

Insolvenzrecht. 1

Doppelbesicherung im Insolvenzverfahren

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Johannes Graute

Banken lassen sich Kredite, die sie insbesondere an GmbHs herauslegen, häufig doppelt besichern. Zum einen wird der Kredit durch eine Realsicherheit am Gesellschaftsvermögen (z. B. Übertragung des Anlage- und Umlaufvermögens) abgesichert. Zum anderen wird für die Kreditgewährung daneben noch eine Personal- oder Realsicherheit (z. B. Bürgschaft oder Sicherungsgrundschuld) des Gesellschafters der GmbH verlangt. Kommt es zu einer Insolvenz der Gesellschaft, ergeben sich aus der Doppelbesicherung folgende Konsequenzen:

Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung hat der Kreditgeber ein Wahlrecht, ob er zunächst die von der Gesellschaft (Schuldnerin) oder von dem Gesellschafter gestellte Sicherheit in Anspruch nimmt (ständige Rechtsprechung seit BGH ZIP 1985, 158; Uhlenbruck/Hirte § 44 a Rdnr. 7 m.w.N.). Nach dieser herrschenden Meinung ist der Kreditgeber somit berechtigt, trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin zunächst aus der Sicherheit am Gesellschaftsvermögen volle Befriedigung zu suchen. Sofern der Gläubiger durch die Verwertung des Gesellschaftsvermögens nicht vollständig befriedigt wird, kann er gem. § 44 a InsO die Forderung wegen der vom Gesellschafter gestellten Sicherheit für den Ausfall anmelden.

Im Verhältnis zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Gesellschafter gilt Folgendes:

Führt der Gesellschafter den Kredit des Gläubigers zurück, handelt es sich bei der Regressforderung des Gesellschafters gegen die insolvente Gesellschaft lediglich um eine nachrangige Forderung i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

Für den Insolvenzverwalter sind insbesondere diejenigen Fälle interessant, in denen die nachmalige Schuldnerin den Kredit zurückführt. Häufig sorgt der Gesellschafter dafür, dass entsprechende Kredite bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens und auch schon vor Insolvenzantragstellung getilgt werden, damit eine von ihm gestellte Sicherheit frei wird. Geschieht dies im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder nach dem Antrag, greifen §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 Satz 1 InsO ein. Der Insolvenzverwalter kann danach von dem Gesellschafter Erstattung des Betrages verlangen, den die Schuldnergesellschaft an den Kreditgeber geleistet hat.

Gesetzlich nicht geregelt ist der Fall, dass die von dem Gesellschafter geleistete Sicherheit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Verwertungshandlung des Insolvenzverwalters frei wird. Diese Konstellation lag dem Urteil des BGH vom 01.12.2011 (IX ZR 11/11, ZIP 2011, 2417) zugrunde. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte eine Sparkasse der damaligen Schuldnerin ein Darlehen gegeben, das durch Übereignung des Anlagevermögens der Schuldnerin und durch eine Grundschuld auf einem Grundstück des alleinigen Gesellschafters gesichert war. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwertete der Insolvenzverwalter das zur Sicherung dienende Anlagevermögen und kehrte den Erlös unter Abzug der Kostenpauschalen und Umsatzsteuer an die Sparkasse aus. Anschließend verlangte er von dem Alleingesellschafter die Erstattung des an die Sparkasse ausgekehrten Betrages. Der BGH hat der Klage des Insolvenzverwalters stattgegeben. Zur Begründung beruft sich der BGH auf eine Analogie zu § 143 Abs. 3 InsO. Bei wertender Betrachtung besteht nach Auffassung des BGH kein Unterschied zwischen der Rückzahlung eines gesellschaftergesicherten Darlehens vor Eröffnung (innerhalb der Fristen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und nach Eröffnung. § 147 InsO zeige, dass auch Rechtshandlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefochten werden könnten.

Im Ergebnis kommt es somit allein darauf an, dass eine Sicherheit des Gesellschafters durch Mittel der Schuldnergesellschaft frei wird. Gleichgültig ist, ob dies vor oder nach Insolvenzeröffnung geschieht. Der Insolvenzverwalter muss daher bei der Verwertung von Anlage- und Umlaufvermögen der Schuldnergesellschaft in jedem Fall prüfen, ob eine Doppelbesicherung durch Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen vorliegt. Im Fall der Doppelbesicherung muss der Gesellschafter in Anspruch genommen werden.



Insolvenzrecht. 2

Zwangsverwaltung in der Insolvenz

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Günter Trutnau

Die Grundpfandgläubiger eines zur Insolvenzmasse gehörenden Grundstückes sind gem. § 49 InsO berechtigt, die Verwertung des Grundstückes im Wege der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung zu betreiben. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht der Grundpfandgläubiger vor der Entscheidung, ob er eine Verwertung über den Weg der zwangsweisen Verwertung wählen will oder ob er mit dem Insolvenzverwalter eine Verwaltungs- und Verwertungsvereinbarung abschließt und damit eine freihändige Verwertung vorzieht. Ob eine Zwangsversteigerung vermieden werden kann, hängt von verschiedenen, außerhalb des Verfahrens liegenden Gesichtspunkten ab, z. B. ob eine Regelung mit etwaigen nachrangigen Grundpfandgläubigern möglich ist, ob ein Miteigentümer vorhanden ist, ob erhebliche Zahlungsrückstände an öffentlichen Abgaben oder ähnlichem bestehen etc.

Bei der Entscheidung, ob eine Zwangsverwaltung nach dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZVG) einer sogenannten „kalten Zwangsverwaltung“ durch den Insolvenzverwalter vorzuziehen ist, sind eine Reihe von anderen Gesichtspunkten zu beachten und zu bewerten. Diese zu beachtenden Gesichtspunkte können entsprechende Auswirkungen auf das Insolvenzverfahren oder das gesetzliche Zwangsverwaltungsverfahren haben.

1. Gesichtspunkte für eine gesetzliche Zwangsverwaltung

1.1. Vermeidung des Masseanteils

Der Insolvenzverwalter wird in der Regel nur dann zu einer Verwaltung der mit dem Grundpfandrecht belasteten Immobilie bereit sein, wenn er ähnlich wie bei den Regelungen des § 171 InsO einen Masseanteil mit der Grundpfandgläubigerin aushandeln kann. Dieser Masseanteil, der als Vergütung für die Insolvenzmasse zu betrachten ist, unterliegt außerdem der Umsatzsteuerpflicht und zwar unabhängig davon, ob für die betreffende Immobilie zur Umsatzsteuer optiert worden ist oder nicht, so dass der Insolvenzverwalter Umsatzsteuer auf diesen Masseanteil zu entrichten hat (so BFH Urteil vom 28.07.2011, VR 28/09 - ZIP 2011, S. 1923 ff). Die Umsatzsteuer fällt damit grundsätzlich der absonderungsberechtigten Grundpfandgläubigerin zur Last. Diesen Masseanteil und die darauf entfallende Umsatzsteuer kann sich die Grundpfandgläubigerin durch das Zwangsverwaltungsverfahren ersparen.

