

# Bauinsolvenzrecht

Grundlagen, Rechtsschutz,  
Forderungsdurchsetzung

von

**Dr. Stefan Matthies**

Rechtsanwalt bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2015



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	V
<b>Literaturverzeichnis</b>	XV
<b>1. Kapitel. Grundlagen</b>	1
§ 1 Grundzüge des Insolvenzrechts	1
I. Einführung	1
II. Begrifflichkeiten	2
1. Bauinsolvenzrecht	2
2. Bauvertrag	2
3. Insolvenzschuldner	3
4. Insolvenzgläubiger	3
5. Auftraggeber/Auftragnehmer	4
6. Krise	4
7. Sonstiges	6
III. Insolvenzrechtliche Grundlagen	6
1. Formelle/Materielle Insolvenz	6
a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)	6
b) Überschuldung (§ 19 InsO)	7
2. Ziele des Insolvenzverfahrens	8
3. Wirkungen des Insolvenzrechts	9
4. Verfahrensarten der InsO	10
a) Regelverfahren	10
b) Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung	11
c) Schutzschirmverfahren	12
d) Verbraucher- bzw. Kleinverfahren	13
5. Reorganisation/Sanierung	13
6. Das Amt des Insolvenzverwalters	13
7. Beschlüsse des Insolvenzgerichts	15
a) Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit einem „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter	15
b) Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter	16
c) Anordnung der Insolvenzverfahrenseröffnung	16
§ 2 Schnittstellen des Insolvenzrechts zum Bauvertragsrecht	18
I. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung	18
II. Schnittstellen zwischen Baurecht und Insolvenzrecht	19
1. Bei Abschluss des Bauvertrages	19
2. Bei Eintritt der materiellen Insolvenz	20
3. Bei einem Antrag auf Verfahrenseröffnung (Eröffnungsverfahren)	21
4. Bei Insolvenzverfahrenseröffnung	21
5. „Nachwirkungen“ des Insolvenzverfahrens	22
<b>2. Kapitel. Krise und Eröffnungsverfahren</b>	23
§ 3 Das Schicksal des Bauvertrages (Kündigungsrechte)	23
I. Grundsätzliche und allgemeine Fragestellungen	23
I. I. Kündigung durch den Auftraggeber bei Insolvenz des Auftragnehmers	23
1. AGB-rechtliche Wirksamkeit	24

