

Dr. Claus Schmitz

KRAUS, SIENZ & PARTNER

Rechtsanwälte

Dr. h. c. Steffen Kraus

Christian Sienz

Christof Wagner

Thomas Schabel

Dr. Claus Schmitz M.A.

Bernhard Stolz

Dr. A. Olrik Vogel

Dr. Philipp Kraus

Heimeranstraße 35

80339 München

Telefon: 089/179 09 80

Telefax: 089/179 09 820

E-Mail: schmitz@raekraus.de

**Herausforderungen in Bauinsolvenzen
(NIVD-Jahrestagung, Berlin, 06.09.2013)**

A. Unwirksamkeit von § 8 Abs. 2 VOB/B (§§ 134 BGB, 103, 119 InsO)

I. BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11

1. Übertragbarkeit auf § 8 Abs. 2 VOB/B

- a) § 8 Abs. 2 VOB/B ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel im Sinn von Rn. 9 des Urteils.
- b) § 8 Abs. 2 VOB/B unterläuft das dem Insolvenzverwalter zustehende Wahlrecht (Rn. 17 ff. des Urteils), da er eine außerordentliche Kündigung ab Insolvenzantrag und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglicht, aber auch insoweit, als er diese nach Zahlungseinstellung zulässt (unklar Rn. 19 des Urteils, aber so Rn. 9 des Urteils i.V.m. dem dort zitierten Urteil des BGH vom 27.05.2003 – IX ZR 51/02; ebenso wohl Kayser, ZIP 2013, 1353, 1361).
- c) Ausdrückliche Abgrenzung des IX. Zivilsenats zu BGH, Urteil vom 26.09.1985 – VII ZR 19/85 (in Rn. 9 des Urteils zitiert; das Urteil aus dem Jahr 1985 bejahte unter Geltung von § 17 KO die Wirksamkeit von [damals] § 8 Nr. 2 VOB/B).

2. Gegenargumente

- a) Bedeutung des Urteils nur für Schuldverhältnisse, die auf eine fortlaufende Lieferung von Waren, Energie usw. gerichtet sind (sybillinisch Kayser, ZIP 2013, 1353, 1362).
- b) Grundsatz der Vertragsfreiheit (Huber, ZIP 2013, 493, 497 f., 499 f.).
- c) Praktische Bedürfnisse des Bestellers, insbesondere Interesse an zügiger Baustellenfortführung.
- d) Rechtfertigung der Klausel des § 8 Abs. 2 VOB/B durch jederzeitiges Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 649 BGB (zur Bedeutung einer gesetzlichen Sonderregelung, der eine Klausel ihrem Regelungsgehalt gemäß im wesentlichen

entspricht, Rn. 16 des Urteils) (Wellensiek/Scharfenberg, DZWIR 2013, 317; Schmidt, NJW-Spezial 2013, 492 f.).

Aber: § 649 BGB enthält eine andere, für den Unternehmer günstige Rechtsfolge, so dass § 8 Abs. 2 VOB/B wegen seiner Nr. 2 Satz 2 nicht dem Regelungsinhalt des Gesetzes entspricht (alternativer Ansatz [Schmidt, ebendort]: Kündigungsrecht insolvenzrechtlich nicht angreifbar, aber die für den Unternehmer negative Rechtsfolge des § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B hält unter Umständen einer etwa gebotenen AGB-Inhaltskontrolle nicht stand).

3. Fazit

Bessere Gründe sprechen für die Unwirksamkeit der 1.-3. Alternative des § 8 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Nr. 2 VOB/B.

II. Folgen

1. Gestärkte Position des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, da ihm nicht die sofortige Kündigung ("mit [Eigen-]Insolvenzantrag") von laufenden Bauverträgen droht.

2. "Altfälle"

a) Behandlung einer auf § 8 Abs. 2 VOB/B gestützten Kündigung als freie Kündigung im Sinne von § 649 BGB (Umdeutung, dazu BGH, Urteil vom 24.07.2003 – VII ZR 218/02; im übrigen ergibt sich dieselbe Rechtsfolge im Fall des Weiterbaus durch den Besteller aus § 326 Abs. 2 BGB).

Aber: Besteller kann andere Gründe nachschieben, die zum damaligen Zeitpunkt die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt hätten.

b) Abwehr von auf § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B gestützten Ansprüchen von Bestellern auf Ersatz von Restfertigstellungsmehrkosten durch einen Vertragserfüllungsbürgen.

B. Abwehr von Bürgschaftsinanspruchnahmen durch den Insolvenzverwalter

I. Bürge ohne die Insolvenzmasse beeinträchtigende Absicherung seiner Rückgriffsansprüche

1. Bürge ist ebenso wie Bürgschaftsgläubiger einfacher Insolvenzgläubiger (bloßer Insolvenzgläubigerwechsel bei Zahlung des Bürgen an Bürgschaftsgläubiger).
2. Allenfalls nobile officium zur kostenneutralen Unterstützung/Ermöglichung des Zugriffs auf Informationen des Insolvenzschuldners gegenüber dem Bürgen.