Dem steht allerdings entgegen, dass im Zwangsverwaltungsverfahren für den Zwangsverwalter eine Vergütung zu entrichten ist, die in den meisten Fällen höher liegt als der Masseanteil für die Insolvenzmasse. Dazu noch später.

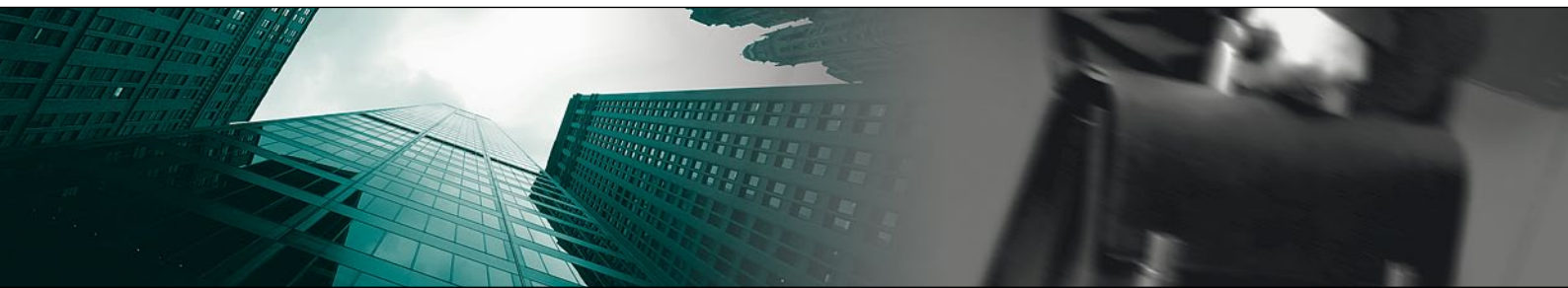
1.2. Haftungsrisiken

Die Verwaltung einer Immobilie ist regelmäßig mit Haftungsrisiken verbunden. Besonderer Bedeutung kommt dabei die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht im Zusammenhang mit dem Grundstück zu. Inwieweit derartige Haftungsrisiken bestehen, ist anhand der spezifischen Situation der Immobilie, d. h. der Lage, der örtlichen Witterungsverhältnisse, der Größe der Verkehrsflächen etc. zu beurteilen. Besteht ein signifikantes Haftungsrisiko, ist dieses vermutlich im Rahmen eines Insolvenzverfahrens höher einzuschätzen, als im Rahmen eines Zwangsverwaltungsverfahrens. Ist eine Zwangsverwaltung angeordnet, haftet für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht der Zwangsverwalter (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 15.01.2004 - ZMR 2004, S. 511 ff). Wird die Verwaltung der Immobilie vom Insolvenzverwalter durchgeführt, trifft die Haftung aus der Verkehrssicherungspflicht auch in diesem Fall zwar nicht unmittelbar die Grundpfandgläubigerin. Allerdings haftet in erster Linie die Insolvenzmasse, für die der Insolvenzverwalter bei der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht handelt. Zwar kommt auch eine persönliche Haftung des Insolvenzverwalters in Betracht, diese ist jedoch gem. § 60 Abs. 1 S. 2 und 60 Abs. 2 InsO beschränkt. Der Verletzte hätte also im Vergleich zur Zwangsverwaltung einen unbegrenzten Zugriff auf das Vermögen der Insolvenzmasse als zusätzlicher Haftungsmasse. Dadurch könnten die Quotenerwartungen der Grundpfandgläubigerin, die zugleich als Insolvenzgläubigerin auftritt, geschmälert werden. Dieses Ergebnis lässt sich durch eine Zwangsverwaltung vermeiden.

2. Gesichtspunkte für den Einsatz des Insolvenzverwalters

2.1. Kosten

In der Regel werden die Kosten einer gesetzlichen Zwangsverwaltung höher liegen als die Kosten einer Verwaltung durch den Insolvenzverwalter. Durch die Anordnung einer Zwangsverwaltung fallen zusätzliche Gerichtskosten an. Bei der Verwaltung durch den Insolvenzverwalter ist dies nicht der Fall. Die Vergütung des Zwangsverwalters bemisst sich nach § 18



ZwangsverwalterVO, danach steht dem Zwangsverwalter eine Vergütung auch dann zu, wenn ein Mietzins für die Vermietung der Immobilie nicht erzielt wird. Im Einzelfall kommt auch eine Vergütung nach Stundensatz gem. § 19 ZwangsverwalterVO in Betracht. Die Vergütung wird durch das Gericht festgesetzt. Die Grundpfandgläubigerin hat nur eine beschränkte Einflussmöglichkeit auf die Höhe der Vergütung, da diese festgesetzt wird (§ 22 ZwangsverwalterVO). Der Grundpfandgläubigerin steht nur die Prüfung in einem Rechtsmittelverfahren zu. Im Übrigen steht dem Zwangsverwalter auch ein Anspruch auf Ersatz der Umsatzsteuer zu (§ 17 Abs. 2 ZwangsverwalterVO), so dass sich insoweit die Situation kostenmäßig nicht günstiger darstellt als bei der Verwaltung durch den Insolvenzverwalter. Der Vorteil der Verwaltung durch den Insolvenzverwalter besteht allerdings gegenüber der Zwangsverwaltung darin, dass die Höhe der Kosten, die Bedingungen der Zahlungen und der Abrechnungen zwischen der Grundpfandgläubigerin und dem Insolvenzverwalter ausgehandelt werden. Darüber hinaus hat die Grundpfandgläubigerin auch die Möglichkeit, mit dem Insolvenzverwalter weitere Bedingungen auszuhandeln, z. B. Mitspracherechte, Kontrollrechte, Vorbehalte etc.

2.2. Kauttionen

Hinsichtlich der von Mieter gestellten Mietkauttionen gem. § 551 BGB ergeben sich in der Zwangsverwaltung und der Insolvenz unterschiedliche rechtliche Folgerungen.

