

## ZInsO-Aufsätze

### Besonderheiten in der Bauinsolvenz aus Verwalter- und Gläubigersicht

von Rechtsanwalt/Wirtschaftsmediator Torsten Steinwachs, Frankfurt/M.\*

Die Bauinsolvenz stellt aus Insolvenzverwaltungs- und Gläubigersicht eine enorme Herausforderung dar. In tatsächlicher Hinsicht sind gerade schon bei mittleren Bauinsolvenzen Dutzende von Baustellen aufzunehmen und zu sichern. Weiterhin ist sofort zu versuchen, insbesondere bei Aufträgen von der öffentlichen Hand, eine Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B zu verhindern. I.a.R. bedarf es einer Vereinbarung mit dem Bankenpool hinsichtlich der eingehenden Gelder, da diese i.a.R. von einer vorhandenen Globalzession umfasst sind. Gerade auch im rechtlichen Bereich stellt die Bauinsolvenz eine große Herausforderung dar. So sind der Baurechtssenat (VII. Senat), der Insolvenzrechtssenat (IX. Senat) und schließlich auch noch der Bankrechtssenat (XI. Senat) mit Fragen aus der Bauinsolvenz beschäftigt. Wie man den Entscheidungen doch recht klar entnehmen kann, sieht der jeweils zuständige Senat die Fragestellung und die Beantwortung derselben jeweils aus Baurechts-, Bauinsolvenz- oder Bankrechtsseite. Dies führt dazu, dass eine rechtliche Unsicherheit bei der Abwicklung einer Bauinsolvenz besteht. Evtl. kann dieser Beitrag einen gewissen roten Faden aufzeigen, und aus Verwaltungs- bzw. Gläubigersicht Möglichkeiten aufzeigen, das Bauinsolvenzverfahren evtl. noch zu optimieren.

#### I. Eröffnungsverfahren

##### 1. Zusagen des schwachen Insolvenzverwalters

Im Eröffnungsverfahren spielen Zusagen des schwachen Insolvenzverwalters eine große Rolle. So hat die Zusage, die Zahlung sei gesichert, keine Verpflichtung für die spätere Insolvenzmasse zur Folge. Auch ist der vorläufige Insolvenzverwalter nicht haftbar zu machen. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. In der baurechtlichen Literatur wird die Zahlungszusage des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters der Erklärungsinhalt beigemessen, entsprechend durchgeführte Zahlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht anfechten zu wollen.<sup>2</sup> Diese Ansicht ist kritisch zu hinterfragen, da dies in solcher Allgemeinheit sicherlich nicht zutreffend ist.<sup>3</sup> Erklärt der vorläufige schwache Insolvenzverwalter allerdings, dass er Zahlungen, die ab einem bestimmten Zeitpunkt erbracht werden, nach Eröffnung des Verfahrens und seiner Bestellung zum Insolvenzverwalter nicht anfechten wird, ist er nachfolgend gerade nicht daran gehindert, solche Zahlungen anzufechten, welche Baustofflieferungen betreffen, die erst nach dem Stichtag in das Gewerk verbaut worden sind. Dass der Einbau nach dem Stichtag erfolgte, ist dabei unerheblich.<sup>4</sup> Aus dieser Entscheidung kann nur geschlossen werden, dass ein Werkunternehmer, der vor der Nichtanfechtungszusage eines vorläufigen Insolvenzverwalters/Sachwalters Gegenstände lieferte, aber noch nicht einbaute, seine Rechte besser aus Eigentumsvorbehalten geltend macht und eine Rückholung der gelieferten Baustoffe oder eine Ablösung vorteilhafter ist.<sup>5</sup>

##### 2. Beschränkte Ermächtigung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters

Das Insolvenzgericht kann den schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter eine beschränkte Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall erteilen und den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter zum sog. „halbstarken“ Insolvenzverwalter ermächtigen. Wird von der Ermächtigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter Ge-

brauch gemacht, sind die Ansprüche aus solchen Verträgen im eröffneten Verfahren als Masseverbindlichkeiten zu berichtigen.<sup>6</sup> Der Schuldner begründet im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren, auch außerhalb des Schutzschirms, nach § 270b InsO nur Masseverbindlichkeiten mit Ermächtigung des Gerichts. Eine Analogie von § 55 Abs. 4 InsO findet gerade nicht statt.<sup>7</sup>

Bereits bestehende Ansprüche der Gläubiger können durch eine Einzelermächtigung des Insolvenzgerichts nicht nachträglich zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet werden. Es erfolgt gerade keine rückwirkende Anordnung der Entstehung von Masseverbindlichkeiten.<sup>8</sup> Die Ansicht des AG Köln überzeugt und entspricht am ehesten den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten hat im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren (§ 270a InsO) zugunsten des Schuldners zu ergehen. Ein Zustimmungsvorbehalt analog § 250 InsO zugunsten des vorläufigen Sachwalters kann dabei angeordnet werden.<sup>9</sup>

\* Torsten Steinwachs ist Rechtsanwalt, zertifizierter Wirtschaftsmediator (University of Applied Science), geschäftsführender Partner bei BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG – Avalmanagement –, Frankfurt/M.; Lehrbeauftragter an der Hochschule FOM/Frankfurt/M. und Zertifizierter Restrukturierungsexperte, TRP Advocates/Rechtsanwälte Frankfurt/M. in Kooperation mit Schuster & Partner, Rechtsanwälte/Fachanwälte Berlin/Neuruppin.

2 Koenen, Handbuch des Fachanwalts für Bau- und Architektenrecht, 5. Aufl., Kap. 7, Rn. 73.

3 Vgl. hierzu auch Zipperer, ZIP 2019, 689.

4 OLG Düsseldorf, NZI 2019, 284 m. Anm. Hofmann, NZI 2019, 287.

5 So auch Kollmar, Anm. zu OLG Düsseldorf, NZI 2019, 284 in ibr-online v. 2.4.2019.

6 Grundsatzentscheidung BGH v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, ZInsO 2002, 819; aus der baurechtlichen Rechtsprechung: OLG Brandenburg, BauR 2013, 134.

7 BGH, ZInsO 2018, 2796.

8 AG Köln, ZInsO 2019, 160; a.A. OLG Brandenburg, BauR 2013, 134.

9 AG Köln, ZInsO 2019, 160.

### 3. Wichtigste Aufgaben im vorläufigen Verfahren

Die Insolvenzverwaltung hat im vorläufigen Insolvenzverfahren insbesondere die Aufgabe, die sog. „Z.D.F.“ zu sichern.<sup>10</sup> Im vorläufigen Verfahren sind die Baustellen bzw. der Baustand aufzunehmen. Es muss eine Sicherung der Baustoffe bzw. der Baugeräte erfolgen. Es ist großer Wert darauf zu legen, die Verkehrssicherungspflicht nicht zu verletzen. Insbesondere ist zu prüfen, ob ausreichend Versicherungsschutz besteht. Weiterhin haben zügig Gespräche mit den Auftraggebern zur Vermeidung der Bauvertragskündigung zu erfolgen. Hierbei sollte sich die Verwaltung nicht ausschließlich auf die Aussagen und das Zahlenmaterial des Gemeinschuldners verlassen, da erfahrungsgemäß die Aussagen der Mitarbeiter meist zu optimistisch geprägt und die Zahlen zumindest i.a.R. kritisch zu prüfen sind.

## II. Eröffnetes Verfahren

### 1. Bindung des Verwalters an einer Schiedsabrede

Der Insolvenzverwalter ist an eine Schiedsklausel gebunden, selbst wenn diese in einem Geschäftsbesorgungsvertrag vereinbart wurde. Nach § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird die Schiedsklausel vom BGH als eine unabhängige Vereinbarung angesehen. Die Schiedsvereinbarung ist weder ein gegenseitiger Vertrag noch ein Auftrag. Der Verwalter kann daher weder die Erfüllung ablehnen noch erlischt der Schiedsvertrag durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine Bindung des Verwalters scheidet dann aus, soweit im Streit ein selbstständiges, der Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners entzogenes Recht des Insolvenzverwalters ist (insbesondere Insolvenzanfechtung).<sup>11</sup> Die Schiedsklausel erstreckt sich dabei auch auf Streitigkeiten, die auf einen später geschlossenen Vergleich zurückgehen. Dabei steht dem späteren Vergleich ein Nachtrag zum Bauvertrag gleich.<sup>12</sup>

### 2. Direktzahlungen des Auftragnehmers an den Nachunternehmer

Zahlt der Auftraggeber gem. § 16 Abs. 6 VOB/B<sup>13</sup> an einen Subunternehmer, ist diese Zahlung als inkongruente Deckung i.S.d. § 131 Abs. 1 InsO zu bewerten. Direktzahlungen des Auftraggebers an einen Nachunternehmer gewähren diesem eine inkongruente Deckung, denn der Subunternehmer hat keinen Anspruch darauf, seine Forderung gegen den Auftragnehmer in dieser Art durch diesen als Dritten erfüllt zu erhalten. Darin liegt eine nicht unerhebliche Abweichung vom normalen Zahlungsweg des Auftragnehmers an den Subunternehmer. Derartige Direktzahlungen sind zudem besonders verdächtig, weil sie einen Zahlungsverzug des Auftragnehmers und damit typischerweise an dessen Liquiditätsschwierigkeiten anknüpfen.<sup>14</sup> Wenn der Bauinsolvenzschuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz seinen Schuldner (Auftraggeber) anweist unmittelbar an seine Gläubiger zu zahlen, käme sogar eine Vorsatzanfechtung auch gegen den Angewiesenen in Betracht. Die Anfechtungsansprüche gegen den Angewiesenen und den Zuwendungsempfänger (Subunternehmer) stehen dann im Verhältnis der Gesamtschuld zueinander.<sup>15</sup>