# Inhaltsverzeichnis

2. (Un-)Vereinbarkeit mit § 119 InsO	25
a) Insolvenzunabhängige Kündigungsgründe	25
b) Insolvenzunabhängige Kündigungsgründe	26
c) Wirksamkeit des § 8 Abs. 2 VOB/B?	27
d) Fazit für den Auftraggeber	29
III. Kündigung durch den Auftragnehmer	29
IV. Anfechtbarkeit der Kündigungserklärung	31
§ 4 Gefahrenlage spätere Insolvenzanfechtung	32
I. Gründe für die Insolvenzanfechtung	32
II. Typische Fragestellungen	32
1. In der Insolvenz des Auftraggebers	32
2. In der Insolvenz des Auftragnehmers	33
III. Grundlagen zur Insolvenzanfechtung	33
1. Rechtshandlung	33
2. Objektive Gläubigerbenachteiligung	34
3. Inkongruenz	35
a) „Nicht zu beanspruchen“ – Beispiel: Abschlagszahlungen	35
b) „Nicht in der Art zu beanspruchen“ – Beispiel: Direktzahlung	36
c) „Nicht zu der Zeit zu beanspruchen“ – Beispiel: Vorfällige Zahlung	36
4. Kongruenz	36
5. Rechtsfolge und Verjährung	37
IV. Insbesondere: Anfechtungsrisiken bei der Stellung von Sicherheiten (insbesondere Bürgschaften)	38
1. Praktische Relevanz	38
2. Mögliche anfechtbare Rechtshandlungen	38
3. Anfechtungsgegner	39
4. Zusammenfassende Bewertung	40
a) Sicherheitenstellung/Sicherungsabrede	40
b) Zahlung des Bürgen vor Insolvenzverfahrenseröffnung	40
c) Zahlung des Bürgen nach Insolvenzverfahrenseröffnung	40
§ 5 Krise des Auftraggebers	41
I. Zahlungen – Anfechtbarkeitsrisiken des Auftraggebers	41
1. Zahlungen des Auftraggebers	41
a) Inkongruenzanfechtung	41
b) Kongruenzanfechtung	42
c) Bargeschäft	43
2. Zahlungen mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters	43
II. Sicherheiten	44
1. Wichtig: Vereinbarung der Sicherheit im Bauvertrag	44
2. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB)	44
3. Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB)	44
4. Spezialfall: Aussonderung der Mängelhaftungsbürgschaft bei späterer Insolvenzverfahrenseröffnung	45
§ 6 Krise des Auftragnehmers	45
I. Anfechtbarkeit von Vergleichen	45
1. Problemstellung	45
2. Anfechtbarkeit von Vereinbarungen in der Krise	46
3. Gestaltungsmöglichkeiten	46
a) Vermeidung einer „unentgeltlichen Leistung“	46
b) Vermeidung einer Inkongruenz	47
c) Fazit	48
II. Werthaltigmachen von Forderungen	49
1. Entgegennahme von Bauleistungen nach Antragstellung	49
2. Umfang der Benachteiligung	50

III. Mängelrechte des Auftraggebers .....	51
1. Vorab: Die Wirkung der Insolvenz auf den (Bau-)Vertrag .....	51
2. Die einzelnen Mängelrechte des Auftraggebers .....	52
3. Grundlagen zur Aufrechnungsbefugnis in der Insolvenz .....	52
a) Regelungssystematik .....	52
b) Voraussetzungen des § 94 InsO .....	53
c) Die Aufrechnungsverbote nach § 96 InsO .....	53
aa) Entstehung der Hauptforderung nach Insolvenzeröffnung (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO) .....	54
bb) Erwerb der Gegenforderung nach Insolvenzeröffnung (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO) .....	55
cc) Anfechtbare Herbeiführung der Aufrechnungslage (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) .....	56
d) „Aufrechnungsprivilegierung“ durch § 95 Abs. 1 S. 3 InsO .....	57
e) Zusammenfassende Bewertung für die Mängelrechte .....	58
IV. Verzugsschadenersatz und Vertragsstrafen .....	59
V. Direktzahlungen .....	60
1. Rechtliche Probleme in den einzelnen Leistungsbeziehungen .....	60
a) Beendigung des Nachunternehmervertrages .....	60
b) Unmöglichkeit der doppelten Leistungspflicht .....	61
c) Risiko der Mehrbelastung für den Auftraggeber .....	62
d) Folgen nach Verfahrenseröffnung .....	62
2. Rechtliche Bewertung .....	62
a) Zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	62
b) Insolvenzanfechtungsrisiken .....	63
3. Gestaltungsmöglichkeiten .....	64
a) Dreiseitige Vereinbarung .....	64
b) Vertragsübernahme/Auftragsübertragung .....	65
VI. Sicherheiten .....	66
1. Sicherheitseinbehalte und Mängel einbehalte .....	66
2. Vertragserfüllungsbürgschaft .....	68
3. Mängelhaftungsbürgschaft .....	68
4. Vorauszahlungsbürgschaft .....	68
<b>3. Kapitel. Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....</b>	<b>69</b>
§ 7 Die Wirkungen der Verfahrenseröffnung (Überblick) .....	69
I. Materiell-rechtliche Folgen .....	69
II. Prozessuale Folgen .....	69
III. Auskunfts- und Mitwirkungspflichten .....	70
IV. Berufsrechtliche Folgen .....	70
V. Gesellschaftsrechtliche Folgen .....	71
§ 8 Das Schicksal des Bauvertrages .....	71
I. Allgemeines .....	71
II. Anwendbarkeit der §§ 103 ff. InsO .....	72
III. „Vertragsspaltung“ und Folgen für Abtretung, Aufrechnung und Zurück- behaltungsrechte .....	73
IV. Erfüllungswahl und Aufforderung zur Wahlrechtsausübung .....	74
1. Problemlage .....	74
2. Aufforderung zur „unverzöglichen“ Ausübung des Wahlrechts .....	75
3. Ausübung der Erfüllungswahl .....	76
§ 9 Insolvenz des Auftragnehmers .....	76
I. Allgemeines .....	76
II. Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters .....	77
1. Kein Leistungsaustausch bei Insolvenzeröffnung .....	77
2. Leistungsgleichstand und Leistungsbewertung .....	77