II. Bürge mit die Insolvenzmasse beeinträchtigender Absicherung seiner Rückgriffsansprüche

1. Grundsatz: Aktivitäten des Insolvenzverwalters im Interesse der Insolvenzmasse erforderlich.
2. Handlungsmöglichkeiten für den Insolvenzverwalter und deren Risiken.
 - a) Inhaltskontrolle einer AGB-Sicherungsabrede im Bauvertrag (§§ 768 Abs. 1 Satz 1, 812 Abs. 1 BGB) (Details etwa bei Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, IBR-Reihe [www.ibr-online.de], Stand 30.12.2012, Rn. 74 ff.).
 - b) Juristische Prüfung des Bürgschaftsumfangs (auch: Befristungen, Bedingungen usw.).
 - c) Mangelbeseitigung durch Beauftragung von geeigneten Unternehmern.

Risiko: an Dritte zu zahlende Kosten; Fehlschlagen der Mangelbeseitigung und erheblicher Aufwand über längere Zeit bis zur nachhaltigen Mangelbeseitigung; vermutlich Begründung einer Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

- d) Mangelbeseitigung durch bisher für den Insolvenzschuldner tätige, noch in der Mängelhaftung stehende (Nach-)Unternehmer, denen der Insolvenzschuldner vollständig den Werklohn bezahlt hatte.

Risiko: Wie B.II.2 c (abgesehen von Zahlungen an Unternehmer).

- e) Tatsächliche Bewertung der Mangelbehauptungen durch **qualifizierte** (ehemalige) Mitarbeiter des Insolvenzschuldners oder externe Sachverständige sowie juristische Bewertung, ob ein Mangel vorliegt (Vertragsauslegung; etwaige spätere Einwirkungen des Bestellers: Darlegungs- und Beweislast usw.).
- f) Insolvenzanfechtung der Bürgschaftsstellung (Wirkung zugunsten des Bürgen über § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Hauptproblem: Gläubigerbenachteiligung (Schmitz, Die Bauinsolvenz, 5. Aufl., Rn. 886 ff.).

- 3. Exkurs: Nur Teilabsicherung des Bürgen im Hinblick auf das gesamte von ihm übernommene Risiko.

4. Risikobegrenzung

- a) Vereinbarung mit dem Besteller über – begrenzten – Umfang/Art der Mängelbeseitigungsarbeiten und im Gegenzug bestehende Verpflichtung des Bestellers, Bürgschaft nach Abschluss der Arbeiten (ggf. teilweise) zu enthaften.

Aber: Nicht "Arbeiten", sondern werkvertraglicher Erfolg = nachhaltige Mängelbeseitigung von Unternehmer/Insolvenzschuldner geschuldet.

- b) Vereinbarungen mit dem Bürgen über (ggf. anteilige) Rückerstattung der vom Insolvenzverwalter aufgewendeten Kosten, falls letztlich keine Deckung durch insoweit zugunsten der Insolvenzmasse frei werdende/nicht beanspruchte Sicherheiten möglich ist.

C. Reichweite einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters im Hinblick auf Mängel des von dem Insolvenzschuldner bereits erstellten Teilwerks

I. §§ 103, 105 Satz 1 InsO

Erfüllungswahl umfasst nur die ausstehende Restleistung.

II. Mängel des bis zur Erfüllungswahl vom Insolvenzschuldner erstellten Teilwerks

1. Exkurs: (äußerst unsichere) Abgrenzung Restleistung/Mängel im werkvertraglichen Sinn.
2. Pflichten des Insolvenzverwalters nach Erfüllungswahl
 - a) Eine Auffassung: Mängel des Teilwerks von der Erfüllungswahl nicht erfasst; Schutz des Bestellers durch Aufrechnung gegen **insoweit** noch nicht bezahlten Werklohn und/oder durch Sicherheiten (Schmitz, Die Bauinsolvenz, aaO, Rn. 277 ff.).
 - b) Andere Auffassung: einheitliche Erfüllungswahl, die auch Mängel des Teilwerks umfasst (Kreft, Festschrift Uhlenbruck, 387, 399).
 - c) Fazit:
 - (1) Gerichtsentscheidungen zu diesem Problemkreis sind mir nicht bekannt.
 - (2) Auffassung gemäß oben C.II.2 a erscheint vorzugswürdig (Wertungen der §§ 103, 105 Satz 1 InsO; Vermeidung unangemessener Begünstigung des Bestellers, der im Hinblick auf bereits geleistete Zahlungen wegen Mängeln reiner Insolvenzgläubiger ist; Parallelbetrachtung zur Kündigung eines Bauvertrags jenseits der Insolvenz und Fortführung durch einen anderen Unternehmer).

- (3) Risiko: Bedenkenhinweispflicht des fortführenden Insolvenzverwalters gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B hinsichtlich der bereits dem Teilwerk anhaftenden Mängel.
- (4) Empfehlung: Risikobegrenzung durch Klarstellungen in einer Restabwicklungsvereinbarung des Insolvenzverwalters mit dem Besteller.