

Cathérine Hinger

Die Bauunternehmerinsolvenz

Die Sicherungs- und Vertragslösungsrechte
zum Schutz der Vermögensinteressen
des privaten Auftraggebers im Kontext
von § 103 InsO

**Studien zum
deutschen und europäischen
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**

15

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 _____ | |
| A. Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf die gegenseitigen Erfüllungsansprüche 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 Bauleistung _____ | 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 Auftraggebers wegen Verzuges des Auftragnehmers _____ | 126 |
| I. Schwebezustand aufgrund der Überlegungsfrist des Insolvenzverwalters 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 Verfahrenseröffnung und der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters _____ | 131 |
| III. Berücksichtigung von Ansprüchen des Auftraggebers auf Ersatz der anlässlich der Verfahrenseröffnung entstandenen Verzugschäden _____ | 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 |