Ist durch den Eigentümer/Vermieter die Kauttion vom Mieter eingezogen worden und wurde sie an den Zwangsverwalter nicht ausgekehrt oder auf ein Sparkonto angelegt und kann der hinterlegte Kauttionsbetrag beim Vermieter/Eigentümer nicht mehr beigetrieben werden, ist der Zwangsverwalter gleichwohl verpflichtet, dem Vermieter gezahlten Kauttionsbetrag nach den gesetzlichen Bestimmungen anzulegen und später die Kauttion ggf. an den Mieter auszukehren. Die Mittel dazu sind entweder aus den eingehenden Mietzinsserträgen oder aus den Vorschüssen des Gläubigers zu bestreiten (BGH, Urteil vom 09.06.2010 - VIII ZR 189/09 - NJW-RR 2010, Seite 1237 ff; BGH, Urteil vom 23.09.2009 - VIII ZR 336/08 - NZI 2010, S. 78; BGH, Urteil vom 11.03.2009 - VIII ZR 184/08 - NZI 2009, Seite 622 ff.).

Um das Ziel einer Hinterlegung des Kauttionsbetrages in der gesetzlich vorgeschriebenen Form mit entsprechender Verzinsung zu erreichen, kann der Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des zu zahlenden Mietzinses geltend machen. Dem Mieter steht insoweit ein Zurückbehaltungsrecht an der laufenden Miete bis zur Höhe des Kauttionsbetrages nebst Zinsen zu, bis der Zwangs-

verwalter die vom Kläger geleistete Kauttion gem. § 551 Abs. 3 BGB angelegt hat (BGH Urteil vom 23.09.2009, VIII ZR 336/08, NJW 2009, S. 3505).

Eine Einschränkung gilt nur insoweit, als das Mietverhältnis bereits beendet worden ist und der Mieter aus dem Objekt ausgezogen ist. Der Zwangsverwalter übernimmt nämlich gem. § 152 Abs. 2 ZVG nur bestehende Mietverhältnisse. Ist das Mietverhältnis beendet, besteht für den Zwangsverwalter keine Verpflichtung mehr, für die Kauttion einzustehen (BGH, Urteil vom 03.05.2006, VIII ZR 210/05, NJW-RR 2006, 1021-1022). Offen ist lediglich, ob eine Haftung des Zwangsverwalters bestehen könnte, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses noch nicht ausgezogen ist, weil in der Literatur das sich daraus ergebende Abwicklungsverhältnis mit dem bestehenden Mietverhältnis analog gesetzt wird (vgl. dazu BGH, Urteil vom 04.04.2007, VIII ZR 219/06 - NWJ 2007, S. 1818).

Demgegenüber kann der Mieter vom Insolvenzverwalter eine Rückzahlung der Kauttion jedenfalls nicht als Masseforderung geltend machen, sondern nur als Insolvenzforderung gem. § 108 Abs. 3 i.V.m. § 87 InsO (vgl. dazu BGH Urteil vom 23.09.2009 a. a. O.).

Im Hinblick auf die Kauttionen steht damit der Grundpfandgläubiger im Falle einer Insolvenz des Vermieters wirtschaftlich günstiger, wenn das Immobilienobjekt durch den Insolvenzverwalter verwaltet wird und nicht durch einen Zwangsverwalter. Sollten in größerem Umfang von den Mietern geleistete Kauttionen nicht mehr vorhanden sein, müssen im Falle einer Zwangsverwaltung diese Kauttionen aus den eingehenden Mietzinsserträgen „wiederhergestellt“ werden.



Grundstücksrecht.

Schadensersatzpflicht bei Geltendmachung von „Lästigkeitsprämien“

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Johannes Graute

Nach einer Entscheidung des OLG Schleswig vom 23.02.2011 (5W 8/11, ZIP 2011, 1254) kann eine Bank dem Bankkunden gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie für die Löschung einer Grundschuld eine sogenannte „Lästigkeitsprämie“ verlangt, obwohl die vorrangig eingetragenen Grundpfandrechte bereits den Verkehrswert des Objektes übersteigen.

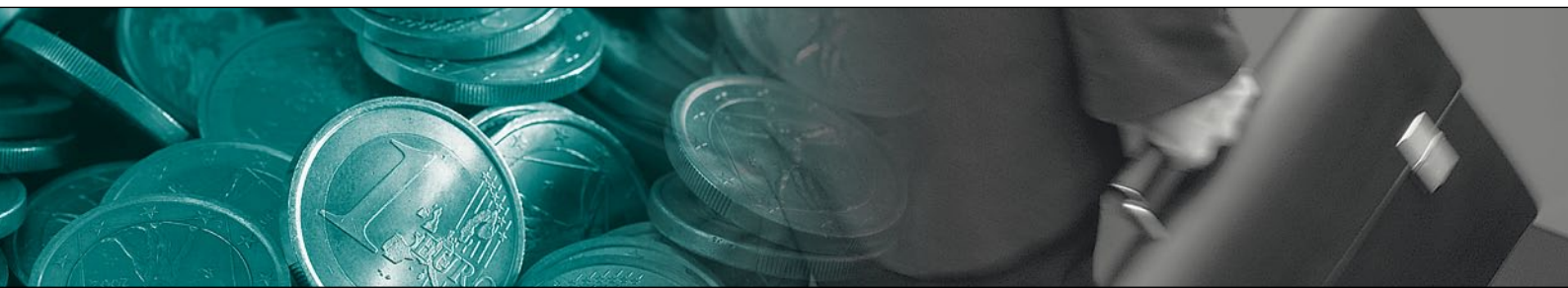
Eine Bankkundin (=Schuldnerin) betrieb auf ihrem Grundstück ein Lebensmittelgeschäft. Im Mai 2006 wurde über das Vermögen der Schuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet. Zuvor hatte die Schuldnerin bereits einen Makler mit dem Verkauf ihrer Immobilie beauftragt. Dieser Makler hatte das Objekt zunächst vergeblich für 80.000,00€ und später für 65.000,00€ angeboten. Belastet war das Objekt mit einer erstrangigen Grundschuld einer Bank in Höhe von 61.024,40€. Es handelte sich dabei um eine Sicherungsgrundschuld, die in Höhe von ca. 55.000,00€ bei der Insolvenzeröffnung valutierte. Nachrangig waren zugunsten der verklagten weiteren Bank Grundschulden über 59.329,19€ eingetragen. Der Insolvenzverwalter erhielt über den eingeschalteten Makler ein Angebot eines Kaufinteressenten vom 31.01.2007 über 60.000,00€ incl. Mehrwertsteuer. Der Insolvenzverwalter sowie die erstrangig eingetragene Bank waren bereit, dieses Angebot anzunehmen. Die nachrangig gesicherte Bank verlangte jedoch eine „Lästigkeitsprämie“ in Höhe von 5.000,00€ für die Freigabe ihrer Grundschulden. Daraufhin scheiterte der freihändige Verkauf. Es kam zu einer Zwangsversteigerung, die einen Erlös von lediglich 12.000,00€ erbrachte. Nach Ende des Insolvenzverfahrens nahm die Eigentümerin die zweitrangig eingetragene Bank auf Schadensersatz in Anspruch.