# Inhaltsverzeichnis

a) Bewertungsgrundsätze .....	78
b) Bewertung beim Einheitspreisvertrag .....	78
c) Bewertung beim Pauschalvertrag .....	78
3. Mangelhafte Teilleistungen und Mängelansprüche des Auftraggebers .....	80
a) Anspruch des Auftraggebers auf mangelfreie Werkerrichtung .....	80
b) Erfasst Erfüllungswahl auch versteckte Mängel? .....	81
c) Der Werklohnanspruch der Masse .....	81
d) Der Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns .....	82
4. Leistungsüberschuss Auftraggeber .....	83
5. Leistungsüberschuss Auftragnehmer .....	84
III. Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter .....	84
1. Grundsätzliches .....	84
2. Kein Leistungsaustausch bei Insolvenzverfahrenseröffnung .....	85
a) Schadensersatz („Forderung wegen Nichterfüllung“) .....	85
b) Aufrechnungsrecht des Auftraggebers .....	85
3. Leistungsgleichstand .....	87
4. Mangelhafte Teilleistungen .....	87
a) Anspruch des Auftraggebers auf mangelfreie Werkerrichtung .....	87
b) Der Werklohnanspruch der Masse .....	87
5. Leistungsüberschuss Auftraggeber .....	88
6. Leistungsüberschuss Auftragnehmer .....	88
§ 10 Insolvenz des Auftraggebers .....	88
I. Allgemeines .....	88
II. Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters .....	89
III. Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters .....	90
1. Leistungsüberschuss Auftraggeber .....	90
2. Leistungsüberschuss Auftragnehmer .....	91
§ 11 Rechte und Sicherheiten der Parteien im eröffneten Insolvenzverfahren .....	91
I. Insolvenz des Auftraggebers .....	91
1. Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB .....	91
2. Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB .....	92
3. Sicherungsabtretung, Sicherungsübereignung .....	93
4. Sicherheitsleistung .....	94
5. Baustoffe und Bauteile .....	95
6. Ansprüche aus dem Bauforderungssicherungsgesetz (BauFoSiG) .....	95
a) Problemlage .....	95
b) Anspruchsvoraussetzungen .....	95
c) Herstellen eines Baus .....	96
d) Kausalität .....	97
e) Gesamtschaden oder Einzelschaden .....	97
II. Insolvenz des Auftragnehmers .....	98
1. Abrechnung erbrachter Leistungen .....	98
a) Grundsätze .....	98
b) Abrechnungserleichterungen .....	99
c) Fälligkeit .....	100
2. Aufrechnung und Verrechnung .....	101
3. Bürgschaften .....	102
4. Zurückbehaltungsrechte/Sicherheitseinbehalt .....	102
§ 12 Die Rechte des Baustofflieferanten .....	103
I. Typisierung des Vertrages .....	103
II. Eigentumsverhältnisse an Baustoffen .....	104
1. Lieferung des Baustoffes unter Eigentumsvorbehalt .....	104
a) Einfacher Eigentumsvorbehalt .....	104
b) Verlängerter Eigentumsvorbehalt .....	104
2. Eingebaute Baustoffe .....	105
3. Angelieferte Baustoffe ohne Eigentumsvorbehalt .....	105

