

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis _____	17
Literaturverzeichnis _____	21
Einleitung _____	47
Teil 1: Die für den Auftraggeber in der Insolvenz des Auftragnehmers relevanten Sicherungs- und Vertragslösungsrechte des BGB und der VOB/B _	55
A. Die Sicherungsrechte des BGB _____	55
B. Die Sicherungsrechte der VOB/B _____	56
C. Die Vertragslösungsrechte des BGB _____	56
D. Die Vertragslösungsrechte der VOB/B _____	57
I. Die Kündigung gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B _____	58
1. Die einzelnen Kündigungstatbestände des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B _____	59
a) Zahlungseinstellung _____	59
b) Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens _____	59
c) Verfahrenseröffnung _____	60
d) Ablehnung der Verfahrenseröffnung mangels Masse _____	60
2. Rechtsfolgen der Kündigung _____	61
a) Vergütungsanspruch des Auftragnehmers _____	61
b) Schadensersatzanspruch des Auftraggebers _____	63
II. Die Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B _____	64
E. Die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Sicherungsrechte und Vertragslösungsrechte der VOB/B _____	64
I. Materiell-rechtliche Wirksamkeit des § 17 VOB/B _____	66
II. Materiell-rechtliche Wirksamkeit des § 8 Nr. 2 VOB/B _____	67
1. Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB bezüglich der Lösungsklausel gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B _____	68
2. Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB bezüglich der Abwicklungsvereinbarung des § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B _____	68
3. Verstoß der Vergütungsvereinbarung des § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB _____	72

a) Uneingeschränkte Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung	72
b) Eingeschränkte Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung	73
c) Stellungnahme	73
4. Verstoß der Einräumung eines Schadensersatzanspruches gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VOB/B gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	76
III. Materiell-rechtliche Wirksamkeit des § 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B	76
1. Materiell-rechtliche Wirksamkeit der Lösungsklausel gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B	76
2. Materiell-rechtliche Wirksamkeit der Abwicklungsvereinbarung gemäß § 8 Nr. 3, Nr. 6 VOB/B	77
IV. Privilegierung der VOB/B	78
1. Die Privilegierungsrechtsprechung des BGH	79
a) Kernbereichslehre des BGH	80
b) Aufhebung des Kriteriums „Eingriff in den Kernbereich“	81
c) Die Einschränkung der Privilegierung der VOB/B zugunsten des Verbrauchers	83
2. Konsequenzen der Privilegierung der VOB/B	85
3. Privilegierung der VOB/B bereits nach alter Rechtslage	88
a) Privilegierung der VOB/B unter der Geltung des AGB-Gesetzes	89
aa) Argumente gegen die Privilegierung der VOB/B	89
bb) Argumente für die Privilegierung der VOB/B	90
cc) Stellungnahme	91
(1) Gesamtbetrachtung	91
(a) Grundlage der Privilegierung	93
(b) Vereinbarkeit mit § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG a.F.	94
(aa) Grammatische Auslegung	95
(bb) Historische Auslegung	96
(cc) Systematische Auslegung	97
(dd) Teleologische Auslegung	97
(α) Entstehungsgeschichte des DVA	99
(β) Aufgabe und Funktion des DVA	101
(2) Ausgewogenheit der VOB/B	102
b) Privilegierung der VOB/B nach der Schuldrechtsreform	103
aa) Die Gesetzesbegründung zu § 308 Nr. 5 BGB	104
(1) Standortänderung der Privilegierung	104
(2) Nichtaufnahme der Gesamtprivilegierung	105

(3) Erreichung des gesetzgeberischen Zieles durch eine Gesamtprivilegierung _____	105
bb) Verweisung auf die VOB/B _____	107
F. Verhältnis der Sicherungs- und Vertragslösungsrechte des BGB und der VOB/B zueinander _____	109

Teil 2: Die Bedeutung und Behandlung der für den Auftraggeber in der
Insolvenz des Auftragnehmers relevanten Sicherungsrechte der VOB/B
und des BGB _____ 111

A. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf die gegenseitigen Erfül- lungsansprüche des Auftraggebers und des Auftragnehmers _____	112
I. Frühere Rechtsprechung _____	113
II. Erlöschenstheorie _____	114
III. Suspensivtheorie _____	114
IV. Kritische Würdigung _____	115
V. Anwendung der Suspensivtheorie bei einem Bauvertrag _____	120
1. Teilbarkeit einer von dem Auftragnehmer erbrachten Bauleis- tung _____	121
a) Teilbarkeit einer Bauleistung _____	121
b) Unteilbarkeit einer Bauleistung _____	122
c) Stellungnahme _____	122
2. Teilbarkeit einer von dem Auftraggeber erbrachten Leistung _____	123
B. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters auf den Erfüllungsanspruch des Auftraggebers betreffend die noch nicht ausgeführte Bauleistung _____	125
C. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters betreffend Schadensersatzansprüche des Auf- traggebers wegen Verzuges des Auftragnehmers _____	126
I. Schwebezustand aufgrund der Überlegungsfrist des Insolvenz- verwalters betreffend die Entscheidung für oder gegen die weitere Erfüllung des Bauvertrages _____	127
1. Zeitlicher Rahmen des § 160 Abs. 1 InsO _____	128
2. Zeitlicher Rahmen des § 107 Abs. 2 InsO analog _____	128
3. Kriterien bei der Bemessung der Überlegungsfrist _____	130
II. Schadensrisiko des Auftraggebers aufgrund der Verfahrenseröff- nung und der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters _____	131
III. Berücksichtigung von Ansprüchen des Auftraggebers auf Ersatz der anlässlich der Verfahrenseröffnung entstandenen Verzugs- schäden _____	132
1. Bürgerlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch _____	133

2. Insolvenzzrechtlicher Ausgleichsanspruch _____	133
3. Stellungnahme _____	135
a) Möglichkeit des Verzugsseintrittes nach Verfahrenseröffnung _____	136
aa) Nichterfüllung einer fälligen Leistung des Insolvenzschuldners _____	136
bb) Keine Unmöglichkeit der Leistung _____	136
cc) Kein materielles Leistungsverweigerungsrecht wegen § 89 InsO _____	137
dd) Kein materielles Leistungsverweigerungsrecht wegen § 87 InsO _____	138
ee) Kein materielles Leistungsverweigerungsrecht aufgrund der Verfahrenseröffnung _____	139
ff) Nachfristsetzung gegenüber dem Insolvenzschuldner _____	139
b) Wertungswiderspruch zu § 45 S. 1 InsO _____	140
c) Wertungswiderspruch zu § 104 Abs. 3 InsO _____	141
d) Wertungswiderspruch zu § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO _____	143
e) Wertungswiderspruch zu §§ 38, 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 InsO _____	144
D. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters auf Ansprüche des Auftraggebers wegen mangelhafter Leistung des Auftragnehmers _____	149
I. Berücksichtigung von Ansprüchen wegen bei Verfahrenseröffnung vorhandener und bekannter Mängel _____	149
II. Berücksichtigung von Ansprüchen wegen später auftretender Mängel _____	150
E. Berechnung der Höhe der Forderung wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 InsO _____	152
F. Berücksichtigung des Vergütungsanspruches für die bereits erbrachte Teilleistung des Auftragnehmers _____	153
I. Verrechnung oder Aufrechnung? _____	154
1. Behandlung unter Geltung der Konkursordnung _____	155
2. Behandlung seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung _____	156
a) Vergütungsanspruch als unselbstständiger Rechnungsposten _____	157
b) Vergütungsanspruch als selbstständiger Anspruch _____	158
c) Stellungnahme _____	159
II. Aufrechnungsverbot gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 InsO _____	161
1. Fälligkeit der Forderung wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 InsO _____	161
2. Fälligkeit des Teilvergütungsanspruches _____	162