Das OLG Schleswig hat den Schadensersatzanspruch der Bankkundin bejaht und ausgeführt, dass eine Bank unter besonderen Umständen verpflichtet sein kann, Sicherheiten freizugeben. Dies soll dann der Fall sein, „wenn die Notwendigkeit dieses Verhaltens überdeutlich und augenscheinlich gewesen ist, die Bank aber die Augen davor verschlossen hat“. Dabei folgert das Gericht aus dem Darlehensvertrag und daneben auch aus dem der Grundschuldbestellung zugrundeliegenden Sicherungsvertrag nebenvertragliche Schutz- und Treupflichten. Auch bei der Zwangsvollstreckung greife

das Verbot einer übermäßigen Schädigung des Vertragspartners ebenso ein wie das Verbot rücksichtslosen Vorgehens. Es sei der beklagten Bank bekannt gewesen, dass das gegenständliche Objekt durch die vorrangigen Grundschulden wertausschöpfend belastet war und sich der Makler zuvor monatelang vergeblich bemüht hatte, die Immobilie zu einem höheren Betrag zu vermitteln. Aufgrund ihrer eigenen Sachkunde habe die Bank danach ebenfalls erkennen müssen, dass ein anderweitiger freihändiger Verkauf zu einem gleichen oder einem höheren Preis unwahrscheinlich war und dass bei einer Versteigerung ein geringerer Erlös zu erwarten war. Mit dem Verlangen nach Zahlung einer Lästigkeitsprämie hat die Bank daher gegen das Verbot einer übermäßigen Schädigung des Vertragspartners verstoßen. Die Pflichtverletzung der Bank entfalle auch nicht deshalb, weil der Insolvenzverwalter vorher die Bank auf Erteilung einer auflagenfreien Löschungsbewilligung hätte verklagen können. Abgesehen von dem Zeitpunkt sei es der Bank wegen der eigenen Pflichtverletzung verwehrt, die Eigentümerin bzw. den Insolvenzverwalter auf den Klageweg zu verweisen.

Die Grundsätze dieser Entscheidung gelten immer dann, wenn dem Eigentümer ein Kaufangebot vorliegt, welches die Forderungen der Inhaber eingetragener Sicherungsgrundschulden nicht vollständig befriedigt. In diesen Fällen müssen die Grundschuldinhaber eine Freigabe erteilen, soweit sie mit einer Befriedigung ihrer durch Grundschulden gesicherten Forderung nicht rechnen können. Um einer Schadensersatzpflicht zu entgehen, muss der Grundschuldinhaber daher den zu erwartenden Erlös der Immobilie ermitteln. Falls das Objekt wertausfüllend vorrangig belastet ist, hat sodann eine auflagenfreie Löschungsbewilligung zu erfolgen; anderenfalls haftet der Grundschuldinhaber, wenn später – zum Beispiel in einem Versteigerungsverfahren – nur ein geringerer Erlös erzielt werden kann.

Dem Insolvenzverwalter gibt das Urteil des OLG Schleswig eine scharfe Waffe in die Hand. Bei vorrangiger, wertausfüllender Belastung kann der Verwalter auflagenfreie Freigabe verlangen und im Falle der Nichtbefolgung anschließend den Schadensersatz geltend machen. Diese Möglichkeit wird die Neigung der Banken, eine Freigabe zu erteilen, voraussichtlich deutlich erhöhen.



Steuerrecht.

Verpflichtung des Fiskus zur Herausgabe gezogener Nutzungen aus wirksam angefochtenen Steuerzahlungen

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Thorsten Snyders

BGH, Urteil vom 24.05.2012, IX ZR 125(11)

Der Kläger ist mit einem Beschluss des AG Essen im Jahre 2006 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen einer natürlichen Person bestellt worden, die in einem erheblichen Umfang selbstständig wirtschaftlich tätig war. Das Insolvenzverfahren ist aufgrund eines Eigeninsolvenzantrages des Insolvenzschuldners eröffnet worden. Zuvor hatte das Land NRW, vertreten durch das zuständige Finanzamt, bereits unter dem 07.03.2002 einen Insolvenzeröffnungsantrag gestellt, der mit Beschluss des AG Essen vom 24.10.2002 mangels Masse abgewiesen worden ist.

In dem Zeitraum zwischen der Abweisung dieses ersten Insolvenzeröffnungsantrages mangels Masse und der nachfolgenden Insolvenzeröffnung sind von dem Insolvenzschuldner Zahlungen in Höhe von insgesamt 103.120,21 € an das Land NRW erfolgt. Nach Insolvenzeröffnung hat der Kläger die Anfechtung dieser Zahlungen erklärt und eine Rückzahlung des in anfechtbarer Weise erlangten Betrages nebst Zinsen von dem Land NRW verlangt. Außergerichtlich hat das Land NRW durch das zuständige Finanzamt die Hauptforderung nebst Zinsen ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgezahlt. Streitgegenständlich sind noch die geltend gemachten Zinsen auf die Hauptforderung von dem Zeitpunkt der Erbringung der Zahlungen durch den Insolvenzschuldner an das Land NRW bis zu dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Das Landgericht Essen hat das beklagte Land NRW teilweise zur Zahlung verurteilt, auf die Berufung des beklagten Landes hat das OLG Hamm die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass das beklagte Land weder Nutzungen aus den von dem Insolvenzschuldner gezahlten Lohn- und Umsatzsteuer gezogen noch es schuldhaft unterlassen hat, Nutzungen zu ziehen. Wenn höhere Einnahmen zu einer geringen Neuverschuldung geführt haben sollten, so sei dies unerheblich. Zu einer zinsbringenden Sonderverwahrung der vom Schuldner entrichteten Steuern sei das beklagte Land nicht verpflichtet gewesen. Abgesehen davon fehle es an einem Verschulden des beklagten Landes, dessen zuständige Bedienstete nicht mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners hätten rechnen müssen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat der Kläger seine Forderung weiter verfolgt.

Nach den Ausführungen des BGH in dem Urteil vom 24.05.2012 (IX. ZR 125/11) steht dem Kläger gem. § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe gezogener Nutzungen ab dem Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung ein Zahlungsanspruch gegenüber dem beklagten Land NRW zu.

Zu diesen bezogenen Nutzungen zählen auch die durch die Tilgung einer verzinslichen Schuld ersparten Schuldzinsen. Soweit der Fiskus erhaltene Abgaben zurückzugewähren hat, umfasst diese Verpflichtung daher nach dem Urteil des BGH grundsätzlich auch die Herausgabe von ersparten Zinsen. Die gezogenen Mindestnutzungen des beklagten Landes sind jedenfalls die in Höhe der eingegangenen Steuerzahlungen vermiedenen oder zurückgeführten Kassenverstärkungskredite, sofern sie in entsprechender Höhe und Zeit in Anspruch genommen worden sind. Dabei findet die von dem BGH für Banken angenommene tatsächliche Vermutung, wonach diese Kapitalerträge oder Zinersparnisse in Höhe des gesetzlichen Verzugszinses erwirtschaften (vgl. BGHZ 172, 147 RN 35), die sie als Nutzungen herauszugeben haben, jedoch in der Haushaltsführung von Bund und Ländern keine Entsprechung.