### 3. Ausnutzung eines Skontoabzuges

In dem Fall, indem der Schuldner vor Fälligkeit unter Ausnutzung einer befristet eingeräumten Möglichkeit des Skontoabzugs zahlt, ist die dadurch bewirkte Deckung als kongruent anzusehen.<sup>16</sup>

### 4. Umgang mit dem Bauvertrag im eröffneten Verfahren

#### a) Beiderseits noch nicht vollständig erfüllter Bauvertrag

Ein Wahlrecht steht dem Insolvenzverwalter zu bei noch nicht vollständig erfüllten Bauverträgen. Vollständig erfüllt ist ein gegenseitiger Vertrag, wenn nicht nur die geschuldete Leistungshandlung vorgenommen worden, sondern auch der Leistungserfolg eingetreten ist.<sup>17</sup> Der Auftraggeber hat den Werkvertrag vollständig erfüllt, wenn er die vertraglich vereinbarte Vergütung gezahlt hat und das mangelfreie oder nur mit geringen Mängeln behaftete Werk abgenommen hat. Der Auftragnehmer hat den Werkvertrag vollständig erfüllt, wenn er das geschuldete Werk mangelfrei hergestellt hat. Ist das Werk objektiv mangelfrei, tritt die Erfüllungswirkung regelmäßig mit der Abnahme des Gewerks ein. Ist das Werk jedoch mit Mängeln behaftet und besteht insoweit noch ein Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers, liegt aufseiten des Auftragnehmers keine vollständige Erfüllung i.S.d. § 103 InsO vor. Somit dürften rd. 90 % der Werkverträge dem § 103 InsO unterliegen. Seit 2002 vertritt der BGH die sog. Suspensivtheorie. Danach bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine materiell-rechtliche Umgestaltung der Verträge und noch offene Ansprüche der Vertragsparteien verlieren lediglich ihre Durchsetzbarkeit. Ein gegenseitiger Vertrag bleibt, ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in der Lage bestehen, in der er sich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand.<sup>18</sup> Dies hat Auswirkungen auf den Ausschluss der Aufrechenbarkeit für den Auftraggeber gem. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO. Streitig ist insbesondere gewesen, ob die insolvenzbedingte Kündigungsmöglichkeit für den Auftraggeber gem. § 8 Abs. 2 VOB/B wirksam ist gem. §§ 103, 119 InsO. Der Baurechtsenat hat hierzu entschieden, dass die auftraggeberseitige Kündigungsmöglichkeit des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B gerade nicht gegen die §§ 103, 119 InsO verstoßen.<sup>19</sup> Weiter-

10 Z = Zahlen, D = Daten, F = Fakten.

11 BGH, Beschl. v. 29.9.2017 – I ZB 60/16, ZInsO 2017, 2751.

12 BGH Beschl. v. 28.3.2019 – I ZB 51/18 m. Anm. Wellensiek in *ibr-online* v. 29.5.2019.

13 Die VOB wurde bereits 1926 geschaffen, wird heute vom Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen laufend den aktuellen Gegebenheiten angepasst (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, Stand: 18.4.2016).

14 Grundsatzentscheidung, BGH, Beschl. v. 6.6.2002 – IX ZR 425/99, ZInsO 2002, 766.

15 BGH, Beschl. v. 19.7.2002 – IX ZR 200/11, *IBR* 2012, 713; OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2011 – 8 U 19/10.

16 BGH, Beschl. v. 6.5.2010 – IX ZR 114/08, ZInsO 2010, 1090.

17 BGHZ 87, 156, 162.

18 BGH, NZI 2003, 375; ZInsO 2002, 577.

19 BGH, ZInsO 2016, 1062 (VII. Senat).

hin verstieße das Kündigungsrecht auch nicht gegen AGB-Recht. Dies ist sicherlich kritisch zu sehen. Insbesondere hatte in einer gut begründeten Entscheidung die Vorinstanz<sup>20</sup> hier noch einen Verstoß gegen §§ 103, 119 InsO gesehen. Einschränkung zu der v.g. BGH-Entscheidung ist noch anzumerken, dass diese erging im Fall des Eigenantrags des Schuldners. Noch offen ist daher, ob der Baurechtssenat dies ebenfalls so sieht, falls es ein Fremdantrag gewesen wäre.

## b) Wahlrecht des Verwalters

Ob der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt oder nicht, liegt in seinem Ermessen. Er hat sich dabei davon leiten zu lassen, ob die Erfüllungswahl im Interesse der Gesamtgläubigerschaft wirtschaftlich zu einer Massemehrung führen wird. Hier liegt ein gewisses Haftungspotenzial für den Verwalter vor. In der Eigenverwaltung ist der Schuldner nach § 279 InsO zur Ausübung des Wahlrechts befugt. Das Wahlrecht steht dabei ausschließlich dem Insolvenzverwalter zu und kann nicht auf Dritte delegiert werden. Das Wahlrecht kann auch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt werden. Die Erklärung über sein Wahlrecht übt der Insolvenzverwalter durch eine einseitige, empfangsbedürftige, bedingungsfeindliche und unwiderrufliche Willenserklärung aus. Dies ist formlos möglich, selbst wenn der nichterfüllte Vertrag formbedürftig sein sollte. Eine Anfechtungserklärung wegen Irrtums ist nur möglich, wenn sich der Verwalter über den Stand der Verfahrensabwicklung irrt, nicht dagegen bei bloßer Unkenntnis der Sachlage oder bei einem bloßen Irrtum über die Rechtsfolgen seines Handelns. Es kommt für die Auslegung des Verhaltens des Insolvenzverwalters darauf an, wie der Vertragspartner es nach Verkehrssitte und den Gesamtumständen verstehen musste. Die Erfüllungswahl kann dabei auch konkludent abgegeben werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gewerk nach Insolvenzeröffnung in nicht nur unerheblichen Art und Weise weitergeführt und bis zur Bauabnahme fortgesetzt wird. Nimmt der Verwalter einen Werklohnprozess auf, fordert den Restwerklohn gemäß den vertraglichen Modalitäten ein, widersetzt sich einem vom Auftraggeber geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht wegen Mängel nicht, so erklärt er konkludent die Erfüllung des Vertrags.<sup>21</sup> Nach a.A. beinhaltet die Wiederaufnahme eines unterbrochenen Rechtsstreits gem. § 240 ZPO kein konkludentes Erfüllungsvorbringen des Verwalters gem. § 103 InsO.<sup>22</sup> Aus Verwaltersicht sollte vorsorglich vor Beitreibung der Forderung das Wahlrecht ausgeübt und die Erfüllung des Vertrags abgelehnt werden.

## 5. Durchgriffshaftung gemäß Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)

Zweck des BauFordSiG ist es, dass den Baubeteiligten in Ergänzung zu den Werkvertragsregeln Rechte eingeräumt werden, die sie vor der Undurchsetzbarkeit ihrer Werklohnforderungen schützen sollen. Das BauFordSiG ist daher eine Kompensation für das Fehlen eines gesetzlichen Pfandrechts im Bauvertragsrecht. Seit der Reform des Baugeldes im Jahr 2009 gilt jede Abschlagszahlung, die ein Generalunternehmer von seinem Auftraggeber erhält, als Baugeld. Dieses Baugeld muss zur Bezahlung der von ihm beauftragten Subunternehmer

verwendet werden. Dabei wird der Baugeldempfänger faktisch zum Treuhänder seines Subunternehmers. Wird dieses Baugeld zweckwidrig verwendet, können die Nachunternehmer ihre Forderungen nicht mehr durchsetzen, müssen die Verantwortungsträger mit einer persönlichen Inanspruchnahme rechnen. Als diese werden Geschäftsführer, Prokuristen und Projektleiter angesehen. Der Baugeldempfänger hat die ordnungsgemäße Baugeldverwendung auch zu beweisen.<sup>23</sup> Vertreten wird, dass es sich bei § 1 Abs. 1 BauFordSiG um ein Schutzgesetz zugunsten der am Bau Beteiligten handelt und somit als Gesamtschaden i.S.d. § 92 InsO zu behandeln sei.<sup>24</sup> Diese Ansicht ist abzulehnen. Beim Gesamtschaden geht es um die Verkürzung der Masse, die die Gesamtheit der Gläubiger betrifft.<sup>25</sup> Die Verkürzung der Masse muss die Gesamtheit der Gläubiger treffen.<sup>26</sup> Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Der BGH geht wohl auch davon aus, dass es sich nicht um einen Gesamtschaden handelt, denn er justiziert, dass eine zweckwidrige Verwendung des Baugeldes entfällt, sofern die Zahlung anfechtungsrechtlich keinen Bestand gehabt hätte, da ein Baugeldgläubiger in der Insolvenz des Baugeldempfängers keine Vorrechte genieße.<sup>27</sup> Damit wird allerdings auch das Baugeld, welches bereits seit über 100 Jahren existiert, stark abgewertet.

