kenntnis objektiv ermittelt werden muss und es letztendlich nur um die Kenntnis von Umständen geht, die bei zutreffender rechtlicher Bewertung zu dem Schluss führen müssen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hatte.

Eine pauschale Beurteilung im Sinne von Beweisanzeichen $A + B + C = \text{Zahlungsunfähigkeit}$ ist nicht möglich. In unserem Beispielfall reichen die aufgeführten Beweisanzeichen aber sicher aus, da ein objektiver Außenstehender wohl keinen Zweifel daran hat, dass das gesamte Verhalten des Schuldners nur auf einen objektiven Mangel an Geldmitteln zurück geführt werden kann.

Bezogen auf unseren Beispielfall bedeutet das:

- *Unternehmer B hat trotz Zahlungsunfähigkeit weitere Bauleistungen erbracht und daraus weitere Vergütungsansprüche erwirtschaftet;*
- *Bauherr A hatte Kenntnis von hinreichenden Umständen, die zur Zahlungsunfähigkeit führen; trotzdem hat er in der kritischen Zeit Bauleistungen des B entgegengenommen; dieser Vorgang ist anfechtbar;*
- *deshalb kann A gegen den Vergütungsanspruch für diese Bauleistungen seine Mängelansprüche etc. nicht aufrechnen.*

b) Inkongruenzanfechtung – § 131 InsO

Im Gegensatz zur Anfechtung kongruenter Leistungen geht es bei der Anfechtung inkongruenter Leistungen darum, dass der Anfechtungsgegner etwas erlangt hat, auf das er ursprünglich keinen Anspruch hatte. Als Paradebeispiel dient gewissermaßen die Übergabe eines Gegenstandes (Luxusuhr, PKW, Übertragung eines Anspruchs, aber auch die Zahlung von einem Anderen) anstatt wie vereinbart Geld zu leisten. Der Gesetzgeber misst dabei dieser Abweichung von dem ursprünglich Vereinbarten so großes Gewicht bei, dass es auf eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Insolvenzreife des Vertragspartners oder des Insolvenzantrages nicht ankommt.

Anfechtbar sind Rechtshandlungen nach § 131 InsO insbesondere

- wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag vorgenommen worden und
- der Schuldner zur Zeit der Rechtshandlung zahlungsunfähig war oder
- dem Anfechtungsgegner bekannt war, dass die Rechtshandlung Gläubiger benachteiligte.

Liegt eine inkongruente Leistung im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag vor, bedarf es nicht einmal des Nachweises, dass der Schuldner zahlungsunfähig war.

Die Inkongruenzanfechtung ist für den Gläubiger besonders gefährlich, da er sich nicht auf fehlende subjektive Kenntnis berufen kann.

Für unseren Beispielsfall gilt:

- *Wurde der Bauvertrag früher als drei Monate vor dem Insolvenzantrag abgeschlossen, kommt nur eine Kongruenzanfechtung in Betracht, welche die subjektive Kenntnis des Bauherrn voraussetzt.*
- *Wurde der Bauvertrag jedoch in der kritischen Zeit geschlossen, wird der Bauherr so behandelt, als hätte er diesen Vertragsschluss so nicht verlangen können (Inkongruenz). Entsprechendes gilt, wenn wesentliche Vertragskonditionen in der kritischen Zeit neu ausgehandelt werden. Die Entgegennahme der Bauleistung ist somit anfechtbar, ohne dass es auf die subjektive Kenntnis des Bauherrn ankommt.*

IV. Kündigung des Bauvertrages

Entschließt sich der Auftraggeber, den Bauvertrag zu kündigen, muss er der Frage des Kündigungsgrundes besondere Aufmerksamkeit widmen. Grundsätzlich kann ein Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit kündigen, auch wenn kein (wichtiger) Kündigungsgrund vorliegt. Wenn er nicht beweisen kann, dass die Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt war, ist die Kündigung gleichwohl wirksam. Sie wird dann als „freie“ Kündigung behandelt. Die freie Kündigung hat jedoch eine fatale Kostenfolge: Der Auftragnehmer hat in voller Höhe Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung, obwohl er wegen der Kündigung den Bauvertrag gar nicht vollständig erfüllt. Der Auftragnehmer muss sich nur diejenigen Aufwendungen abziehen lassen, die er gerade wegen der vorzeitigen Kündigung erspart, sowie diejenigen Einkünfte, die er wegen der freiwerdenden Kapazitäten ggf. aus anderen Aufträgen erzielen kann (§ 649 BGB). Diese Abzugspositionen sind u. U. nur gering, sodass der Auftraggeber bei der freien Kündigung ein hohes finanzielles Risiko trägt.