Anfechtungsrechtlich kommt es – entgegen des Einwandes des beklagten Landes NRW in der Revisionserwiderung – nicht darauf an, dass nach Artikel 106 Abs. 3 GG die Ertragshöhe der gezahlten Lohn- und Umsatzsteuern nur teilweise bei dem beklagten Land liegt. Wie dies beim Einzug des Gesamtsozialversicherungsbeitrages durch die gesetzlichen Krankenkassen und beim Einzug tarifvertraglicher Sozialkassenbeiträge seit langem anerkannt ist, kommt es anfechtungsrechtlich insoweit allein auf die Verwaltungshoheit der entrichteten Abgaben an. Auch das Urteil des XI. Zivilsenats des BGH vom 03.02.2004, IX. ZR 125/03, BGHZ 158, 1, 9, wonach bei einem Bereicherungsanspruch gegen den Steuerfiskus ein Anspruch auf Zinszahlungen wegen tatsächlich gezogener Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB nicht besteht, weil der Staat Steuereinnahmen in der Regel nicht gewinnbringend anlegt, sondern im Interesse der Allgemeinheit verwendet, steht nach dem Urteil des BGH dem Anspruch der Herausgabe gezogener oder ersparter Zinsen als Nutzungen nicht entgegen. Eine anfechtungsrechtliche Besserstellung des Fiskus wegen des



Interesses der Allgemeinheit am Einsatz der Steuereinkünfte für öffentliche Staatszwecke ist in der Insolvenzordnung nicht mehr vorgesehen. Sie findet nach gefestigter Auslegung des geltenden Rechts weder bei der Rückgewähr anfechtbarer Steuerzahlungen selbst statt noch bei der Verpflichtung zur Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Es gibt mithin keinerlei rechtlichen Anhalt dafür, dass bei der Herausgabe gezogener oder ersparter Zinsen als Nutzungen der Wille des Gesetzes zugunsten des Fiskus in eine andere Richtung gegangen sein könnte.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen und hierzu dargelegt, dass der Kläger seiner

Darlegungslast für den geltend gemachten Anspruch auf Nutzungsherausgabe genügt hat, indem er Zinersparnisse des beklagten Landes beim Haushaltsvollzug infolge der angefochtenen Steuerzahlungen behauptet hat. Die näheren haushaltswirtschaftlichen Daten bei der Beklagten konnte der Kläger nicht vortragen.

Demgegenüber ist der Haushaltsvollzug auch in seiner zeitlichen Entwicklung während der fraglichen Etatjahre dem beklagten Land in allen Einzelheiten bekannt und belegbar. Daher trifft das beklagte Land die sekundäre Darlegungslast, hierzu in der gebotenen Klarheit vorzutragen. Ein solcher substantiiertes Vortrag des beklagten Landes steht in dem nunmehr wieder vor dem OLG Hamm anhängigen Rechtsstreit noch aus.

Baurecht.

Neue VOB/B – Alte Probleme | Auswirkung des § 8 Abs. 2 VOB/B auf die Bauinsolvenz

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Thorsten Snyders

Kaum ein anderer Wirtschaftsbereich ist in den letzten Jahren von einer erheblichen Anzahl von Insolvenzen – von der Philipp Holzmann AG und der Walter Bau AG über große mittelständische Unternehmen wie die Heitkamp Bau Holding bis hin zu kleinen Subunternehmer – geprägt worden wie die Bauwirtschaft.

Auch zukünftig ist unter Berücksichtigung der geringen Margen, der internationalen Konkurrenzsituation und ausbleibenden öffentlichen Aufträgen keine Änderung dieser Situation zu erwarten.

In der Bauinsolvenz sieht sich der Insolvenzverwalter zumeist mit Verträgen konfrontiert, in die die Regelungen der VOB/B einbezogen worden sind. Auf ab dem 13.07.2012 geschlossene Verträge sind nunmehr die Regelungen der VOB/B 2012 anzuwenden. Gegenüber der Vorgänger VOB/B 2009 haben sich jedoch nur Änderungen im § 16 („Zahlungen“) ergeben. Nicht geändert wurde die Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B mit der dort enthaltenen Kündigungsmöglichkeit für Auftraggeber.

In diesem Beitrag soll zunächst dargestellt werden, wie die Regelungen der VOB/B wirksam in einen Vertrag einbezogen werden. Anschließend wird die spezielle Regelung des § 8 Abs. 2 VOB/B erörtert.

1. Einbeziehung der Regelungen der VOB/B in den Bauvertrag

Das Vertragsrecht des BGB ist, soweit die Vertragsparteien keine weitergehenden Vereinbarungen getroffen haben, Grundlage aller Bauverträge.

(vgl. *Ingenstau/Korbion: VOB, 17. Aufl., Einl. Rz. 3; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rz. 1225*)

In die Bauverträge beziehen die Parteien – insbesondere bei größeren Bauvorhaben – zumeist die Regelungen der VOB/B ein. Insbesondere bei Bauvorhaben öffentlicher Auftraggeber findet die VOB/B regelmäßig Anwendung, weil insoweit bindende behördeninterne und haushaltsrechtliche Anordnungen ihre Anwendung vorschreiben.

(vgl. *Ingenstau/Korbion, a.a.O., Einl., Rz. 37; Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 1235 ff.*)

Damit haben die Regelungen der VOB/B erhebliche Bedeutung für die Bauverträge und auch für die Auswirkungen einer Insolvenzeröffnung auf die Bauverträge. Die Regelungen der VOB/B sind dabei in Teilbereichen dem BGB angepasst, in anderen Teilbereichen ergänzen sie die Regelungen des BGB oder weichen von diesen Regelungen ab.

Die VOB wird durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), ehemals Verdingungsausschuss für Bauleistungen, erstellt, in dem die am heutigen Baugeschehen beteiligten Ministerien, öffentlichen Verwal-



tungen sowie die Wirtschafts- und Berufsverbände sowohl der Auftraggeber- als auch der Auftragnehmerseite vertreten sind.

(vgl. Ingenstau/Korbion, a.a.O., Einl., Rz. 13)

Die VOB ist heute in drei Teile aufgeteilt:

VOB/A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen

VOB/B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

VOB/C: Technische Vertragsbedingungen

Die VOB/A enthält Regelungen für die Vergabe, die in einem nach den vergaberechtlichen Vorschriften durchzuführendem Vergabeverfahren zu berücksichtigen sind.