3. Annahme einer aufschiebend bedingten Forderung wegen Nichterfüllung _____	164
4. Teleologische Reduktion des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO _____	165
a) Synallagmatische Verbundenheit zwischen dem Teilvergütungsanspruch und Mängelansprüchen _____	166
b) Synallagmatische Verbundenheit zwischen dem Teilvergütungsanspruch und dem Anspruch auf Ersatz von Restfertigungsmehrkosten _____	166
c) Kritische Würdigung der teleologischen Reduktion des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO _____	167
G. Erfüllungssicherheiten _____	172
I. Umfang der Erfüllungssicherheit _____	172
II. Der Sicherheitseinbehalt _____	174
1. Die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht einbehaltene Sicherheit _____	175
a) Sicherheitseinbehalt als Fälligkeitsabrede _____	175
b) Sicherheitseinbehalt als Verrechnungsmöglichkeit _____	175
c) Stellungnahme _____	176
d) Insolvenzfestigkeit des Sicherheitseinbehaltes als Zurückbehaltungsrecht _____	177
aa) Insolvenzfestigkeit des Zurückbehaltungsrechtes nach der Insolvenzordnung _____	177
bb) Die Bindung des Insolvenzverwalters an vertragliche Abreden _____	180
e) Keine Realisierung des Anspruches auf Leistung des Sicherheitseinbehaltes durch Aufrechnung gegen den Teilvergütungsanspruch _____	181
2. Die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits einbehaltene Sicherheit _____	182
a) Verwertungsbefugnis auf der Grundlage der Insolvenzfestigkeit eines Zurückbehaltungsrechtes _____	183
b) Gemeinschaftskonto/Einzelkonto bei Kontoinhaberschaft des Auftraggebers _____	183
c) Einzelkonto bei Kontoinhaberschaft des Auftragnehmers _____	184
III. Die Hinterlegung der Sicherheitsleistung _____	186
IV. Die Vertragserfüllungsbürgschaft _____	187
H. Mängelsicherheiten _____	188
I. Der Sicherheitseinbehalt _____	189
II. Die Hinterlegung der Sicherheitsleistung und Mängelbürgschaften _____	189

I. Sicherheiten für Ansprüche des Auftraggebers wegen Überzahlung des Auftragnehmers _____	190
J. Sicherung der Forderung wegen Nichterfüllung gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 InsO durch eine Abschlags- oder Vorauszahlungssicherheit _____	191
Teil 3: Die Bedeutung und Behandlung der für den Auftraggeber in der Insolvenz des Auftragnehmers relevanten Vertragslösungsrechte der VOB/B und des BGB _____	
A. Schadensrisiko des Auftraggebers während des Schwebezustandes ____	194
B. Folgen der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters _____	195
I. Überschreitung von Vertragsfristen _____	195
II. Unzulässigkeit der Aufrechnung im Anwendungsbereich des § 103 InsO _____	196
III. Unzulässigkeit der Aufrechnung im Anwendungsbereich des § 105 InsO _____	198
IV. Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse _____	198
C. Die Vertragslösungsrechte der VOB/B _____	199
I. Die Kündigung gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B _____	199
1. Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 119 InsO auf § 8 Nr. 2 VOB/B _____	202
a) Umfang des Verbotes nach der Art der Beeinträchtigung ____	203
aa) Grammatische Auslegung _____	204
bb) Historische Auslegung _____	204
cc) Systematische Auslegung _____	207
dd) Teleologische Auslegung _____	208
b) Umfang des Verbotes nach dem inhaltlichen Anknüpfungspunkt der Lösungsklausel _____	209
c) Umfang des Verbotes nach dem zeitlichen Anknüpfungspunkt der Lösungsklausel _____	210
aa) Zahlungseinstellung _____	210
bb) Stellung des Insolvenzantrages _____	211
(1) Grammatische Auslegung _____	211
(2) Historische Auslegung _____	212
(3) Systematische Auslegung _____	213
(4) Teleologische Auslegung _____	214
cc) Eröffnung des Insolvenzverfahrens _____	215
dd) Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse _____	215
2. Kollision der Einräumung des Kündigungsrechtes gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B mit §§ 103, 119 InsO _____	215