1. Insolvenzbedingte Kündigung?

Typischerweise wird der Auftraggeber die Kündigung mit der erkennbar drohenden Insolvenz des Auftragnehmers begründen. Doch birgt ein solches Vorgehen Risiken:

Das Werkvertragsrecht des BGB kennt **kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht**. Die Kündigung aus wichtigem Grund setzt eine gravierende schuldhaftige Pflichtverletzung des Auftragnehmers voraus, die ein Festhalten am Vertrag als unzumutbar erscheinen lässt. Die akut drohende Insolvenz des Auftragnehmers kann zwar den Bauvertrag, womöglich das ganze Bauvorhaben zum Scheitern bringen. Darin liegt jedoch keine vertragliche Pflichtverletzung gerade gegenüber dem einzelnen Auftraggeber. Das Insolvenzrecht betrachtet nur die negativen Auswirkungen auf die Gesamtheit der Gläubiger. Auch nachdem ein Insolvenzantrag gestellt worden ist, reicht dies nicht ohne weiteres für eine Kündigung aus wichtigem Grund. Selbst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt für sich allein noch nicht unbedingt einen wichtigen Kündigungsgrund dar.

2. Vertragliche Lösungsklauseln

Häufig enthält der Bauvertrag ein besonderes Kündigungsrecht für den Fall der Insolvenz. Ist die VOB/B einbezogen, gilt § 8 Abs. 2 VOB/B. Danach kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen,

- wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt;
- wenn entweder der Auftragnehmer selbst einen Insolvenzantrag stellt;
- wenn der Auftraggeber oder ein anderer Gläubiger zulässigerweise einen Insolvenzantrag stellt;
- wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird, oder
- wenn die Insolvenzeröffnung mangels Masse abgelehnt wird.

Hier ergeben sich zunächst praktische Anwendungsschwierigkeiten:

- Ob der Unternehmer seine Zahlungen eingestellt hat, ist für Außenstehende oft schwer feststellbar (siehe oben). Es reicht nicht, wenn mehrere Nachunternehmer auf der Baustelle beklagen, dass sie kein Geld vom Unternehmer mehr erhalten. Hat dieser die eidesstattliche Versicherung abgegeben, lässt das noch nicht zwingend auf Einstellung der Zahlungen schließen, wohl aber, wenn mehrere Gläubiger zugleich das Betriebs- und Privatvermögen versteigern lassen.
- Einfacher feststellbar ist die Tatsache, dass ein Insolvenzantrag gestellt wurde. Hat der Unternehmer selbst Insolvenzantrag gestellt, ist § 8 Abs. 2 VOB/B unproblematisch anwendbar. Der Insolvenzantrag eines anderen Gläubigers rechtfertigt die Kündigung nur, wenn der Antrag zulässigerweise gestellt wurde. Dies zu beurteilen, ist für den Auftraggeber kaum möglich, eine allein darauf gestützte Kündigung also riskant.
- Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse sind wiederum einfach festzustellen.

b)

Auch außerhalb der VOB/B enthalten viele Bauverträge vergleichbare **insolvenzabhängige Lösungsklauseln**. Insoweit kann § 8 Abs. 2 VOB/B als Modell dienen. Hier ist jedoch folgendes Risiko zu beachten: Nach einer starken Meinung in Rechtsprechung und Literatur sind solche Lösungsklauseln generell unwirksam, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen: Das Insolvenzrecht sieht vor, dass dem Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die vorrangige Entscheidung zusteht, ob ein bestehender Vertrag von beiden Seiten weiter erfüllt werden soll oder nicht (§ 103 InsO). Gemäß § 119 InsO darf dieses **Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters** nicht durch vertragliche Vereinbarungen beschränkt werden. Auf Grund einer Lösungsklausel könnte der Auftraggeber die Kündigung aussprechen, bevor der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht ausüben kann. Deshalb hat der Bundesgerichtshof in einem Grundsatzurteil vom 15. November 2012 Lösungsklauseln für unzulässig erklärt, wenn sie die Kündigung wegen Insolvenzantragstellung oder wegen Insolvenzeröffnung ermöglichen (BGH, Urteil vom 15. November 2012 – IX ZR 169/11). Danach könnte allenfalls noch die Zahlungseinstellung als Kündigungsgrund wirksam vertraglich vereinbart werden.