III. Der Baustofflieferant in der Insolvenz des Bauunternehmers .....	106
IV. Der Baustofflieferant als Nachunternehmer in der Insolvenz des Generalunternehmers/Bauträgers .....	107
V. Der Produzent in der Insolvenz des Baustofflieferanten .....	107
1. Inwieweit kann der Hersteller bei verlängertem EVB die abgetretene Forderungen gegen den Bauunternehmer beanspruchen? .....	108
2. Wann besteht ein Ausfallrisiko? .....	108
VI. Vertragsrechtliche Besonderheiten .....	108
<b>4. Kapitel. Besonderheiten in einer Auftragnehmerinsolvenz .....</b>	<b>111</b>
§ 13 Insolvenz des Generalunternehmers (GU) .....	111
I. Allgemeines .....	111
II. Doppeltes Wahlrecht .....	111
III. Mängelansprüche gegen den Nachunternehmer .....	112
IV. Direktzahlungen des Auftraggebers gem. § 16 Abs. 6 VOB/B an den Nachunternehmer .....	112
§ 14 Insolvenz des Bauträgers .....	114
I. Vertragsstruktur .....	114
II. Sicherungen zugunsten des Erwerbers .....	114
III. Wahlrecht des Insolvenzverwalters .....	115
1. Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter .....	115
2. Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter .....	116
a) Aufspaltung des Bauträgervertrages .....	116
b) Restvergütungsansprüche, Gegenansprüche und Aufrechnungsbefugnis ..	117
c) Sicherheiten zugunsten des Erwerbers .....	118
IV. Grundpfandrechte bei Bankenbeteiligung .....	119
V. Erschließungs- und Anliegerbeiträge .....	119
§ 15 Insolvenz in der Bau-ARGE .....	120
I. Allgemeines .....	120
II. ARGE-Mustervertrag .....	120
III. Die Insolvenz eines ARGE-Partners .....	122
1. Keine Kündigungsmöglichkeit für den Bauherrn .....	122
2. Auflösung vs. Fortbestand der ARGE .....	122
a) Auflösung .....	122
b) Fortbestehen .....	122
3. Das Stichtagsprinzip/Auseinandersetzungsbilanz („Durchsetzungssperre“) ..	123
4. Die Erstellung der Auseinandersetzungsbilanz .....	125
a) Saldo des Gesellschafterkontos/Verrechnungskontos .....	126
b) Teilnahme an Gewinn und Verlust ausgeführter Arbeiten .....	127
c) Erkennbare Verluste noch auszuführender Arbeiten .....	127
d) Keine Berücksichtigung des Geschäftswertes .....	127
5. Formale Anspruchsvoraussetzung: Die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz .....	128
6. Fälligkeit des Guthabenanspruchs .....	129
7. Stichtagsprinzip und Nachträge .....	130
IV. Rechtsbeziehungen nach dem Ausscheiden eines ARGE-Partners .....	130
V. Sicherheiten durch Bürgschaften .....	131
1. Partnerausschüttungsbürgschaft .....	131
2. Vertragserfüllungsbürgschaften .....	132
§ 16 Insolvenz von Architekten und Ingenieuren .....	133
I. Allgemeines .....	133
II. Berufsrechtliche Folgen .....	133
III. Fortführung oder Verwertung der „Praxis“ .....	134
1. Fortführung der Praxis .....	134
2. Verwertung der Praxis .....	135