## 6. Massemehrung in der Bauinsolvenz

### a) Rückforderung von Bearbeitungsentgelten beim Avalkredit/Kautionsversicherungsvertrag

Bearbeitungsentgelte bei Vereinnahmung in AGB sind unzulässig. Dabei ist nach BGH nur die Avalprovision Preishauptabrede und damit der AGB-Kontrolle entzogen. Das Bearbeitungsentgelt entgegen ist Preisnebenabrede und unwirksam. Dies gilt insbesondere auch im Firmenkundengeschäft.<sup>28</sup> Noch streitig ist die Frage, ob eine Ausstellungsgebühr – Bearbeitungsentgelt – für die einzelnen Avale zulässig ist oder nicht.<sup>29</sup> Man wird die berechnete Vermutung äußern dürfen, dass der BGH, bei dem beide Entscheidungen liegen sollen, seine restriktive Rechtsprechung fortsetzen wird und auch im Firmenkundengeschäft zu einer Unzulässigkeit der Arbeitsentgelte als Ausstellungsgebühr gelangt. Schlussendlich wird diese restriktive Rechtsprechung dazu führen, dass die Avalprovisionen als Preishauptabrede wieder anziehen werden.

20 OLG Frankfurt/M., IBR 2015, 254.

21 BGH, IBR 2005, 18.

22 OLG Karlsruhe, IBR 2011, 1356.

23 OLG Celle, ZInsO 2018, 1992.

24 *Koenen* (Fn. 1), Kap. 7, Rn. 134.

25 BGH, ZInsO 2011, 1453; 2009, 2008; MünchKomm-InsO/*Brandes/Gehrlein*, § 92 Rn. 11.

26 BGH, ZInsO 2011, 1453.

27 BGH, ZInsO 2013, 1313.

28 BGH, BKR 2018, 421; instruktiv zu der Zulässigkeit von Entgelten bei Krediten: *Rösler*, ForderungsPraktiker 2019, 135.

29 Für die Zulässigkeit: OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.11.2015 – 3 U 173/14; Zur Unzulässigkeit gelangt OLG Rostock, VuR 216, 226.

## b) Einrede der Anfechtbarkeit der Bürgschaftsbegebung durch die Bank/den Kautionsversicherer und deren Auswirkungen auf die Bürgschaftsinanspruchnahme

Die Insolvenzverwaltung kann Bürgschaften nach den §§ 129 ff. InsO anfechten. Die anfechtbare Handlung ist gerade in der Übernahme der Bürgschaft und nicht erst in der Leistung aus der Bürgschaft zu sehen. Der Verzicht in der Bürgschaftsurkunde erfasst nicht das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters. Die zu fordernde Gläubigerbenachteiligung folgt aus der Avalkreditbesicherung zugunsten der bürgenden Bank. Eine genaue Kenntnis über die Besicherung des Bürgschaftsnehmers wird nicht verlangt. Die Bank/der Kautionsversicherer kann daher Bürgschaftsrisiken reduzieren, insbesondere wenn die Bürgschaft die letzten 3 Monaten vor Antragstellung begeben worden ist, und der Avalkredit auch besichert gewesen war.<sup>30</sup> Die Anfechtungsmöglichkeit ist ein absolutes Alleinstellungsmerkmal der Bauinsolvenz, da hierbei es sich um die einzige Insolvenzanfechtung handelt, über den sich der Gläubiger „freut“. Dabei ist eine Anfechtungserklärung der Insolvenzverwaltung nicht notwendig, soweit ein Insolvenzanfechtungsrecht objektiv besteht, da diese Einrede der Insolvenzanfechtbarkeit über § 768 BGB erhoben werden kann bzw. eine eigenständige Einrede zugunsten des Bürgen darstellt.<sup>31</sup>

## c) Rückforderungsansprüche nach Zahlung aus Garantie und Bürgschaft<sup>32</sup>

Die Masse kann weiter angereichert werden, wenn der Garant bzw. evtl. auch der Bürge unberechtigterweise Zahlung geleistet hat, insbesondere nach einem ersten Anfordern. Derartige Rückzahlungsansprüche stehen der Insolvenzmasse zu. Im Fall einer Auszahlung aus einer Garantie (i.a.R. auf erstes Anfordern ausgestellt) bei einer rechtswidrigen Inanspruchnahme ist umstritten, wem der Rückzahlungsanspruch eigentlich zusteht. Der BGH ist hier, anders als bei der Bürgschaft,<sup>33</sup> der Meinung, dass zumindest im Fall der Insolvenz des Bankkunden als Garantieforderunggeber der Insolvenzmasse, somit sämtlichen Gläubigern aufgrund der Abstraktheit der Garantie, dieser Zahlungsanspruch zustehen solle.<sup>34</sup> In der Literatur wird dies anders gesehen.<sup>35</sup> Da die Kautionsversicherungen unisono einen Abtretungsvertrag schließen, sodass ihnen auch der Rückzahlungsanspruch zusteht, ist es bei den Banken seltsamerweise nahezu komplett unterblieben. Warum sich die Kreditinstitute diesen Rückzahlungsanspruch nicht ebenfalls abtreten lassen, bleibt ein Rätsel.

## d) Besicherung des Kautionsversicherungsvertrags

Insbesondere die Kautionsversicherungen lassen sich Festgelder zur Sicherheit abtreten und gerade nicht verpfänden. Damit steht der Insolvenzmasse für die Verwertung eine 4 %ige Feststellungspauschale zu. Der weiterhin gesetzlich angeordneten 5 % Verwertungskostenbeitrag zzgl. USt wird eher nicht geschuldet, da die Verwertung i.a.R. durch ein Anschreiben erfolgt und somit kein großer Aufwand zu verzeichnen ist.<sup>36</sup>

Da der Aufwand doch recht überschaubar ist, werden von der Literatur sowie der Rechtsprechung derartige Verwertungsschreiben mit einem Aufwand von 25 € bzw. mit 50 € bepreist.<sup>37</sup>

## e) Schicksal des Kautionsversicherungsvertrages (Avalkreditvertrages) in der Insolvenz<sup>38</sup>

Der Avalkreditvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.v. § 675 BGB. Dieser erlischt mit Insolvenzeröffnung, §§ 115, 116 InsO. Der Insolvenzverwalter hat gerade kein Wahlrecht gem. § 103 InsO. Die Prämienansprüche für die Zeit nach Insolvenzeröffnung sind daher nicht insolvenzfest.<sup>39</sup> Der Verwalter kann daher Rückzahlung von der Bank bzw. vom Kautionsversicherer von vorausbezahlten Avalprovisionen für den Zeitraum nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangen.<sup>40</sup> Diese Ansicht hat der BGH später noch einmal bestätigt und judiziert, dass für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Kautionsversicherer, respektive der Bank keine Avalprovisionsansprüche mehr zustehen. Vereinbarungen nach Insolvenzeröffnung erfolgen dabei ohne Rechtsgrund, obwohl die Avale schließlich weiter herausgelegt sind.<sup>41</sup> Eine Ausnahme lässt der BGH zu, wenn eine Einmalprämie für herausgelegte Bürgschaften vereinbart ist. Diese werden vom BGH als insolvenzfest eingestuft<sup>42</sup> unter Zugrundelegung der Rechtsansicht von *Obermüller/Kuder*.<sup>43</sup> Allerdings funktioniert diese Ausnahme für den Avalkredit nicht, da hier eine Einmalprämie nicht vereinbart werden kann, sondern diese sich i.d.R. an der Inanspruchnahme mit Herauslegung der Bürgschaftssumme orientiert. In einer für die Kreditwirtschaft verheerenden Entscheidung judizierte das KG, dass, bedingt durch das Erlöschen des Kautionsversicherungsvertrags, auch eine Besicherung der Inanspruchnahme, respektive der Auszahlung aus der Bürgschaft, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht möglich sei.<sup>44</sup> Nach

30 OLG München, WM 2008, 442 (Walter Bau), bestätigt durch BGH, Beschl. v. 20.9.2007 – IX ZR 155/06.

31 Ausführlich hierzu: *Cranshaw/Steinwachs/Bruhn*, ZInsO 2013, 1005, 1011; *Steinwachs/Eckert/Soring*, ForderungsPraktiker 2015, 262, 264; *Steinwachs*, in: *Cranshaw/Paulus/Michel*, Bankenkomm. zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2016, vor § 174 InsO Rn. 19 – 28.

32 Instruktiv zu diesem Thema: *Hogrefe*, VersR 2014, 1407.

33 BGH, IBR 2018, 18 m. Anm. *Schmitz* unter Aufhebung von OLG Koblenz, IBR 2015, 427; *Hogrefe*, VersR 2014, 1407, 1412; kritisch zu OLG Koblenz bereits: *Steinwachs/Eckert/Soring*, ForderungsPraktiker 2015, 262, 267.

34 BGHZ 140, 49.

35 *Steinwachs* (Fn. 30), vor § 174 InsO Rn. 84; *Zahn/Ehrlich/Haas*, Zahlung und Zahlungssicherheiten im Außenhandel, 8. Aufl., Rn. 9, Rn. 132; *Blesch/Meyer/Steinwachs*, Rechtssicheres Avalgeschäft, 3. Aufl. 2014, Rn. 653.

36 OLG Jena, ZInsO 2004, 509.

37 AG Bonn, NZI 2001, 50; LG Neuruppin, Urt. v. 30.11.2006 – 2 O 144/06; *Habl/Kamm*, in: *Cranshaw/Paulus/Michel*, Bankenkomm. zum Insolvenzrecht, Bd. 2, § 171 Rn. 21m.

38 *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 324 ff.

39 BGH, ZInsO 2007, 37; ZIP 2007, 543.

40 OLG München, ZInsO 2009, 286; OLG Hamburg, ZInsO 2010, 339.

41 BGH, ZIP 2011, 282.

42 BGH, Urt. v. 24.6.2010 – IX ZR 199/09, ZInsO 2010, 1332.

43 *Obermüller/Kuder*, FS Fischer, 2008, S. 385.