Allerdings ist die BGH-Entscheidung zu einem Energielieferungsvertrag ergangen und wurde von einigen Gerichten in Bausachen nicht übernommen. Insoweit bestand erhebliche Rechtsunsicherheit. Vor wenigen Tagen hat jedoch der für Bausachen zuständige VII. Senat des Bundesgerichtshofes abweichend entschieden. Danach verstößt § 8 Abs. 2 VOB/B mit allen dort geregelten Kündigungsgründen **nicht** gegen das Verbot aus §§ 103, 119 InsO und ist insofern rechtswirksam.

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

Der BGH hat zugleich klargestellt, dass § 8 Abs. 2 VOB/B nicht AGB-widrig ist. Insofern besteht jetzt Rechtssicherheit zumindest für VOB-Verträge. Ob dies genauso für vertragliche Lösungsklauseln gilt, wenn die VOB/B nicht (als Ganzes) in den Vertrag einbezogen wurde, wird zu diskutieren sein. Insofern ist die Rechtsunsicherheit nicht völlig beseitigt. Außerhalb der VOB/B kann man derzeit nur empfehlen, eine insolvenzabhängige Lösungsklausel möglichst exakt nach dem Vorbild von § 8 Abs. 2 VOB/B zu gestalten.

3. Andere Kündigungsgründe

Nach alledem können im Kündigungsfall Zweifel bestehen, ob die vertragliche Lösungsklausel rechtswirksam ist oder ob deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Bestehen Ungewissheiten, kann man nur empfehlen, die Kündigung vorsorglich (auch) auf andere Kündigungsgründe zu stützen. Erforderlich ist dann jedenfalls eine individuelle Vertragsverletzung durch den Auftragnehmer:

- Stellt der Auftragnehmer seine Arbeiten endgültig ein, kann dies als „**endgültige Erfüllungsverweigerung**“ zu betrachten sein, die eine sofortige Kündigung (ggf. auch ohne Mahnung bzw. Fristsetzung) rechtfertigen kann. In vielen Fällen ist das Verhalten des Auftragnehmers jedoch mehrdeutig: Die Arbeiten werden nicht vollständig eingestellt, geraten aber durch Personalreduzierung oder fehlendes Material ins Stocken; womöglich beruft sich der Auftragnehmer auf Behinderungen, oder er macht ein Leistungsverweigerungsrecht geltend, weil der Auftraggeber (angeblich) mit Abschlagszahlungen in Verzug sei.
- Macht der Auftragnehmer die Fortsetzung der Arbeiten davon abhängig, dass neue Konditionen vereinbart werden, so kann die **mangelnde Vertragstreue** des Auftragnehmers die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.
- Eine Kündigung wegen **Bauverzögerung** setzt verbindliche Bauzeiten voraus. Häufig ist nur der Fertigstellungstermin vertraglich vereinbart. Ist der Rückstand so gravierend, dass die Einhaltung des Fertigstellungstermins vorhersehbar ausgeschlossen ist, kann eine verzugsbedingte Kündigung gerechtfertigt sein. Fehlen verbindliche Fristen, schuldet der Auftragnehmer die Fertigstellung zumindest in dem Zeitraum, den ein zügig arbeitender zuverlässiger Unternehmer benötigen würde. Allerdings tritt dann Verzug in der Regel nur nach Mahnung und Fristsetzung ein.
- Sind **Baumängel** erkennbar geworden, so ist zu bedenken, dass dem Auftraggeber vor der Fertigstellung und Abnahme grundsätzlich noch keine Mängelansprüche zustehen. Anders ist es nur, wenn während der Ausführung entdeckte gravierende Baumängel offenkundig nicht beseitigt werden und vorhersehbar keine abnahmereife Werkleistung entstehen wird. Dann kann eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung auch vor der Abnahme gerechtfertigt und bei mangelnder Abhilfe durch den Unternehmer eine Kündigung begründet sein.