(Ausführlich zum Vergaberecht: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl.; Noch, Vergaberecht kompakt, 4. Aufl.)

Außerhalb des Kartellvergaberechts entfaltet die VOB/A keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen.

(vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 1236)

Demgegenüber müssen die Regelungen der VOB/B von den Parteien des Bauvertrages wirksam in den jeweiligen Vertrag einbezogen werden. Wird die Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag von beiden Vertragsparteien unabhängig voneinander verlangt, werden die Regelungen der VOB/B nicht von einer Partei gestellt und es erfolgt keine Inhaltsprüfung der Regelungen. Soweit die Regelungen der VOB/B von nur einem Bauvertragspartner gestellt werden handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.

(vgl. BGH, BauR 2008, 1603)

Für eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen der VOB/B in einen Vertrag ist es dann gemäß § 305 Abs. 2 BGB erforderlich, dass der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die Einbeziehung der Regelungen der VOB/B hinweist und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Soweit der anderen Partei die Regelungen der VOB/B nicht vertraut sind, reicht ein bloßer Hinweis auf die VOB/B zur Einbeziehung nicht aus.

Bei einer einseitigen Stellung der Regelungen der VOB/B ist für die Frage, ob eine Inhaltskontrolle der einzelnen Regelungen der VOB/B zu erfolgen hat darauf abzustellen, ob die VOB/B als Ganzes in den Vertrag einbezogen worden ist oder ob in dem Vertrag von den Regelungen der VOB/B abweichende Regelungen enthalten sind. Nur bei einer Einbeziehung der

Regelungen der VOB/B als Ganzes greift eine Privilegierung ein, da die VOB/B als eine im Ganzen ausgewogene Regelung anzusehen ist.

(vgl. BGH, NJW 1983, 816; Ingenstau/Korbion, a.a.O., Einl. Rz. 25)

In diesem Fall findet keine AGB-Inhaltskontrolle der einzelnen Regelungen der VOB/B statt, § 310 Abs. 1 Satz 3 VOB/B.

Soweit eine solche Einbeziehung der Regelungen der VOB/B als Ganzes nicht erfolgt, ist jede einzelne Regelung der VOB/B individuell einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB zu unterziehen.

(vgl. BGH, BauR 2004, 668)

Generell tritt jedoch auch bei einer Einbeziehung der Regelungen der VOB/B als Ganzes keine Privilegierung bei einer Verwendung gegenüber Verbrauchern ein.

(vgl. BGH, ZIP 2008, 1729; IBR 2008, 557)

Begründet wird die fehlende Privilegierung der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern damit, dass die Interessen der Verbraucher bei der Aufstellung der VOB/B nicht in dem Maße berücksichtigt werden wie die Interessen der sonstigen Baubeteiligten. Der DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsabschluss für Bauleistungen) sieht es nicht als seine Aufgabe an, Regelungen über die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung im privaten Bereich auszuarbeiten. Verbraucherverbände sind nicht ordentliche Mitglieder im DVA. Danach ist die Privilegierung der VOB/B nicht zu rechtfertigen, denn sie wird gegenüber Vertragspartnern verwendet, die weder unmittelbar noch mittelbar ihre besonderen Interessen bei der Gestaltung des Vertragswerks einbringen können.

(vgl. BGH, BauR 2008, 1603; Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 1266)

Gegenüber einem Verbraucher erfordert die Einbeziehung einer AGB grundsätzlich deren Aushändigung, § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ob der Verbraucher aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit die VOB/B kennt, ob er also im Baugewerbe tätig oder bewandert ist, ist irrelevant. Eine solche Kenntnis kann allenfalls über § 242 BGB (Treu und Glauben) berücksichtigt werden. Umgekehrt ist die Aushändigung der VOB/B bei einer Verwendung gegenüber einem Unternehmer nicht notwendig (§ 310 Abs. 1 BGB), auch nicht bei einem im Baubereich nicht bewanderten Unternehmer. Ob die VOB/B Vertragsbestandteil geworden ist, obliegt – nach der überzeugenden Auffassung von Sienz (vgl. Sienz, IBR 2012, 187) – entgegen OLG Düsseldorf

(vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.10.2010, 21 U 159/09; Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss des BGH vom 26.01.2012, VII ZR 199/19, zurückgewiesen)



nicht der nachträglichen Disposition der Parteien. Die Einbeziehung richtet sich einzig nach objektiven Kriterien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Liegen die Voraussetzungen für eine Einbeziehung – insbesondere aufgrund der unstrittig unterlassenen Aushändigung des Textes – nicht vor, ändert die spätere Berufung auf Bestimmungen der VOB/B an der fehlenden Einbeziehung nichts.

Eine wirksam erfolgte Einbeziehung der Regelungen der VOB/B ist auch nach Insolvenzeröffnung vom Insolvenzverwalter zu berücksichtigen. Dabei sind auf den Vertrag die Regelungen aus der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende, aktuelle Fassung der VOB/B anzuwenden.

(vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rz. 1241)

Auf neue Verträge ist damit die unter dem 13.07.2012 im Bundesanzeiger veröffentlichte VOB/B 2012 anzuwenden, die gegenüber der VOB/B 2009, veröffentlicht am 31.07.2009, jedoch nur geringfügige Änderungen im § 16 VOB/B enthält.

(Mit der VOB/B 2009 sind gegenüber den vorherigen Fassungen aus den Nummern Absätze und aus den Absätzen Nummern geworden. Beispiel: § 2 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B 2006 wurde zu § 2 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B 2009)

2. Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber gem. § 8 Abs. 2 VOB/B

Entsprechend der Regelung des § 649 BGB kann der Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit kündigen. Mit dieser BGB-Vertragsregelung stimmt § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B überein. Rechtsfolge einer solchen „freien Kündigung“ ist die Verpflichtung zur Zahlung der vollständigen Vergütung an den Auftragnehmer. Dieser muss sich lediglich anrechnen lassen, was er infolge der Kündigung an Kosten erspart bzw. anderweitig erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Dabei stellt § 649 Satz 3 BGB die widerlegbare Vermutung auf, dass dem Auftragnehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zusteht.

Die VOB/B enthält mit § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B eine spezielle Regelung für die Kündigung eines Bauvertrages durch den Auftraggeber.

§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B lautet wie folgt:

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (...) beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet ist oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“

Die Kündigungsmöglichkeit der ersten und zweiten Alternative des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B bezieht sich damit auf den Zeitraum des Insolvenzeröffnungsverfahrens.

Unter der Voraussetzung einer wirksamen Einbeziehung der Regelungen der VOB/B ist auf dieser Grundlage bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Auftraggeberkündigung nach ganz h.M. unbeschränkt möglich.