44 KG, ZInsO 2004, 979; ebenso *Berger*, NZI 2007, 2566.

a.A. steht bei einer Inanspruchnahme einer Bürgschaft in der Insolvenz des Kreditkunden dem Kautionsversicherer/der Bank ein Absonderungsrecht an einem vor Insolvenzeröffnung zur Sicherheit abgetretenen Festgeldguthaben zu.<sup>45</sup> Der BGH hat sich zu Recht zur Besicherungsmöglichkeit des Avalkreditvertrags entschieden und judiziert, dass eine Besicherung des Avalkredites möglich bleibt. Absonderungsrechte an abgetretenen Festgeldguthaben sind damit insolvenzfest. Dass der gesicherte Anspruch erst nach der Insolvenzeröffnung entsteht ist unerheblich, es handelt sich dabei gerade nicht um einen Verstoß des § 91 InsO. Bedingt begründete Rechte werden im Insolvenzverfahren als bereits bestehend behandelt. Der Rechtsgrund des Regressanspruchs aus § 774 BGB entsteht bereits mit Übernahme der Bürgschaft und ist aufschiebend bedingt begründet.<sup>46</sup> Dies gilt i.Ü. auch für die abstrakte Garantie, da der BGH einen Regressanspruch aus § 774 BGB mit dem aus dem Avalauftragsverhältnis erwachsenen Aufwendungsersatzanspruchs gem. §§ 675, 676 BGB gleichstellt.<sup>47</sup> Das KG hat sich nunmehr dieser Ansicht angeschlossen.<sup>48</sup>

#### f) **Massemehrung durch Inanspruchnahme der Subunternehmer**

Bis zu einer Grundsatzentscheidung des BGH im Bauinsolvenzverfahren *Philipp Holzmann* war es unklar, wem die Subunternehmeransprüche in der Bauinsolvenz eigentlich zustehen. Der BGH hat sich in einer gut begründeten Entscheidung dafür entschieden, dass im Fall eines Mängelanspruchs sich diese Ansprüche ipso iure umwandeln in einen Zahlungsanspruch direkt gegen den Subunternehmer und dieser Zahlungsanspruch der Insolvenzmasse zusteht. Der Insolvenzverwalter kann daher beim VOB-Vertrag vom Subunternehmer Zahlung statt Nachbesserung verlangen. Eine Fristsetzung ist dabei entbehrlich. Ansonsten käme es zu einer unzulässigen bevorzugten Befriedigung einzelner Insolvenzgläubiger, hier dem Auftraggeber des späteren Gemeinschuldners.<sup>49</sup> Diesen Anspruch gilt es im Insolvenzverfahren zu sichern und im Fall des Auftretens von Mängeln auch zu verfolgen. Steht allerdings im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Nachunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Gewerk nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, so sind seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer ausgeschlossen. Diese Entscheidung beruht auf dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung.<sup>50</sup>

#### g) **Prüfung der Verkaufsmöglichkeiten an Investoren**

In der Bauinsolvenz lassen sich grds. vier verschiedene Ansprüche veräußern. Es können die bestehenden Werklohnforderungen verkauft werden. Die Ansprüche gegen die Subunternehmer (z.T. auch noch besichert mit Avalen) sind veräußerungsfähig. Sollten die Avalen barunterlegt sein, so wird ausschließlich die Insolvenzmasse ein Interesse daran haben, die Avalen auch zurückzuholen. Dieser Freibeaanspruch der Sicherheiten bei einer unbeschadeten Rückgabe der Avalen ist ebenfalls veräußerungsfähig. Insbesondere wenn das Verfahren bereits mehrere Jahre andauerte und die Insol-

venzverwaltung das Verfahren schließen möchte, stellen gerade die barunterlegten Avalen oftmals ein Hinderungsgrund dar. Hier kann ein Investor helfen und gegen eine Abschlagszahlung das Verfahren dann geschlossen werden. Weiterhin können die Banken ihre eigenen Avalrisiken veräußern. Vorher muss das Kreditinstitut einschätzen, wie hoch die Ziehungswahrscheinlichkeit der Avalen ist.

#### h) **Massemehrung durch Unwirksam von Kreditsicherheiten**

Im Bauinsolvenzverfahren sind oftmals Sicherheiten Poolverträge<sup>51</sup> der Banken und Kautionsversicherungen anzutreffen. Hierbei ist es durchaus legitim zu prüfen, ob die Sicherungszweckerklärungen in den Poolverträgen nebst oftmals zahlreichen Nachträgen sowie die Sicherungszweckerklärung an den einzelnen Kreditsicherheiten kompatibel sind. Weiterhin sind in Sicherheiten Poolverträge auch Erlösverteilungen und Saldenausgleichsbestimmungen enthalten. Auch hier lohnt es sich zu prüfen, inwieweit diese Vereinbarungen aufeinander abgestimmt sind bzw. überhaupt eingehalten werden. Hier ist des Öfteren anzutreffen, dass Auszahlungen aus Avalen in die erstrangig besicherte Barlinie mit eingebucht werden. Dies wäre nur dann zulässig, wenn es sich um eine Barmischlinie handeln sollte. Bei der in einer Bauinsolvenz nahezu immer anzutreffenden Globalzession ist die Rechtsprechung des BGH zur sog. Vertragsbruchtheorie<sup>52</sup> zu beachten. Dabei fordert der BGH durch eine dingliche Teilverzichtserklärung den Rücktritt der Globalzession hinter den verlängerten Eigentumsvorbehalt der Lieferanten ein. Insbesondere wenn ausländische Banken die Sicherheiten hereingeholt haben, lohnt sich ein Blick in die Verträge, da in anderen Ländern, wie z.B. Schweiz und Österreich, derartige dingliche Teilverzichtserklärungen nicht notwendig sind. Sollte eine dingliche Teilverzichtserklärung fehlen oder diese nicht wirksam formuliert sein, so stehen die Außenstände allein der Insolvenzmasse zu.

#### 7. **Versicherung im Verfahren und die Versicherung des Verfahrens**

Ein Blick in rechtsgeschichtliche Aufzeichnungen lohnt. So heißt es im ca. 4.000 Jahre alten Codex Hammurapi:

*„Baut ein Baumeister ein Haus und macht es zu schwach, so dass es einstürzt und tötet den Bauherrn: Dieser Baumeister ist des Todes. Kommt ein Sohn des Bauherrn dabei um, so soll ein Sohn des Baumeisters getötet werden. Kommt ein*

45 OLG Dresden, ZIP 2007, 640; ebenso: *Vogel*, ZIP 2007, 2198.

46 *Vogel*, ZIP 2007, 2198.

47 BGH, ZInsO 2008, 452.

48 KG, ZIP 2010, 2411.

49 BGH, Urt. v. 10.08.06 – IX ZR 2805.

50 BGH, Beschl. v. 26.9.2018 – VII ZR 36/16, unter Fortsetzung BGH, IBR 2007, 472.

51 Ausführlich zum Sicherheiten Poolvertrag, *Steinwachs*, in: FCH Sicherheitenkompendium, 5. Aufl., Rn. 133 ff.; Zur Insolvenzfähigkeit des Sicherheiten Poolvertrags, *ders.*, NJW 2008, 2231; *Fischer*, ZInsO 2008, 477.

52 Vgl. hierzu *Bilow*, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl., Rn. 1654 ff.

*Sklave dabei um, so gebe der Baumeister einen Sklaven von gleichen Wert. Wird bei dem Einsturz Eigentum zerstört, so ersetze er den Wert und baue das Haus wieder auf!*<sup>54</sup>

Wie man sieht, auch schon vor bereits 4.000 Jahren gab es Baumängel zu beklagen. Für die Insolvenzverwaltung ist unabdingbar zu prüfen, ob eine Betriebshaftpflichtversicherung besteht und auch die Prämien bezahlt worden sind. Die Haftpflichtversicherer und die spezialisierten Makler sind in der Lage, dem jeweiligen Bauunternehmen in Form von Modulen auf die betrieblichen Erfordernisse zugeschnittene Deckungskonzepte zur Verfügung zu stellen, sodass das Haftpflichtrisiko für das Unternehmen und damit für die Insolvenzmasse kalkulierbar wird. Es gibt allerdings einige tückische Ausschlussbestimmungen, die unbedingt zu beachten sind. Als Beispiel sei Nr. 7.7 AHB für Tiefbauarbeiten genannt. In der sog. Tätigkeitsklausel wird bestimmt, dass Haftpflichtansprüche wegen Schäden, die an fremden Sachen durch eine gewerbliche Tätigkeit des Versicherungsnehmers an oder mit diesen Sachen (Bearbeitung, Reparatur) entstanden sind, vom Versicherungsschutz ausgenommen werden. Viele Tiefbauleistungen sind daher nicht versicherungsfähig. So ist z.B. eine Kanalsanierung ohne Tätigkeit am undichten Kanal schlicht und ergreifend nicht möglich. Sollte sich das Bauunternehmen in der Eigenverwaltung befinden, so ist bei einer Versicherung für die Tätigkeit des CRO darauf zu achten, dass die Geschäftsleiter den Beteiligten analog §§ 60, 61 InsO mithaften.<sup>53</sup> Eine Haftpflichtversicherung hat diese Umstände mit zu umfassen. Bei der Versicherung der Beteiligten der Bauinsolvenz sind nach AG Hannover<sup>54</sup> mindestens zwei Angebote von Versicherungen einzuholen. Dies sollte i.d.R. über spezialisierte Makler erfolgen, da diese die besten Angebote von den jeweiligen Versicherungen unterbreitet bekommen. In der Praxis ist darauf zu achten, ob die Angebote von den Versicherungen einfach oder zweifach maximiert sind. Das kann bei vergleichbaren Prämien zu einem erhöhten Versicherungsschutz führen. Sollten Versicherungen zu hoch sein, respektive keine vergleichbaren Angebote eingeholt worden sein, so geht dies zulasten der Insolvenzmasse. Spätestens am Ende des Verfahrens sind in der Schlussrechnungsprüfung derartige überhöhte Prämien den Vergütungen abzuziehen.<sup>55</sup>