4. Abwicklung nach der Kündigung

Hat der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund gekündigt, ist bei der weiteren Abwicklung Folgendes zu beachten:

- Beide Parteien haben ein Interesse an einer Abgrenzung der Bauleistung, die der Unternehmer bis zur Kündigung erbracht hat. Das vom Unternehmer geforderte gemeinsame Aufmaß sollte vom Auftraggeber nicht verweigert werden.
- Der Unternehmer hat Anspruch auf Werklohn für die bis zur Kündigung erbrachte Teilleistung. Der Werklohn wird aber auch nach einer Kündigung erst durch Abnahme fällig. Der Auftraggeber darf die Abnahme nicht verweigern, wenn die erbrachte Teilleistung als solche im Wesentlichen mangelfrei ist, wobei die Unfertigkeit der Leistung hier außer Betracht bleibt.
- Für den Auftraggeber bringt die Abnahme auch Vorteile: Es beginnt die Gewährleistungsphase mit der längeren Verjährung (5 Jahre), und es besteht die Gelegenheit zur Dokumentation der Mängel und Erklärung des Mangelvorbehaltes.
- Die Mängelrechte bezüglich der bis zur Kündigung erbrachten Teilleistung müssen grundsätzlich in gleicher Weise ausgeübt werden wie bei einem ungekündigten Vertrag. Dem Unternehmer muss zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden. Zahlungsansprüche wegen Mängeln entstehen erst nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung.
- Werden die fehlenden Restleistungen durch einen Ersatzunternehmer ausgeführt, entsteht in der Regel ein erhöhter Kostenaufwand. Diese sog. **Restfertigstellungsmehrkosten** begründen einen Schadensersatzanspruch für den Auftraggeber (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B). Der Anspruch setzt – im Unterschied zu den Mängelrechten – kein Nacherfüllungsverlangen und keine erfolglose Fristsetzung voraus. Um die Mehrkosten schlüssig darzustellen, müssen die nach der Kündigung noch ausstehenden Restleistungen eindeutig benannt werden. Sodann ist der hypothetische Vergütungsanteil zu berechnen, der bei ungekündigtem Vertrag für diese Restleistungen an den Unternehmer hätte gezahlt werden müssen. Dem ist der konkrete Aufwand für den Ersatzunternehmer gegenüberzustellen; (nur) der übersteigende Differenzbetrag kann als Schadensersatz gefordert werden.

Phase 2: Das vorläufige Insolvenzverfahren

I. Der vorläufige Insolvenzverwalter

Das Insolvenzgericht kann nach Eingang eines Insolvenzantrages verschiedene Maßnahmen treffen, die dem Ziel dienen sollen, eine spätere Insolvenzmasse hinreichend abzusichern. In der Regel setzt das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter ein (wie in unserem Beispielfall). Daneben kann es insbesondere eine vorläufige Postsperre anordnen oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen untersagen, § 21 Abs. 2 Nr. 3 und 4 InsO. Es wird – je nachdem, mit welchen Kompetenzen der vorläufige Insolvenzverwalter ausgestattet wurde – zwischen einem **starken** und einem **schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter** unterschieden.

1. Starker vorläufiger Insolvenzverwalter

Bei dem starken vorläufigen Insolvenzverwalter hat das Insolvenzgericht dem Schuldner zugleich ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt. Näheres regelt § 22 Abs. 1 InsO.

Durch diese Maßnahme geht bereits im vorläufigen Insolvenzverfahren die Verwaltung- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. Er erlangt letztendlich dieselben Befugnisse wie ein Insolvenzverwalter. Er entscheidet allein, welche Verträge vollzogen und von wem welche Waren bezogen werden. Für den außenstehenden Gläubiger bedeutet dies, dass nicht länger der bisherige Geschäftsführer der primäre Ansprechpartner ist, sondern der vom Gericht eingesetzte vorläufige Insolvenzverwalter.

Die Einsetzung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht hat Ausnahmecharakter, weil dessen Entscheidungen zu Verbindlichkeiten führen können, die vorrangig aus der Insolvenzmasse (Masseverbindlichkeiten) zu befriedigen sind. Dies kann zur Folge haben, dass im eröffneten Insolvenzverfahren bereits erhebliche Verbindlichkeiten entstanden sind.

2. Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter

Ernennt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter und legt es dem Schuldner kein allgemeines Verfügungsverbot auf, muss es den Aufgabenkreis des vorläufigen Insolvenzverwalters genau bestimmen, § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO. Man spricht insoweit von einem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter. In der Regel bestimmt das Gericht, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des Insolvenzverwalters wirksam werden, § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO. Demzufolge bleibt der bisherige Geschäftsführer mit allen bisherigen Kompetenzen „im Amt“, die von ihm getroffenen Entscheidungen werden durch die Zustimmung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters rechtlich wirksam und binden alle Beteiligten. Der Unterschied zum starken Insolvenzverwalter liegt darin, dass nicht der vorläufige Insolvenzverwalter nach außen die Entscheidungen trifft, sondern der bisherige Geschäftsführer. Dementsprechend entstehen keine Verbindlichkeiten, die aus der Insolvenzmasse vorrangig zu bezahlen sind.

Folge für außenstehende Gläubiger ist, dass der bisherige Ansprechpartner nach wie vor die maßgeblichen Entscheidungen trifft. Im Innenverhältnis, zwischen Geschäftsführer der Schuldnerin und dem vorläufigen Insolvenzverwalter, werden die weiteren Zustimmungen eingeholt, die zur Wirksamkeit aller Verfügungen des Geschäftsführers führen.

II. Konsequenzen für den Bauvertrag

1. Aufrechnungsverbot § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Es wird wohl kaum einem Gläubiger verborgen bleiben, wenn über das Vermögen seines Vertragspartners ein Insolvenzantrag anhängig ist und das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter eingesetzt hat. Insoweit kommt hier das oben dargestellte Aufrechnungsverbot erst recht zur Anwendung. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit sind erfüllt, die subjektive Kenntnis kann der Vertragspartner jetzt nicht mehr ernsthaft bestreiten.

Daher muss sich der Auftraggeber spätestens jetzt darüber im Klaren sein, dass die weitere Entgegennahme von Bauleistungen durch den Unternehmer eine anfechtbare Rechtshandlung darstellt, die zu einem Aufrechnungsverbot führt.

In unserem Beispielfall arbeitet das Unternehmen B auch während des vorläufigen Insolvenzverfahrens weiter und erwirtschaftet dadurch weitere Vergütungsansprüche. Insoweit kommt auch jetzt wieder das oben dargestellte Aufrechnungsverbot zur Anwendung. Dies kann Bauherr nicht verhindern, denn spätestens jetzt kann sich A nicht mehr auf Unkenntnis berufen. Die in dieser Phase vom Unternehmer verdiente Vergütung soll der späteren Insolvenzmasse ungeschmälert zukommen. Deshalb darf Bauherr A gegenüber diesen Vergütungsansprüchen nicht mit Mängelansprüchen etc. aufrechnen.

2. Optionen für den Auftraggeber

Auch im vorläufigen Insolvenzverfahren steht der Auftraggeber vor der Frage, ob er den Bauvertrag fortsetzen oder kündigen soll. Die Entscheidungskriterien, die vor dem Insolvenzantrag ausschlaggebend waren, gelten auch im vorläufigen Insolvenzverfahren.

Hat das Gericht – wie im Regelfall – einen schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter eingesetzt, sind alle rechtlich relevanten Erklärungen wie bisher an das Unternehmen (Insolvenzschuldner) zu richten, nicht an den vorläufigen Insolvenzverwalter. Das gilt insbesondere für eine Kündigung, aber auch für Mängelrügen, Fristsetzungen, die Ablehnung der Nacherfüllung sowie Aufrechnungserklärungen.

Nur wenn ausnahmsweise ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde, ist dieser der richtige Adressat solcher Erklärungen. Darüber sollte sich der Auftraggeber vergewissern.

Phase 3: Das eröffnete Insolvenzverfahren

Mit dem Beschluss des zuständigen Insolvenzgerichts, durch den das Insolvenzverfahren eröffnet wird, geht die Verwaltung- und Verfügungsbefugnis endgültig auf den Insolvenzverwalter über. Dieser war meistens im Vorfeld auch als vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt worden. Für die Vertragspartner bzw. Gläubiger hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Folge, dass für alle Fragen der Vertragsabwicklung nur noch der Insolvenzverwalter Ansprechpartner ist. Alle rechtlich relevanten Erklärungen sind ab jetzt nur an ihn – nicht an den Insolvenzschuldner! – zu richten.