(vgl. OLG Düsseldorf, BauR 2006, 1908; OLG Karlsruhe, IBR 2006, 398)

Insbesondere steht dieser Kündigungsmöglichkeit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht entgegen, da dieses Wahlrecht überhaupt erst mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entsteht.

(vgl. Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 8 Abs. 2 VOB/B, Rz. 10)

Die Regelung unter § 8 Abs. 2 Nr. 1, 3. Alt. VOB/B entfaltet demgegenüber eine direkte Auswirkung auf das eröffnete Bauinsolvenzverfahren bei beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen. Soweit ein beidseitig noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vorliegt greifen nach Insolvenzeröffnung die Regelungen der §§ 103, 105 Satz 1 InsO ein. Diese gesetzlichen Regelungen betreffen nur gegenseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von keiner der Vertragsparteien vollständig erfüllt sind und bei denen ein Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.

(vgl. BGH, ZIP 2009, 428; FK/Wegener, InsO, 6. Aufl., § 103, Rz. 7)

Soweit der Bauvertrag auch nur von einer Seite vollständig erfüllt worden ist, besteht für die Anwendung des § 103 InsO kein Raum. Eine solche – auch nur einseitige – vollständige Erfüllung des Vertrages liegt insbesondere dann vor, wenn der Auftraggeber den Werklohn des Auftragnehmers vollständig bezahlt und das Werk abgenommen hat. Dabei ist es nach herrschender Meinung unerheblich, ob dem Auftraggeber für die Auszahlung eines vertraglich vereinbarten Sicherheits-einbehaltes eine Bürgschaft gestellt worden ist. Ein etwaiger Rückgriffsanspruch des Bürgen gegen den Auftragnehmer betrifft nicht das für § 103 InsO allein maßgebliche synallagmatische Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, sondern das Avalkreditverhältnis zwischen Bürgen und Auftragnehmer.

(vgl. Schmitz, a.a.O., 200, 201; Wellensiek, BauR 2005, 169, 191, a.A. FK/Wegener, a.a.O., § 103, Rz. 74)

Eine einseitige vollständige Erfüllung liegt auch dann vor, wenn der Auftragnehmer seine Leistung – inklusive der Beseitigung der nach Abnahme erkannten Mängel – vollständig erbracht hat.



Demgegenüber liegt ein beidseitig noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vor, wenn der Auftragnehmer das geschuldete Werk nicht vertragsgemäß, fehlerfrei und abnahmereif hergestellt hat und wenn auch gleichzeitig Zahlungsrückstände des Auftraggebers vorliegen. Vollständig bezahlt ist die Vergütung auch dann noch nicht, wenn der Auftraggeber den Sicherheitseinbehalt noch nicht ausbezahlt hat.

(vgl. Uhlenbruck/Wegener, *InsO*, 13. Aufl., § 103, Rz. 63, 64)

Bei einem solchen beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Vertrag greift die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters gem. § 103 *InsO* ein, wobei bei einem Bauvertrag teilbare Leistungen im Sinne des § 105 *InsO* vorliegen können.

(vgl. BGH, ZIP 1997, 688)

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlieren die Ansprüche des Auftraggebers auf weitere Leistungen des Insolvenzschuldners und die entsprechenden Gegenleistungsansprüche des Insolvenzschuldners gegen den Auftraggeber zunächst ihre Durchsetzbarkeit. Die Verfahrenseröffnung bewirkt indes keine materiell rechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrags, sondern hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) nur zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können. Erst mit der Wahl des Insolvenzverwalters, den Bauvertrag zwischen Insolvenzschuldner und Auftraggeber zu erfüllen, wird den Ansprüchen des Auftraggebers auf die noch ausstehenden Werkleistungen des Insolvenzschuldners und den Ansprüchen des Insolvenzverwalters auf eine entsprechende Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und -forderungen beigelegt.

(vgl. Schmitz, a.a.O., Rz. 219)

Damit soll der Gegenwert für die aufgrund des Erfüllungsverlangens des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung mit Mitteln der Masse erbrachten Leistungen in vollem Umfang der Masse und damit den Gläubigern zu Gute kommen.

Der Insolvenzverwalter kann bei einem solchen beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Bauvertrag – ggf. nach einer entsprechenden Aufforderung des anderen Teils – die Vertragserfüllung wählen. Die Erfüllungswahl des Verwalters erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130 bis 132 BGB.

(vgl. BGH, NJW 1998, 992)

Die Erfüllungswahl kann auch in einem schlüssigen Verhalten liegen.

(vgl. Uhlenbruck/Wegener, a.a.O., § 103, Rz. 114)

Für die Auslegung eines solchen Verhaltens des Insolvenzverwalters ist maßgebend, welche Bedeutung ihm ein objektiver Dritter in der Situation des Vertragspartners nach der Verkehrs-sitte und den Gesamtumständen beimessen musste.

Problematisch könnte für einen Insolvenzverwalter bei einer wirksamen Einbeziehung der Regelungen der VOB/B in den Bauvertrag die Möglichkeit einer Auftraggeberkündigung nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B auch noch nach der Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter sein.

Eine Kündigung nach Verfahrenseröffnung und Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters durch den Auftraggeber nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B kann aufgrund der von dem Insolvenzverwalter mit der Erfüllungswahl getroffenen Vermögensdispositionen – beispielhaft durch den Abschluss von Verträgen mit Nachunternehmern – zu erheblichen negativen wirtschaftlichen Folgen für die Insolvenzmasse führen.

Dennoch hält die obergerichtliche Rechtsprechung eine solche Bestellerkündigung auch nach Verfahrenseröffnung und/oder Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters für wirksam.

(vgl. OLG Schleswig, NJW 2012, 1967; OLG Bamberg, IBR 2011, 87, OLG Düsseldorf, BauR 2006, 1908)

Insbesondere würde die Regelung des § 119 *InsO* nicht gegen eine solche Bestellerkündigung sprechen. Der Regierungsentwurf zum heutigen § 119 *InsO* enthielt zwei weitere Absätze, wobei Abs. 2 ausdrücklich vertragliche Lösungsklauseln für den Fall der Verfahrenseröffnung für unwirksam erklärte. Dieser Absatz wurde jedoch ebenso wie Absatz 3 in der endgültigen Fassung gestrichen. Dies beruhte auf der Intervention der Wirtschaftsverbände, die keinen ausreichenden Grund für einen so schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit sahen.

Das bisher vorliegende Urteil des BGH ist zu den Regelungen der KO erfolgt,

(vgl. BGH, ZIP 1985, 1509)

die jedoch keine dem § 119 *InsO* entsprechende Vorschrift enthielt. Daher ist diese Entscheidung auf die derzeitige Rechtslage nicht übertragbar.

In der Literatur wird diese obergerichtliche Rechtsprechung in einem weiten Umfang abgelehnt.