a)	Behandlung in der Rechtsprechung _____	217
aa)	Die Entscheidung des BGH vom 26. September 1985 ____	217
bb)	Die Entscheidung des BGH vom 11. November 1993 ____	218
cc)	Die Entscheidung des BGH vom 27. Mai 2003 _____	220
dd)	Die Entscheidung des BGH vom 26. November 2003 ____	220
ee)	Die Entscheidung des OLG Celle vom 14. Dezember 1984 _____	221
ff)	Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 6. Septem- ber 2006 _____	221
b)	Behandlung in der Literatur _____	222
c)	Kritische Würdigung _____	225
3.	Kollision der Abwicklungsvereinbarung gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B mit §§ 103, 119 InsO _____	227
a)	Beeinträchtigung des § 103 InsO durch § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B _____	229
b)	Beeinträchtigung des § 103 InsO durch § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VOB/B _____	231
aa)	Aufrechnung gegen den Teilvergütungsanspruch des In- solvenzverwalters bei Kündigung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens _____	232
bb)	Aufrechnung gegen den Teilvergütungsanspruch des In- solvenzverwalters bei Kündigung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens _____	232
4.	Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit des Kündigungsrechtes ge- mäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B _____	234
5.	Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der Abwicklungsvereinba- rung gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B _____	237
a)	Anfechtbarkeit der Vergütungsregelung des § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/B _____	238
b)	Anfechtbarkeit der Einräumung eines Schadensersatzan- spruches gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 S. 2 VOB/B _____	240
II.	Die Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B _____	240
1.	Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen in der Insolvenz des Auftragnehmers _____	242
a)	Verzugseintritt und Ablauf der Nachfrist im Eröffnungsver- fahren _____	243
b)	Verzugseintritt und Ablauf der Nachfrist nach Verfahrenser- öffnung _____	243

c) Verzögerung mit dem Beginn der Bauausführung oder Überschreitung von Ausführungsfristen bezüglich einzelner Teilleistungen _____	244
2. Kollision der Einräumung des Kündigungsrechtes und der Abwicklungsvereinbarung gemäß § 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B mit §§ 103, 119 InsO _____	244
3. Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit des Kündigungsrechtes gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B und der Abwicklungsvereinbarung gemäß § 8 Nr. 3, Nr. 6 VOB/B _____	246
4. Rechtsfolgen einer Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B im Insolvenzverfahren _____	247
a) Kündigung vor der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters _____	247
b) Kündigung nach der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters _____	248
c) Kündigung nach der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bei Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen vor dem Kündigungszeitpunkt _____	248
D. Die Vertragslösungsrechte des BGB _____	249
I. Die Anfechtung gemäß §§ 119 Abs. 1 und 2, 123 Abs. 1 BGB _____	250
II. Die freie Kündigung gemäß § 649 BGB _____	252
III. Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB analog _____	253
IV. Die Kündigung wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB _____	254
V. Der Rücktritt _____	255
VI. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1, 282, 283 BGB _____	257
 Teil 4: Die für den Auftraggeber in der Insolvenz des Auftragnehmers relevanten Sicherungs- und Vertragslösungsrechte der VOB/B und des BGB in der Vertragsgestaltung _____	259
A. Sicherungsrechte _____	259
I. Formulierungsvorschlag für eine Klausel betreffend eine Vertragserfüllungs- und Mängelbürgschaft _____	260
1. Sicherungsumfang _____	261
2. Höhe der Sicherheitsleistung _____	263
3. Fälligkeit der Sicherheitsleistung _____	263
4. Eintritt des Sicherungsfalles _____	263
5. Rückgabe der Sicherheitsleistung _____	264
6. Einforderung der Sicherheitsleistung _____	266

II. Andere Sicherungsmittel _____	267
B. Vertragslösungsrechte _____	269
I. VOB-Vertrag _____	269
II. BGB-Vertrag _____	272
1. Formulierungsvorschlag für eine Kündigungsklausel _____	272
2. Die Kündigungstatbestände _____	273
3. Die Rechtsfolgen der Kündigung _____	274
Ergebnis _____	277