### III. Bauavale in der Insolvenz<sup>56</sup>

Der tatsächliche und rechtliche Umgang mit den Bauavalen in der Bauinsolvenz stellt eine enorme Inanspruchnahme der Kapazitäten der Insolvenzverwaltung, wie auch der Avalgläubiger dar, insbesondere, wenn es eine Besicherung des Avalkredits der Banken bzw. des Kautionsversicherungsvertrags der Kautionsversicherungen gibt. Dann ist auch die Insolvenzverwaltung gehalten, sich um eine adäquate Prüfung bzw. Abwehr von unberechtigten Avalziehungen zu bemühen. Da selbstverständlich die Insolvenzverwaltung und die Banken bzw. Kautionsversicherungen nicht sämtlich aus Architekten, Bauingenieuren und Baujuristen bestehen, ist es legitim sich spezialisierter Dienstleister zu bedienen. Kosten und Aufwendungen derartiger Dienstleister stellen § 38 InsO Forderungen dar und sind somit auch als Aufwendersatz unter die je-

weiligen Sicherungsvereinbarungen zu ziehen.<sup>57</sup> Die in dem Sicherungszweck der Bauverträge vorhandenen Vereinbarungen sowie die auf diesen Vereinbarungen ausgestellten Bürgschaften können einer Klauselkontrolle nach dem Recht der AGB unterliegen und zur Unwirksamkeit der Klausel, respektive zur Unwirksamkeit der gesamten Sicherungszweckerklärung, führen, mit der für den Avalbegünstigten fatalen Folge, dass diese Avale nicht mehr ziehbar sind und der Bürge seine Bürgschaft gem. §§ 812, 821 BGB herausverlangen kann. Als erster Schritt einer derartigen Klauselkontrolle stellt daher die Prüfung dar, ob es sich bei den Bauverträgen, respektive bei den Sicherungszweckerklärungen in den Bauverträgen, um AGB handelt.

#### 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen/Vorliegen einer Mehrfachverwendungsabsicht

Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind Vertragsbedingungen dann, wenn mindestens eine dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.<sup>58</sup> Entscheidend dabei ist allein die Absicht einer Mehrfachverwendung, auf die tatsächliche Anzahl der Anwendungsfälle kommt es dann nicht mehr an. Es gibt somit keine Privilegierung der ersten zwei Verwendungsfälle. Ist eine Mehrfachverwendung beabsichtigt, dann findet das AGB-Recht bereits von der ersten Verwendung an Anwendung, selbst dann, wenn es zu weiteren Verwendungen tatsächlich nicht mehr gekommen ist.<sup>59</sup> Die Absicht einer Mehrfachverwendung wird selten ohne Weiteres nach außen deutlich werden. Daher prüft die Rechtsprechung stets im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Begleitumstände, ob eine Vertragsbedingung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist.<sup>60</sup> Ist eine Vertragsbedingung tatsächlich bereits vielfach verwendet worden, spricht eine Vermutung dafür, dass sie für diese vielen Fälle vorformuliert wurde und dementsprechend als AGB anzusehen ist. Der Verwender hat dann die Möglichkeit diese Vermutung zu widerlegen.<sup>61</sup> Aus dem Inhalt und der Gestaltung der im Bauvertrag verwendeten Bedingung kann sich ein Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind. Dies nimmt die Rechtsprechung z.B. dann an, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln zur Regelung typischer konfliktfähiger Sachverhalte enthält und nicht auf die individuelle Vertrags-

53 BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZInsO 2018, 1200.

54 AG Hannover, ZInsO 2016, 1875: Nach dieser Ansicht, kann die Versicherungsprämie der einzelnen Anbieter bis zu 10 % in der Höhe variieren, wobei aus dieser Entscheidung nicht klar ersichtlich wird, ob die Netto- oder die Bruttoversicherungssumme, d.h. inklusive 19 % Versicherungsteuer gemeint ist.

55 HambKomm-InsO/Büttner, § 4 InsVV Rn. 35.

56 Ausführlich zu den Avalen in der (Bau)Insolvenz: Blesch/Meyer/Steinwachs (Fn. 34); instruktiv zur Bauinsolvenz: Schmitz, Die Bauinsolvenz, 6. Aufl. 2015; zum Avalkredit der Banken: Strötges, in: Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts für Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 4, Rn. 1643 ff.

57 OLG Frankfurt, Beschl. v. 3.11.2010 – 23 U 431/09; Schmitz (Fn. 55), Rn. 1220, 1222.

58 BGH, BauR 2004, 674.

59 BGH, NJW 1991, 843.

60 BGH, BauR 1997, 123.

61 BGH, IBR 1997, 46.

situation abgestimmt ist.<sup>62</sup> Ein weiteres Indiz sieht der BGH dann an, wenn das Bedingungswerk fast ausschließlich den Vertragspartner belastende Regelungen enthält.<sup>63</sup> In der Grundsatzentscheidung des VII. Senats hat dieser klargestellt, dass AGB auch dann vorliegen, wenn sie von einem Dritten (z.B. Notar) für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die Vertragspartei, die die Klausel stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will.<sup>64</sup>

## 2. Ausschluss der AGB durch Individualvereinbarungen

Gem. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen AGB dann nicht vor, soweit die vorformulierten Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind, mithin eine Individualvereinbarung getroffen worden war.<sup>65</sup> Von einem Aushandeln kann nach den sehr strengen Anforderungen, die der BGH stellt, nur gesprochen werden, wenn der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner seine Gestaltungsfreiheit zur Wahrnehmung eigener Interessen einräumt, mit der realen Möglichkeit, den Inhalt der AGB zu beeinflussen. Dabei erfordert ein Aushandeln mehr als ein Verhandeln.<sup>66</sup> Hierbei reicht es nicht aus, wenn der Verwender in seinen Bedingungen die formularmäßige Aufforderung anfügt, der Vertragspartner möge alle Klauseln abändern, die seinen Vorstellungen nicht entsprechen.<sup>67</sup> Ebenfalls reicht die allgemein geäußerte Bereitschaft Vertragsklauseln auf Wunsch des Vertragspartners zu ändern, nicht aus.<sup>68</sup> Vorformulierte Bestätigungsklauseln, dass ein Aushandeln sämtlicher Bedingungen stattgefunden hat, sind nach AGB-Recht unwirksam.<sup>69</sup> AGB wurden angenommen, wenn die Parteien in dem Vertragsformular einen vorgesehenen Text gestrichen und handschriftlich die gleiche Regelung mit dem Hinweis eingefügt haben, die Regelung sei verhandelt worden und gelte zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer als vereinbart.<sup>70</sup> Werden im Rahmen der Vertragsverhandlungen Vertragsklauseln abgeändert, so wandeln sich nur diese abgeänderten Klauseln zu Individualvereinbarungen um. Die übrigen, nicht geänderten Klauseln, bleiben AGB.<sup>71</sup> Ein beiderseitiges Stellen liegt dann nicht vor, wenn die andere Partei nur mit Rücksicht auf die ständige Praxis der anderen Partei (öffentlicher Auftraggeber) deren Bedingungen, inklusive der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B) in sein Angebot mit aufnimmt. Die Bedingungen sind dann allein von der einen Partei (dem öffentlichen Auftraggeber) gestellt. Dieser allein ist Verwender, nicht etwa auch die andere Partei. In diesem Fall bleibt es also beim AGB-Charakter der VOB/B-Regelungen.<sup>72</sup> Allgemein ist zu konstatieren, dass die Privilegierung der VOB gem. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB i.d.R. leerläuft, da eine ohne jede Änderung in den Vertrag einbezogene VOB/B in der Praxis nicht stattfindet. I.a.R. wird die Verjährungszeit von 4 Jahren nach VOB/B auf 5 Jahre angehoben. Ursprünglich individuell ausgehandelte Klauseln reichen bei einem erneuten Vertragsschluss nicht für eine Bejahung einer Individualvereinbarung aus, wenn sie inhaltlich unverändert ohne Weiteres übernommen werden.<sup>73</sup> Eine Abänderung der unwirksamen Sicherungsabrede zu einem Zeitpunkt, zu dem der Bürge schon eine kondizierbare Bürgschaft gestellt hat,

bedarf, damit die dem Bürgen zustehende abgeleitete Bereicherungseinrede ausgeschaltet wird, der Zustimmung des Bürgen. Dies ergibt sich aus § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB.