(vgl. Kreft/Marotzke, *InsO*, 5. Aufl., § 119, Rz. 5; Franke, BauR 2007, 774)



Es wird insbesondere darauf verwiesen, dass durch die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters der ursprünglich bestehende, vom Insolvenzschuldner gesetzte Kündigungsgrund der Zahlungsunfähigkeit beseitigt wird und der Insolvenzverwalter mit der Erfüllungswahl Masseverbindlichkeiten begründet, für die er ggf. selber persönlich haftet.

(vgl. Schmitz, a.a.O., Rz. 256 ff.)

Daher wird eine Kündigungsmöglichkeit zumindest nach der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters abgelehnt.

(vgl. Ingenstau/korbion, a.a.O., § 8 Abs. 2 VOB/B, Rz. 11)

Auch mit der Neufassung der VOB/B 2012 ist jedoch keine Änderung – und damit ggf. Klarstellung – des § 8 Abs. 2 VOB/B erfolgt.

Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung über die Wirksamkeit einer Auftraggeberkündigung nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters über das Vermögen des Auftragnehmers bleibt es damit bei der unklaren Rechtslage für beide Seiten.

Daher sollte ein Insolvenzverwalter – trotz der Ausführungen in der Literatur unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung – aufgrund der drohenden Auftraggeberkündigung nach § 8 Abs. 2 VOB/B nur dann die Erfüllung des Vertrages wählen, wenn er zuvor mit dem Auftraggeber eine Vereinbarung geschlossen und dieser ausdrücklich auf ein etwaiges Kündigungsrecht gem. § 8 Abs. 2 VOB/B verzichtet hat. Ohne einen solchen Verzicht des Auftraggebers auf das Kündigungsrecht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B geht ein Insolvenzverwalter bei einer Erfüllungswahl unter Berücksichtigung des notwendigen Vorfinanzierungsbedarfs und der zur Vertragserfüllung abzuschließenden separaten Verträge mit Subunternehmern ein erhebliches finanzielles Risiko ein.

Als weitere Alternative könnte statt einer solchen Erfüllungswahl auf der Grundlage der bisherigen vertraglichen Vereinbarungen auch zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Auftraggeber eine den ursprünglichen Vertrag modifizierende Vereinbarung als sogenannte „Restabwicklungsvereinbarung“ getroffen werden. Auch der Auftraggeber sollte an einer solchen einvernehmlichen Regelung interessiert sein. Soweit höchstrichterlich die Wirksamkeit einer Kündigung nach § 8 Abs. 2 VOB/B nach Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter verneint werden sollte, würde es sich bei der ausgesprochenen Kündigung um eine „freie Kündigung“ gem. § 8 Abs. 1 VOB/B mit der Rechtsfolge handeln, dass dann dem Insolvenzverwalter der vollständige Vergütungsanspruch abzüglich der ersparten Aufwendungen zustehen würde.



Ansprechpartner

Dr. Günter Trutnau, Rechtsanwalt
Telefon: 0171-4 02 62 80
E-Mail: trutnau@raehp.de

Dr. Johannes Graute, Rechtsanwalt
Telefon: 02 01-10 95-415
E-Mail: graute@raehp.de

Dr. Andreas Schröder, Rechtsanwalt
Telefon: 02 01-10 95-405
E-Mail: schroeder@raehp.de

Thorsten Snyders, Rechtsanwalt
Telefon: 0151-11 64 99 92
E-Mail: snyders@raehp.de

Robert Baude, Rechtsanwalt
Telefon: 03 41-86 83 70
E-Mail: baude@raehp.de

Internet

www.raehp.de

IMPRESSUM.

Verantwortlicher Redakteur: Dr. Andreas Schröder
Herausgeber: Heinemann & Partner Rechtsanwälte, Essen
Gestaltung: F22 Agentur, Essen
Druck: Druckhaus Garcia, Leverkusen

Standorte

Essen

Ill. Hagen 30
45127 Essen
Telefon: 02 01 - 10 95 - 6
Telefax: 02 01 - 10 95 - 500
E-Mail: essen@raehp.de

Leipzig

Paulinerweg 27
04299 Leipzig
Telefon: 03 41- 8 68 37 - 0
Telefax: 03 41- 8 68 37 37
E-Mail: leipzig@raehp.de

Erfurt

Hans-Sailer-Straße 10/11
99089 Erfurt
Telefon: 03 61 - 7 77 59 55
Telefax: 03 61 - 7 77 59 53
E-Mail: kontakt@rae-erfurt.de

Nordhorn

Heideweg 72
48529 Nordhorn
Telefon: 0 59 21-7 13 91 45
Telefax: 0 59 21-7 13 91 46
E-Mail: snyders@raehp.de

Bochum

Emil-Weitz-Straße 2
44866 Bochum-Wattenscheid
Telefon: 0 23 27- 60 66 70
E-Mail: klassen@raehp.de

Wuppertal

Nessebergstraße 21
42349 Wuppertal
Telefon: 0202-2 83 67 88
E-Mail: klassen@raehp.de



HEINEMANN & PARTNER
Rechtsanwälte



INSOLVENZBLATT.

Ausgabe Februar 2013

Inhalt.

Insolvenzrecht. 1

Doppelbesicherung im Insolvenzverfahren
– Rechtsanwalt Dr. Johannes Graute –

Insolvenzrecht. 2

Zwangsverwaltung in der Insolvenz
– Rechtsanwalt Dr. Günter Trutnau –

Grundstücksrecht.

Schadensersatzpflicht bei Geltendmachung von „Lästigkeitsprämien“
– Rechtsanwalt Dr. Johannes Graute –

Steuerrecht.

Verpflichtung des Fiskus zur Herausgabe gezogener Nutzungen aus
wirksam angefochtenen Steuerzahlungen
– Rechtsanwalt Thorsten Snyders –

Baurecht.

Neue VOB/B – Alte Probleme –
Auswirkung des § 8 Abs. 2 VOB/B auf die Bauinsolvenz
– Rechtsanwalt Thorsten Snyders –

Die Ansprechpartner. / Impressum.

2

3

5

6

7

12

Editorial.

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

mit den besten Wünschen für das Jahr 2013 präsentieren wir Ihnen zu Beginn des neuen Jahres eine neu gestaltete Ausgabe unseres Insolvenzblatts. In unserem Heft haben wir für Sie unter anderem wieder für die Praxis bedeutsame Urteile zusammengefasst und kommentiert. Insbesondere das Urteil des OLG Schleswig zu den sog. „Lästigkeitsprämien“ dürfte weitreichende Auswirkungen auf die gängige Praxis der Kreditinstitute haben.

Ihr Team aus der insolvenzrechtlichen Abteilung bei
Heinemann & Partner Rechtsanwälte



HEINEMANN & PARTNER

Rechtsanwälte