I. Position und Aufgaben des Insolvenzverwalters

Im eröffneten Insolvenzverfahren trifft der Insolvenzverwalter u. a. folgende Maßnahmen:

- Er entscheidet, ob unvollendete Baumaßnahmen noch mit Mitteln der Insolvenzmasse weitergeführt bzw. fertiggestellt werden können und ob ggf. Mängelbeseitigung durchgeführt werden soll;
- er zieht offene Forderungen ein und prüft, ob erbrachte Leistungen des Insolvenzschuldners noch abzurechnen sind; bejahendenfalls erstellt er etwa noch erforderliche Schlussrechnungen; ggf. sorgt er für eine Aufmaßnahme und Abnahme;
- er prüft Gegenforderungen der Insolvenzgläubiger, die zur Tabelle angemeldet werden, und macht ggf. Aufrechnungsverbote geltend.

II. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters, § 103 InsO

Auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht der Auftraggeber wieder vor der Entscheidung, ob er an dem Bauvertrag fortsetzen oder kündigen soll. Allerdings muss jetzt ein anderes Rechtsinstitut vorrangig beachtet werden: Das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO):

1. Funktion des Erfüllungswahlrechts

Der Insolvenzverwalter hat im Interesse der Massemehrung im Insolvenzverfahren besondere Ermächtigungen. Während grundsätzlich ein Vertrag beide Vertragsparteien bis zur endgültigen Durchführung bindet, kann nach § 103 Abs. 1 InsO der Insolvenzverwalter einen gegenseitigen Vertrag, der von beiden Teilen noch nicht vollständig erfüllt ist, nach seiner Wahl mit der Wirkung erfüllen, dass er auch von seinem Vertragspartner die Erfüllung verlangen kann. Auf der anderen Seite kann er jedoch nach § 103 Abs. 2 InsO die Erfüllung des Vertrages auch ablehnen. Sein Vertragspartner kann etwaige Forderungen, die ihren Grund in der Nichterfüllung haben, nur zur Insolvenztabelle anmelden.

Die Vorschrift des § 103 InsO gibt dem Insolvenzverwalter ein zur Massemehrung geeignetes Instrument an die Hand. Der Insolvenzverwalter wird im eröffneten Insolvenzverfahren zu prüfen haben, was für die Insolvenzmasse günstiger ist. Gestaltet sich die Durchführung des noch nicht vollständig erfüllten Vertrages aufgrund der mit der Erbringung der ausstehenden Leistung entstehenden Vergütungsansprüche günstig, wird der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählen. Scheut er jedoch die mit der Durchführung des Vertrages entstehenden Kosten, wird er die Erfüllung ablehnen. Das Wahlrecht steht einseitig dem Insolvenzverwalter zu. Der Vertragspartner hat lediglich die Möglichkeit, den Insolvenzverwalter, so er denn nicht aus eigenem Antrieb heraus reagiert, nach § 103 Abs. 2 S. 2 InsO aufzufordern, das Wahlrecht auszuüben. In dem Fall muss sich der Insolvenzverwalter grundsätzlich unverzüglich erklären. Erklärt er sich gleichwohl nicht, gilt gemäß § 103 Abs. 2 S. 3 InsO, dass die Nichterfüllung des Vertrages gewählt wurde.

2. Voraussetzung: Beiderseits nicht vollständig erfüllter Vertrag

§ 103 InsO ist nur anwendbar, wenn der Bauvertrag **von beiden Parteien** noch nicht vollständig erfüllt sein. Hier ist an folgende Konstellationen zu denken:

- Sind einerseits noch Bauleistungen zu erbringen und ist andererseits der Werklohn noch nicht vollständig bezahlt, so ist der Vertrag von beiden Seiten noch nicht erfüllt.
- Der Vertrag ist aus Sicht des Insolvenzverwalters auch dann nicht erfüllt, wenn das Bauwerk zwar fertiggestellt ist, der Auftraggeber aber nur noch wegen Mängeln Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) verlangt. Anders ist es, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer bzw. dem Insolvenzverwalter das Recht zur Nachbesserung von Mängeln zu Unrecht entzogen hat, weil dann der Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers untergeht.
- Behält der Auftraggeber nach Erhalt der Schlussrechnung nur noch einen vereinbarten Sicherheitsbetrag für Mängelansprüche ein, so ist auf seiner Seite der Vertrag allein wegen des Sicherheitseinbehaltes noch nicht erfüllt. Anders ist es, wenn der Insolvenzschuldner den Bareinbehalt durch Gewährleistungsbürgschaft abgelöst hat und der Sicherheitsbetrag ausgezahlt wurde.
- Hat der Auftraggeber mit mangelbedingten Zahlungsansprüchen gegenüber der Restvergütung aus der Schlussrechnung zulässigerweise aufgerechnet, so ist seinerseits Erfüllung eingetreten.