## IV. Mängelaval (früher Gewährleistungsaval) in der Insolvenzabwicklung

### 1. Was bedeutet eigentlich „Mangel“?

Regelungen zum Mangel befinden sich in den § 633 BGB sowie § 13 Nr. 1 und 2 VOB/B. Ein Mangel ist gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Dass der Mangel die Gebrauchstauglichkeit des Gewerks beeinträchtigt, ist nicht mehr notwendig.<sup>74</sup> Abweichungen einer (auch stillschweigend vereinbarten) Beschaffenheitsvereinbarung begründen einen Mangel. Als Beispiele aus der jüngsten Zeit lassen sich hier anführen, dass zwar bei optischen Mängeln der Unternehmer die Nacherfüllung nach § 635 Abs. 3 BGB wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigern kann und damit auch der Mängelbürge nicht erfolgreich in Anspruch genommen werden darf. Hat allerdings der Auftraggeber objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann der Besteller Nacherfüllung verlangen. Maßstab ist hier die Beschaffenheitsvereinbarung der Bauvertragsparteien. Als Beispiele lassen sich die Rissfreiheit einer Glastanzfläche einer Diskothek<sup>75</sup> sowie störende Dellen und Eindrücke in einem PVC-Designbodenbelag in einer repräsentativen Arztpraxis in Hamburg benennen.<sup>76</sup> Ist bei einer Abnahme eine Mängelrüge unterblieben, geht der Auftraggeber mit seinen Mängelansprüchen grds. nicht verlustig. Ein Verlust tritt nur dann ein, wenn dem Bauherrn der Mangel bei der Abnahme positiv bekannt ist. Es reicht demnach nicht aus, dass der Mangel erkennbar war. Auch grob fahrlässige Unkenntnis ist unschädlich. Ein „Kennenmüssen“ reicht gerade nicht aus.<sup>77</sup> Für die Feststellung einer Soll-Ist-Abweichung ist die Ermittlung des Vertragsinhalts notwendig. Wie die Praxis zeigt, sind Leistungsbeschreibungen jedoch oftmals ungenau und unvollständig. Die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit und damit ein Sachmangel ist gegeben, wenn der mit dem Vertrag erfolgte Zweck der Herstellung eines Gewerks nicht erreicht wird und das Werk dem nach dem Vertrag vorausgesetzten oder verein-

62 BGH, NJW 2004, 502.

63 BGH, NJW 2004, 502.

64 BGH, NZBau 2006, 390.

65 Blesch/Meyer/Steinwachs (Fn. 34), Rn. 457, 458.

66 BGH, IBR 2013, 111; 2005, 460; OLG Köln, IBR 2006, 247.

67 BGH, BauR 1984, 171.

68 OLG Celle, BauR 2005, 319.

69 OLG Stuttgart, WM 1987, 114.

70 OLG Brandenburg, IBR 2012, 507.

71 BGH, NJW 1998, 1066.

72 BGH, BauR 2006, 1012.

73 OLG Hamburg, IBR 2010, 255; LG Bonn, Urt. v. 14.3.2018 – 13 O 223/16.

74 BGH, IBR 2008, 77; NJW 2011, 3780 m. Anm. Voith, NJW 2011, 3782; Steinwachs (Fn. 30), vor § 174 InsO Rn. 44.

75 OLG Frankfurt/M., IBR 2018, 439.

76 OLG Hamburg, Urt. v. 28.9.2018 – 11 U 128/14.

77 BGH, IBR 2018, 618.

barten Funktionen nicht erfüllt (sog. funktionaler Mangelbegriff). Dabei schützt selbst das DIN-gerechte Arbeiten den Unternehmer nicht vor dem Vorwurf eines Verstoßes gegen die anerkannten Regeln der Technik. Bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ist es ein Mangel, selbst wenn er keine Auswirkungen auf das Gewerk hat.<sup>78</sup> Ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ist gegeben, wenn ein Unternehmer solche technischen Regeln verletzt, die sich in der Wissenschaft als richtig durchgesetzt und in der Baupraxis als richtig und brauchbar bewährt haben. Bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik liegt ein Mangel vor, obwohl sich kein Schadensbild zeigt.<sup>79</sup> Hier ist es Aufgabe der Architekten und Bauingenieure des Unternehmens und/oder des Avalmanagers zu prüfen, inwieweit ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Bautechnik vorliegt. Eine Mangelhaftigkeit wird weiterhin nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich der Unternehmer an die Herstellerrichtlinien hält, wenn diese den anerkannten Regeln der Technik widersprechen.<sup>80</sup> Umgekehrt kann gerade auch die Missachtung von Herstellerrichtlinien zu einem Mangel führen. Dies ist gegeben, wenn dem Gewerk als Folge der Abweichung von den Richtlinien ein Mangelrisiko anhaftet. Eine Abweichung von den Richtlinien begründet die Vermutung der Mangelhaftigkeit.<sup>81</sup> Eine Mangelhaftigkeit ist auch gegeben, wenn sich der Unternehmer bei Ausführung des Gewerks an die Regeln der Technik hält, sich diese aber nach Vertragsschluss weiterentwickeln und zum Zeitpunkt der Abnahme einen neuen Inhalt haben. Der Unternehmer trägt gerade das Risiko einer Änderung technischer oder rechtlicher Anforderungen zwischen Vertragsschluss und Bauabnahme.<sup>82</sup> Die Mängelgewährleistung ist eben gerade verschuldensunabhängig. Sie führt quasi zu einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung des Werkunternehmers und in dessen Bauinsolvenz zur Inanspruchnahmefähigkeit des von der Bank, respektive von der Kautionsversicherung, gestellten Bauavals.

## 2. Schwarzgeldabrede

Bei einer „ohne Rechnungsabrede“ (Schwarzgeldabrede) war zunächst der Vertrag nur dann unwirksam, wenn die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrags war. Etwas später stellte die Rechtsprechung fest, dass nur der Werklohnanspruch des Werkunternehmers untergeht, nicht jedoch dessen Verantwortlichkeit für die Beseitigung etwaiger Mängel. Nunmehr ist jedoch klar, dass ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG zur vollumfänglichen Nichtigkeit des Werkvertrags führt. Es gibt keine Werklohnansprüche und auch keine Rückzahlungspflicht des Bauherrn.<sup>83</sup> Weiterhin gibt es keine Mängelansprüche und somit auch keine Ansprüche aus einem Mängelaval.<sup>84</sup>

## 3. Änderung der Rechtsprechung bei den fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Etwas überraschend hat der Baurechtssenat in 2018 mit seiner langjährigen Rechtsprechung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten gebrochen. Wird der Schaden nunmehr nicht mehr beseitigt, kann der Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen und liquidiert werden.<sup>85</sup>

Der BGH verlangt nunmehr, dass eine Vermögensbilanz zu erstellen ist. Zu ersetzen ist die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Gewerks ohne Mangel zum vorliegenden Mangel. Es darf also geschätzt werden. Maßstab ist die durch den Mangel des Gewerks erfolgte Störung des Äquivalenzverhältnisses. Nach einer aktuellen Entscheidung findet diese neue Rechtsprechung keine Anwendung auf Altverträge (Abschluss vor dem 1.1.2002).<sup>86</sup>

## V. Klauselkontrolle in den Bürgschaftstexten

Ist die Bürgschaft herausgelegt aufgrund einer Sicherungsvereinbarung im Bauvertrag, die sich als AGB herausstellte, so kann die Klausel bzw. die komplette Sicherungszweckerklärung unwirksam sein.

### 1. Ausschluss des § 770 Abs. 1 BGB

Der formularmäßige Verzicht auf die Einrede der Anfechtung benachteiligt den Bürgen unangemessen, selbst wenn eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verwender ausgeschlossen wird.<sup>87</sup> Dabei stellt sich bei dem Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit gem. § 770 Abs. 1 BGB die Sicherungsabrede als insgesamt unwirksam dar, da hiermit selbst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Auftraggeber als Verwender ausgeschlossen ist, was sich als unangemessen darstellt. Dies führt unweigerlich zu einer Gesamtwirksamkeit der Sicherungsklausel. Ein von dieser Sicherungsklausel gestelltes Aval ist kondizierbar.<sup>88</sup>

### 2. Ausschluss des § 770 Abs. 2 BGB

In einem Vertrag über Bauleistungen formularmäßig vereinbarte Sicherungsabrede zur Stellung eines Mängelavals, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinhalts eine Bürgschaft mit einem gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen, wonach ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit der unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung des Hauptschuldners umfasst, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1

78 OLG Frankfurt/M., NZBau 2019, 307, 308; OLG Dresden, Urt. v. 24.9.2009 – 9 U 1430/08.

79 OLG Celle, IBR 2006, 404.

80 OLG Frankfurt/M., IBR 2008, 319.

81 OLG Jena, IBR 2009, 134.

82 OLG Zweibrücken, IBR 2007, 264; OLG Düsseldorf, IBR 2006, 549.

83 OLG Jena, IBR 2016, 131.

84 BGH, IBR 2017, 246; OLG Schleswig, Beschl. v. 7.1.2019 – 7 U 103/18; OLG Düsseldorf, IBR 2018, 500.

85 BGH, Urt. v. 22.2.2018 – VII ZR 46/16; bestätigt durch BGH, Urt. v. 21.6.2018 – VII ZR 17/16.

86 BGH, NZBau 2019, 235; diese neue Rechtsprechung gilt auch für das Bau-Kaufrecht: LG Ravensburg, IBRRS 2019, 1349 m. Anm. *Kruska* in *ibr-online* v. 22.5.2019.