# Inhaltsverzeichnis

IV. Direktansprüche gegen den Haftpflichtversicherer (§ 115 VVG) .....	135
V. Abgesonderte Befriedigung aus dem Freistellungsanspruch (§ 110 VVG) .....	136
<b>5. Kapitel. Prozessuale Fragen</b> .....	<b>139</b>
§ 17 Forderungsanmeldung (Anmelden und Durchsetzen von Forderungen) .....	139
I. Die einzelnen Verfahrensschritte .....	139
1. Anmeldung der Forderungen .....	139
a) Formale Anforderungen .....	139
b) Anmeldung ist kein Verzicht auf Aufrechnung .....	140
c) Anmeldefrist keine Ausschlussfrist .....	140
2. Exkurs: Korrektur der Forderungsanmeldung .....	141
3. Prüfungstermin und Forderungsfeststellungsverfahren .....	142
4. Klage auf Feststellung zur Tabelle .....	143
a) Klageart .....	143
b) Ausschlussfrist .....	143
II. Zweckmäßigkeit der Verfolgung von Insolvenzforderungen .....	144
III. Wirkungen der Forderungsanmeldung .....	145
§ 18 Die Verfolgung von Aus- und Absonderungsrechten .....	145
I. Aussonderungsrechte .....	145
1. Durchsetzung der Aussonderung .....	146
2. Rechtsstreit über die Aussonderung .....	146
II. Absonderungsrecht .....	147
1. Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters .....	147
2. Entrichtung des Verfahrensbeitrages .....	147
III. Prozessuale Durchsetzung .....	148
§ 19 Prozessunterbrechung .....	148
I. Verfahrenseröffnung oder „starke“ vorläufige Verwaltung .....	148
1. Betroffene Verfahrensarten .....	148
2. Besonderheit bei einem Prozess mit ARGE-Beteiligung .....	149
3. Rechtsfolgen .....	150
II. Beendigung der Unterbrechung und Aufnahme unterbrochener Verfahren .....	150
1. Beendigung des Insolvenzverfahrens .....	150
2. Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens .....	150
a) Aktivprozesse .....	151
b) Passivprozesse .....	152
c) Forderungen der Insolvenzgläubiger (Schuldenmassestreit) .....	152
III. Klage und Widerklage .....	153
IV. Klage und (isolierte) Drittwiderklage .....	154
§ 20 Zwangsvollstreckungsmaßnahmen .....	154
I. Verbot der Einzelzwangsvollstreckung .....	154
1. Allgemeines .....	154
2. Betroffener Personenkreis .....	155
II. Rückschlagsperre .....	156
§ 21 Prozesskosten (Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten?) .....	156
I. Vor Verfahrenseröffnung entstanden .....	156
II. Nach Verfahrenseröffnung entstanden .....	157
<b>6. Kapitel. Restabwicklungsvereinbarungen mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter</b> .....	<b>159</b>
§ 22 Sinn und Zweck einer Restabwicklungsvereinbarung .....	159
I. Interessen der Beteiligten an einer Restabwicklungsvereinbarung .....	159
II. Risiken ohne Restabwicklungsvereinbarung .....	159
1. Risiken für den (vorläufigen) Insolvenzverwalter .....	159
2. Risiken für den Auftraggeber .....	160

# Inhaltsverzeichnis

III. Bausteine einer Restabwicklungsvereinbarung .....	160
1. Abgrenzungstichtag .....	161
2. Leistungsstandsfeststellung („Bautenstandsfeststellung“) .....	161
3. Abschlagszahlungen und Zahlungsverkehr .....	161
4. Aufrechnungsvereinbarung .....	162
5. Sicherheiten .....	162
6. Vertragstermine .....	162
7. Mängelhaftung .....	163
IV. Absicherung der Restabwicklungsvereinbarung über die Verfahrenseröffnung hinaus .....	163
1. Ausgangsüberlegung .....	163
2. Einzelermächtigung .....	164
3. Treuhandmodell .....	164
§ 23 Beispiel einer Restabwicklungsvereinbarung .....	165
<b>Sachverzeichnis</b> .....	169