3. Rechtsfolgen der Erfüllungswahl

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, entsteht gewissermaßen ein „neuer Vertrag“ und zwar zwischen der Insolvenzmasse und dem Auftraggeber. Der Auftraggeber bezieht seine Forderungen aus der Insolvenzmasse vorab und ist mit diesen Forderungen nicht auf die Quote verwiesen. Aus Sicht des Schuldners entstehen daher Masseverbindlichkeiten, und zwar auch, wenn der Schuldner mangelhaft den Vertrag erfüllt. Durch Ausübung des Erfüllungswahlrechts erfahren die beiderseitigen Leistungspflichten also einen „Qualitätssprung“.

Aus Sicht des Auftraggebers hat dies folgende Konsequenzen:

- Er kann vom Insolvenzverwalter nunmehr uneingeschränkt Erfüllung des Bauvertrages verlangen. Die Entgegennahme der Bauleistung (einschließlich Mängelbeseitigung) stellt ab jetzt keine anfechtbare Rechtshandlung mehr dar, so dass der Auftraggeber insoweit kein Aufrechnungsverbot befürchten muss.
- Der Auftraggeber kann gegenüber dem Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters unbeschränkt z. B. Mängel des erbrachten Werks geltend machen. Auf Geldzahlung gerichtete Mängelansprüche des Auftraggebers sind keine bloßen Insolvenzforderungen mehr, sondern als Masseverbindlichkeiten vom Insolvenzverwalter unbeschränkt zu erfüllen. Insbesondere ist jetzt die Aufrechnung mit auf Geldzahlung gerichteten Mängelansprüchen ohne weiteres zulässig.

Die vorstehenden Erleichterungen für den Auftragnehmer gelten allerdings nur, soweit die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters reicht. Der Insolvenzverwalter wird den Bauvertrag, soweit er bis zur Insolvenzeröffnung abgewickelt worden ist, unberührt lassen. Er wählt Erfüllung nur im Hinblick auf die Vertragsleistungen, die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht ausgeführt worden sind. Diese wird er mit den Mitteln der Insolvenzmasse erbringen.

Darüber hinaus hat der Insolvenzverwalter die Option, seine Erfüllungswahl auch nur auf einen bestimmten Teil der noch nicht erbrachten Leistungen zu beschränken (§ 105 InsO).

III. Aufrechnungsverbot gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO

Die dargestellte Vorgehensweise des Insolvenzverwalters hat erhebliche Konsequenzen für den Auftraggeber, der bereits vor der Insolvenzeröffnung geldwerte Gegenforderungen erworben hat, etwa wegen Baumängeln oder aus einer Überzahlung. Diese sind, nachdem die Insolvenz eröffnet ist, weiterhin bloße Insolvenzforderungen, erleben also nicht den oben genannten „Qualitätssprung“.

1. Keine Aufrechnung „alt gegen neu“

Daher wird der Auftraggeber überlegen, ob er seine „Altforderungen“ zumindest jetzt gegenüber dem „neuen“ Vergütungsanspruch aufrechnen kann, den der Insolvenzverwalter auf Grund seiner Erfüllungswahl erwirtschaftet. Jedoch kommt an dieser Stelle ein weiteres Aufrechnungsverbot zur Anwendung: Gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist.

Das bedeutet:

- Im Hinblick auf die Altforderungen, die er aus der Abwicklung des Bauvertrages vor der Insolvenzeröffnung erlangt hat, ist der Auftraggeber lediglich „Insolvenzgläubiger“.
- Mit den nach der Erfüllungswahl (neu) erbrachten Teilleistungen erwirtschaftet der Insolvenzverwalter einen Vergütungsanspruch, der auch erst nach der Insolvenzeröffnung fällig wird; mit diesem Vergütungsteil wird der Auftraggeber „etwas zur Insolvenzmasse schuldig“, und zwar nach Insolvenzeröffnung.
- Gegenüber diesem Vergütungsanspruch darf der Auftraggeber seine Altforderungen, die er vor der Insolvenzeröffnung erworben hatte, nicht aufrechnen.