87 BGH, IBR 1994, 45; OLG München, IBR 2017, 23, *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 44.

88 OLG München, Beschl. v. 7.11.2018 – 9 U 1903/18, IBR 2019, 71; *Windorfer*, NZBau 2017, 460, 462.



BGB unwirksam.<sup>89</sup> Ein in einem Bauvertrag in AGB des Bestellers vorgegebener Sicherungseinbehalt benachteiligt den Bauunternehmer nur dann nicht unangemessen, wenn ihm ein fairer Ausgleich dafür zugestanden wird, dass er den Werklohn nicht sofort ausgezahlt erhält, er das Bonitätsrisiko des Bestellers für die Dauer der Gewährleistung tragen muss und ihm die Verzinsung des Werklohns vorenthalten wird. Ausreichend ist es, dem Bauunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch Stellung einer selbstschuldnerischen und unbefristeten Bürgschaft abzulösen. Sieht jedoch die Ablösungsmöglichkeit vor, dass die Bürgschaft den uneingeschränkten Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit enthalten muss (§ 770 Abs. 2 BGB), stellt dies keinen angemessenen Ausgleich für die Vereinbarung eines Sicherungseinhalts dar. Damit ist nunmehr eine langjährige Streitfrage geklärt, ob im Fall einer unwirksamen AGB-Sicherungsabrede mit vollständigem Ausschluss des § 770 Abs. 2 BGB dies auch zur Unwirksamkeit der Avalgestellung führt. Dies ist beim Mängelaval der Fall.<sup>90</sup> Anders jedoch soll es sich nach BGH verhalten, wenn es sich um ein Vertragserfüllungsaval handelt. Hier war der Ausschluss des § 770 Abs. 2 BGB für unwirksam gehalten, nicht jedoch die komplette Sicherungsabrede.<sup>91</sup> Der BGH privilegiert somit aus wenig nachvollziehbaren Gründen das Vertragserfüllungsaval gegenüber dem Mängelaval. Denn auch hier führt der Klauselausschluss zu einer unzulässigen Negierung der Akzessorietät der Bürgschaft.

### 3. Reduzierungsklausel<sup>92</sup>

In der Praxis finden sich häufig Klauseln, wonach sich die Bürgschaft ermäßigt um den Wert der fortschreitenden Lieferung und Leistungen. I.a.R. muss dann der Bautechniker prüfen, inwieweit das Gewerk fortgeschritten ist. Streitig ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob etwaige Mängel zu berücksichtigen sind. Dies wird man wohl annehmen können, da der Wert des Gewerks durch die Mangelhaftigkeit nun einmal beeinträchtigt ist. Oftmals finden sich diese Reduzierungsklauseln in Nachträgen oder Sondervereinbarungen der Bauverträge. Es lohnt sich also stets sämtlichen Akten zu studieren, auch wenn dies z.T. mühselig und zeitaufwendig ist.

### 4. Zahlstellenklausel

Bei den Zahlstellenklauseln handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB. Danach tritt das Aval erst in Kraft, wenn der zu verbürgende Betrag auf ein genau bezeichnetes Konto eingeht. Derartige Zahlstellenklauseln finden sich i.a.R. bei Vorauszahlungsavalen bzw. auch bei Mängelavalen. Diese Klauseln werden auch unter AGB-Gesichtspunkten als wirksam angesehen. Eine unzulässige Benachteiligung des Auftraggebers ist nicht feststellbar, da er schließlich selbst den Bedingungseintritt herbeiführen kann.<sup>93</sup> Nach einer gut begründeten Entscheidung des OLG Köln kommt ein teilweise Entstehen der Bürgschaften nicht in Betracht, wenn z.B. nur 80 % des geforderten Bürgschaftsbetrags eingezahlt werden. Da schließlich die aufschiebende Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB gerade nicht eingehalten worden

war.<sup>94</sup> Die Zahlstellenklausel wird in der Instanzgerichtsbarkeit auch ganz überwiegend für zulässig erachtet.<sup>95</sup> Unerheblich ist dabei, ob sich der Avalbegünstigte mit dem Hauptschuldner darüber geeinigt hat, einen entsprechend reduzierten Betrag zu zahlen. Dies spielt im Verhältnis zum Bürgen gerade keine Rolle.<sup>96</sup>

### 5. Ausschluss der Einrede gem. § 768 BGB

Die Einrede des Bürgen über § 768 BGB ist eigentlich die Kardinalnorm im Bürgschaftsrecht und Ausfluss der strengen Akzessorietät. Ein Ausschluss der Einrede wird gem. § 307 BGB für unwirksam erachtet.<sup>97</sup> Beim Ausschluss der Einrede nach § 768 BGB in AGB beim Vertragserfüllungsaval hält der BGH den Ausschluss zwar für unwirksam, jedoch hätte der Auftraggeber einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische und unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft ohne den Ausschluss des § 768 BGB. Der BGH beruft sich dabei auf die Trennung von sprachlich und inhaltlich trennbaren Teilen der Sicherungsvereinbarung, die einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich sind. Vorliegend war der Ausschluss jedoch nicht in der Sicherungsabrede selbst enthalten, sondern in einem vorformulierten Bürgschaftsmuster. Insofern ist es noch offen, ob der Ausschluss in der Sicherungsabrede selbst zur Unwirksamkeit führt.<sup>98</sup> Der Ausschluss des § 768 BGB in einem Mängelaval führt bei Vorliegen von AGB unweigerlich zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede. Da eine derartige Ablösungsmöglichkeit des Sicherungseinhalts eben gerade kein angemessener Ausgleich für die Vereinbarung des Sicherungseinhalts vorsieht. Der Verzicht des § 768 BGB nähert die Rechtsnatur des Sicherungsmittels Bürgschaft einer garantieähnlichen Haftung an. Die Klausel ist nicht teilbar und einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht zugänglich, somit mithin gesamtunwirksam.<sup>99</sup> Da diese Entscheidung zunächst vom XI. ZS des BGH getroffen worden war, hat sich etwas später auch der Baurechtssenat dieser Auffassung angeschlossen.<sup>100</sup> Die auch hier wieder zu erkennende Privilegierung des Vertragserfüllungsavales ist nicht nachvollziehbar, da auch das Vertragserfüllungsaval eine Bürgschaft darstellt und der Ausschluss des § 768 BGB ebenfalls zu einer garantieähnlichen Haftung führt.

89 BGH, ZInsO 2017, 2740; *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 48.

90 BGH, ZInsO 2017, 2740.

91 BGH, ZInsO 2016, 2250.

92 *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 67 ff.

93 OLG Naumburg, Urt. v. 25.4.2004 – 2 U 77/03; OLG Karlsruhe, WM 2000, 2296.

94 OLG Köln, Urt. v. 3.8.2011 – 16 U 9/11; rechtskräftig nach Rücknahme der Revision nach Hinweisbeschluss BGH v. 16.10.2012 – XI ZR 380/18; ausführlich hierzu: *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 75 ff.

95 OLG Schleswig, IBR 1996, 367; OLG Celle, IBR 1999, 316; OLG Naumburg, IBR 2004, 498.

96 OLG Düsseldorf, ZfR 2004, 266 Nr. 95.

97 BGH, IBR 2003, 356; ZInsO 2002, 1083; IBR 2001, 308, *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 53 ff.

98 BGH, IBR 2009, 199.

99 BGH, IBR 2009, 515; OLG München, IBR 2008, 444.

100 BGH, IBR 2011, 580.

## 6. Mängelaval auf erstes Anfordern<sup>101</sup>

Ein Sicherungszweck im Bauvertrag der Mängelaval auf erstes Anfordern vorsieht, ist ohne Weiteres unwirksam.<sup>102</sup> Eine Übergangszeit, wie zum Vertragserfüllungsaval angenommen, lehnt der BGH ab.<sup>103</sup> Die Unwirksamkeit dieser Klausel kommt auch gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Auftraggeber zum Tragen. Auch wenn hier kein Insolvenzrisiko besteht, besteht doch das Risiko des Liquiditätsentzuges.<sup>104</sup> Beim Vertragserfüllungsaval auf erstes Anfordern stellt der BGH auch hier eine Unwirksamkeit einer derartigen Vereinbarung in AGB gem. § 307 BGB fest.<sup>105</sup> Der BGH lässt im Gegensatz zum Mängelaval eine Karenzzeit zu. Werkverträge mit Vertragsschluss bis zum 31.12.2002 lässt er auch weiterhin als wirksam bestehen. Es wird lediglich eine normale, selbstschuldnerische Bürgschaft geschuldet. Verträge ab dem 1.1.2003 genießen diese Privilegierung dann allerdings nicht mehr. Ab diesem Zeitpunkt muss den Vertragsparteien die Rechtsprechung des BGH bekannt sein.<sup>106</sup> Die Unwirksamkeit ab diesem Zeitpunkt gilt gerade auch für den öffentlich-rechtlichen Auftraggeber.<sup>107</sup>

## 7. Vorauszahlungsaval auf erstes Anfordern

Hierbei herrscht Streit, ob eine Wirksamkeit zu bejahen ist oder nicht. Zu einer Wirksamkeit gelangen das OLG Düsseldorf<sup>108</sup> sowie das OLG Frankfurt/M.<sup>109</sup> Zu einer Unwirksamkeit gelangt das OLG Stuttgart.<sup>110</sup> M.E. verdient die Ansicht des OLG Stuttgart Vorzug, da das Vorauszahlungsaval doch eher einem Vertragserfüllungsaval angenähert ist und somit zumindest bei Bauverträgen ab dem 1.1.2003 eine derartige Sicherungsvereinbarung in AGB unwirksam ist.

## VI. Unwirksamkeit der Avalgestellung aufgrund Übersicherung

Die Rechtsprechung lässt grds. eine 10 %ige Vertragserfüllungsbürgschaft sowie eine 5 %ige Mängelbürgschaft zu. Hierbei sind jedoch Grenzen gesetzt, und zwar dergestalt, falls die Sicherungsabrede im Bauvertrag so „schwammig“ formuliert ist, dass beide Avale gleichzeitig in Anspruch genommen werden könnten, dies zur Übersicherung führt. Hierbei steht mittlerweile fest, wann dies der Fall ist. Sollte bei einem Vertragserfüllungsaval 20 % der Auftragssumme gestellt werden müssen, ist dies eine Übersicherung, selbst dann, wenn der Auftragnehmer ein Insolvenzverwalter ist und somit eine angespannte wirtschaftliche Situation konzertiert werden kann.<sup>111</sup> Die aufgrund von AGB des Auftraggebers zu stellende Vertragserfüllungsbürgschaft über 10 % ist auch dann unwirksam, wenn zusätzlich im Vertrag bestimmt ist, dass aus den geprüften Abschlagsrechnungen nur 90 % bezahlt werden. Dies führt zu einer 20 %igen Besicherung und damit zu einer Übersicherung.<sup>112</sup> Sollten durch eine Sicherungsabrede Vertragserfüllung und Gewährleistungssicherheit kumuliert in Anspruch genommen werden können, so führt dies bereits bei einem Betrag von 7 % zu einer unangemessen hohen Sicherung und zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede gem. § 307 BGB.<sup>113</sup> Dabei kann sich eine Übersicherung auch daraus ergeben, dass neben der Gestellung einer Vertragserfüllungssicherheit weitere faktische Sicher-

heiten sich aus dem Vertrag ergeben. Im konkreten Fall war eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % der Nettoauftragssumme vereinbart. Weiterhin leistete der Auftraggeber Abschlagszahlungen mit einem 5 %igen Sicherungseinbehalt. In der letzten Abschlagszahlung sollten 3,6 % der Nettoauftragssumme erst nach Abnahme der Fertigstellung der Außenanlagen und Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft zahlbar sein. Dies führte nach der Rechtsprechung zu einer unwirksamen Übersicherung.<sup>114</sup> Auch die Instanzgerichtsbarkeit geht davon aus, dass bei einer Kumulierung in AGB von einer vorgegebenen Mängelsicherheit in eine Vertragserfüllungsbürgschaft, welche auch Mängelansprüche nach Abnahme sichern soll, auf mehr als 6 % der Auftragssumme sich bezieht, dies zu einer unangemessenen Übersicherung der Mängelansprüche nach Abnahme und somit zur Gesamtnichtigkeit der gesamten Sicherungsabrede führt.<sup>115</sup> In einer weiteren aktuellen Entscheidung judiziert der BGH nochmals, dass eine Klausel in AGB des Auftraggebers, wonach der Auftragnehmer ein Vertragserfüllungsaval, welches auch Mängelansprüche besichert, i.H.v. 10 % der Nettoauftragssumme zu stellen hat und weiterhin ein Mängelaval über 5 % der Schlussrechnungssumme stellen muss, den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Die Sicherungsabrede ist in Gänze unwirksam. Darauf darf sich auch der Bürge berufen.<sup>116</sup> In einem weiteren Fall wurde bereits die Umwandlungsregelung der Sicherungsabrede „nach Abnahme und Erbringung aller bis dahin erhobenen Ansprüche“ als eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers angesehen und führte damit zur Gesamtnichtigkeit der Sicherungsklausel, da bei dem Begriff „erhobene Ansprüche“ es sich auch um unberechtigte Ansprüche handeln könnte.<sup>117</sup>

## VII. Gefährliche Mitbürgschaften in der Bauinsolvenz

Verbürgen sich mehrere Personen (z.B. Banken und Kautionsversicherer) für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie gem. § 769 BGB als Gesamtschuldner. Das kommt am Bau relativ häufig vor, da große Einzelabschnitte bei den Avalen zu stellen sind, die nicht immer in eine Kreditlinie vom Volumina her hineinpassen. Dann kann es zu bösen Überraschungen kommen, wenn einer von mehreren Bürgen aus der Haftung ent-

101 Blesch/Meyer/Steinwachs (Fn. 34), Rn. 395 ff.

102 BGH, ZIP 1997, 1549.

103 BGH, IBR 2002, 73.

104 BGH, NJW-RR 2005, 458; OLG Hamm, BauR 2003, 1720.

105 BGH, WM 2002, 1415; 2002, 1876.

106 BGH, WM 2004, 1079.

107 BGB, Beschl. v. 28.2.2008 – VII ZR 21/07.

108 OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.2008 – 5 U 59/07.

109 OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 16.1.2008 – 23 U 51/07.

110 OLG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2009 – 9 U 183/00.

111 OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.10.2009 – 21 U 130/08.

112 BGH, Urt. v. 9.12.2010 – VII ZR 7/10.

113 BGH, IBR 2014, 735; LG Itzehoe Urt. v. 26.2.2019 – 5 HKO 42/18.

114 BGH, IBR 2018, 268.

115 LG Hannover, Urt. v. 18.6.2018 – 12 O 232/17.

116 BGH, IBR 2018, 625.

117 KG, Urt. v. 19.6.2018 – 27 U 29/17.

lassen worden war, weil z.B. eine ratierte Reduzierung beim Mängelaval vereinbart wurde und die anderen noch valutierenden Bürgschaften dann später erfolgreich gezogen worden sind. Eine Entlassung eines Bürgen aus der Haftung hat keine Entlassung der Haftung aus dem Innenverhältnis zur Folge.<sup>118</sup> Da i.d.R. die Mitbürgen keine Kenntnis voneinander bei der Herausgabe der Avale haben, kann es bei späteren Inanspruchnahmen zu bösen Überraschungen kommen, wenn bei Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs nach § 769 BGB i.V.m. § 426 BGB zuvor bereits Sicherheiten freigegeben worden waren. Ist in einem Bürgschaftsformular die Gesamtschuldnerschaft zwischen den Bürgen ausgeschlossen, berührt dies allerdings nicht die Verpflichtung im Innenverhältnis zwischen den Bürgen.<sup>119</sup> Eine ungelöste Streitfrage stellt das Problem dar, ob der Ausschuss des Saldenausgleichs zwischen Kreditversicherern und Kreditinstituten in einem Sicherheiten-Poolvertrag auch den Mitbürgenausgleich gem. § 426 BGB ausschließt. Auszuführen ist zunächst, dass der § 426 BGB dispositiv ist. Er kann also vom Prinzip her ausgeschlossen werden.<sup>120</sup> Ist nunmehr in der Regelung zum Saldenausgleich im Poolvertrag ein derartiger Ausschluss des § 426 BGB zu sehen? Dies wird z.T. verneint<sup>121</sup> und z.T. bejaht<sup>122</sup> M.E. ist das Problem zu lösen, da bei einem Ausschluss eines Saldenausgleichs zwischen Kreditversicherern und Banken nicht über die Hintertür des Gesamtschuldnerausgleichs eine derartige Vereinbarung wieder konterkariert werden kann. Eine höchstrichterliche oder obergerichtliche Entscheidung gibt es dazu – soweit ersichtlich – noch nicht. Im Poolvertrag kann diese Problematik rechtsverbindlich mit einer klarstellenden Regelung geklärt werden.<sup>123</sup>

## 1. Einsetzung eines Avalmanagements in der Bauinsolvenz

In Koordination zwischen Insolvenzverwaltung und Banken, respektive externen Avalmanagern lässt sich, wie die bisherige

Praxis gezeigt hat, eine starke Reduzierung der Auszahlungen aus Avalen vornehmen. Aus eigener Erfahrung sind ca. 85 % der Avalinanspruchnahmen nicht oder zumindest nicht in der geltend gemachten Höhe berechtigt. Insbesondere ist es auch problematisch sich ausschließlich auf die Prüfungsergebnisse und Aussagen der Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin zu verlassen, da hier i.a.R. aufgrund von durchaus nachvollziehbaren eigenen Interessen nicht immer der wahre Sachstand zutage tritt. Weiterhin gibt es Konstellationen in Bauinsolvenzen, bei denen die Insolvenzverwaltung schlicht und ergreifend, insbesondere bei Abwicklungen des Gesamtschuldners die Umsetzung nicht mehr allein tragen kann.<sup>124</sup>

## VIII. Schlussbetrachtung

Die Abwicklung einer Bauinsolvenz stellt in der Tat eine große Herausforderung an alle Beteiligten des Insolvenzverfahrens dar. Insbesondere sollte das Insolvenzgericht auch darauf achten, spezialisierte Insolvenzverwaltungen einzusetzen. Im Bereich der Bauavale lässt sich durch eine kollegiale und kooperative Zusammenarbeit zwischen Insolvenzverwaltung, Kautionsversicherungen, Banken und dem Avalmanagement nachhaltig unberechtigte Inanspruchnahmen reduzieren. Somit können dann auch gestellte Kreditsicherheiten wieder freigegeben werden. Dies kommt dann wieder der Insolvenzmasse und somit allen Gläubigern zugute.

118 BGH, WM 2000, 408.

119 BGH, NJW 1987, 3126; 1983, 2442.

120 BGHZ 73, 141, *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 183.

121 *Siegmund*, WM 2008, 2349.

122 *Steinwachs* (Fn. 50), Rn. 149, *Blesch/Meyer/Steinwachs* (Fn. 34), Rn. 183.

123 Formulierungsvorschlag hierzu: *Steinwachs* (Fn. 50), S. 73 Rn. 151.

124 Es sind in einem aktuellen Bauinsolvenzverfahren eines Generalunternehmens aus Rheinland-Pfalz allein 1.500 Subunternehmeravale zu bearbeiten.