2. Fallbeispiel:

Hierzu dient die Fortsetzung des obigen Fallbeispiels; es illustriert auch die Auswirkungen einer aufgeteilten Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters:

Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte der Auftragnehmer mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters die Fenster und Balkone auch im 3. OG fast fertiggestellt und das 4. OG begonnen.

Es liegen überall Mängel vor. Die Mängelbeseitigungsfristen sind abgelaufen, dem Auftraggeber stehen insoweit Vorschussansprüche und Schadensersatzansprüche zu. Der erreichte Bautenstand lag bei ca. 60 %. Jedoch hatte Bauherr A bereits Abschlagszahlungen im Wert von 85 % der vereinbarten Auftragssumme geleistet.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung, aber nur bezüglich der Stockwerke 5 und 6. Die Fertigstellung der Stockwerke 3 und 4 lehnt er ab, ebenso die Mängelbeseitigung in den Stockwerken 1 bis 4. Daraufhin wird Stockwerk 5 tatsächlich ganz und Stockwerk 6 zur Hälfte fertiggestellt, wiederum mit Mängeln.

Dann fehlen dem Insolvenzverwalter die erforderlichen Mittel, die Arbeiten werden eingestellt. Bauherr A kündigt und lässt die ausstehenden Restarbeiten durch ein Ersatzunternehmen fertigstellen.

Der Insolvenzverwalter erteilt Schlussrechnung und fordert die Vergütung für Stockwerk 5 und das halbfertige Stockwerk 6.

Hier hat Bauherr A folgende Rechte:

- *Die auf Geldzahlung gerichteten Mängelansprüche bezüglich der Stockwerke 1 bis 4 sind bloße Insolvenzforderungen. Sie können gegenüber dem neuen Vergütungsanspruch für die Stockwerke 5 und 6 nicht aufgerechnet werden, da die Stockwerke 1 bis 4 nicht von der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters umfasst sind.*
- *Gleiches gilt für die Rückforderung der Überzahlung (85 % statt 60 %) bis zum Stockwerk 4.*
- *Wegen der unfertigen Stockwerke 3 und 4 steht dem Bauherrn Schadensersatz wegen der Fertigstellungsmehrkosten zu, aber auch nur als bloße Insolvenzforderung. Diese Forderung kann er gegenüber dem neuen Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters nicht aufrechnen. Es gilt auch hier das Aufrechnungsverbot für die Altforderungen.*
- *Wegen der Mängel in Stockwerk 5 und 6 kann der Auftraggeber seine geldwerten Ansprüche zur Aufrechnung stellen. Es sind Masseverbindlichkeiten, die durch die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters begründet worden sind. Sie bleiben von dem Aufrechnungsverbot unberührt.*
- *Gleiches gilt für die Fertigstellungsmehrkosten, die für das Stockwerk 6 entstehen, da der Insolvenzverwalter auch für dieses Erfüllung gewählt hatte.*

IV. Erfüllungsablehnung und Kündigung

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ganz oder teilweise ab, so entsteht für den Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch wegen des nicht erfüllten Teils des Vertrages (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Anspruch umfasst typischerweise die Mängelbeseitigungskosten und die Restfertigstellungsmehrkosten, die dem Auftraggeber unweigerlich entstehen.

Nach der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter bleibt der Vertrag theoretisch in der Schwebe. Der Auftraggeber kann freilich auch jetzt kündigen. Danach verbleiben ihm grundsätzlich die gleichen Ansprüche wie nach der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters, nämlich Schadensersatz wegen Mängeln und Restfertigstellungsmehrkosten.

Wechselseitige Erfüllungsansprüche oder Zurückbehaltungsrechte existieren in dieser Situation nicht mehr. Zwischen den Parteien besteht nur noch ein „Abrechnungsverhältnis“. Es werden nur die beiderseitigen Zahlungsansprüche einander gegenübergestellt. Diese werden allerdings nicht einfach verrechnet und saldiert, wie man aus dem Begriff Abrechnungsverhältnis schließen könnte. Die Positionen werden wechselseitig gegeneinander aufgerechnet, freilich nur, soweit nicht Aufrechnungsverbote entgegenstehen.

Essen, den 20. Mai 2016

Matthias Janitz

Markus van Marwyk