BONDMANAGEMENTSUPPORT–AVALMANAGEMENTFÜRKREDITINSTITUTE,KREDITVERSICHERERUNDUNTERNEHMEN

BMS
wünscht
ein gesundes neues
JAHR 2023

BMS

AVAL REPORT

2. JAHRGANG
AUSGABE 1 / 2023

INHALT

EDITORIAL 5

AUSWERTUNGEN DER WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN AUS 2022 MIT BEZUG ZUM AVAL-RECHT 6
von Sören Quendt, Dipl.-Wi.Jur. (FH), BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Erfurt und Rechtsanwalt Torsten Steinwachs, Wirtschaftsmediator, Baumediator, geschäftsf. Gesellschafter BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt/Freising

SCHWARZARBEIT AM BAU UND AUSWIRKUNGEN AUF DIE AVALE 10
von Maria Metzler, Werkstudentin der BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Frankfurt a.M.

GASTBEITRAG 12
Wirtschaftsmediationen in Sanierungsfällen – Effizient aber in Deutschland (noch) selten
von Christoph Schubert, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator, Kanzlei HAUSFELD Rechtsanwälte LLP, Düsseldorf

AKTUELLE ÜBERSICHT ZU DER KLAUSELKONTROLLE IM BÜRGSCHAFTSRECHT 16
von Robin Steinwachs, Wirtschaftsjurist, BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Frankfurt a.M.

ARCHITEKTEN WOLLEN NICHT MEHR EINFACH NUR NORMEN EINHALTEN MÜSSEN- SORING 22
von Dipl.-Ing. Christian Soring, BMS Bond Managment Support GmbH & Co. KG, Hamburg

KURZPROFIL DER BMS 24

LITERATUR-TIPPS 26

SAV Aval- und Versicherungs-Vermittlung GmbH

SAV Aval- und Versicherungs-Vermittlung GmbH
Ihr spezialisierter Makler in Restrukturierung und Insolvenz

Als Versicherungsmakler optimieren wir die Konditionen in den Bereichen Kredit, Kautionen und Versicherungen.

SAV arbeitet mit allen Versicherungsgesellschaften, die auf dem deutschen Markt tätig sind, zusammen .

Ihr Ansprechpartner:
Prokuristin Patricia Müller-Leonhardt
Tel. 069 874 03 09 0
www.avalvermittlung.com

Unsere Referenzverfahren (Auszug)

- **Südhessischer Klinikverbund gGmbH**
- **Condor Flugdienst GmbH/Condor Berlin GmbH**
- **FSV Frankfurt 1899 Fußball GmbH**
- **Unser Heimatbäcker GmbH**
- **Gußwerke Leipzig GmbH**
- **DRK gem. Krankenhausgesellschaft Thüringen Brandenburg mbH**
- **Polar Gruppe**
- **Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH**
- **Eyemaxx Real Estate AG**

STEINWACHS
Rechtsanwälte

UNSERE KANZLEI VERTRITT IHRE INTERESSEN MIT EINER UMFASSENDEN RECHTLICHEN EXPERTISE.

IHR ANSPRECHPARTNER
Torsten Steinwachs,
Rechtsanwalt,
Wirtschaftsmediator

RECHTSGEBIETE:

- **SANIERUNG UND INSOLVENZEN**
Bürgschaftsmanagement und Kreditsicherung
- **POOLVERWALTUNG UND POOLFÜHRUNG FÜR KREDITINSTITUTE**
Übernahme der Poolführung und -verwaltung im Sanierungs- und Insolvenzverfahren eines Schuldners
Vertretung von Gläubigerausschüssen und Gläubigerbeiräten
- **ARBEITSRECHT**

KONTAKT: steinwachs@steinwachs-rechtsberatung.de | Tel. 069 874 03 09 0

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser !

die BMS und ihr gesamtes Team wünschen Ihnen ein gesundes, neues Jahr 2023 !

Wir möchten uns für die kollegiale Zusammenarbeit im letzten Jahr ganz herzlich bei Ihnen bedanken und freuen uns, wenn Sie uns Ihr Vertrauen auch in diesem Jahr aussprechen könnten.

Das letzte Jahr war geprägt durch eine Vielzahl von Krisen. Aussichten, dass sich dies im Jahr 2023 ändern würde, sehen wir leider nicht. Umso wichtiger ist es gerade im Bereich der Kautionen und des Avalkredites gewappnet zu sein für eine sicherlich höhere Inanspruchnahmequote als im letzten Jahr.

Zum neuen Jahr wird auch weiterhin der BMS Aval-Report erscheinen. Wir freuen uns, dass wir mit nunmehr fast 1.500 Stück eine Auflage erreicht haben, von der wir zu Beginn der Geschichte des Aval-Reportes nicht ausgehen konnten.

Wir freuen uns über jedes Feedback und setzen Ihre Kritik mindestens für die nächste Ausgabe um.

In diesem Heft ist ein Gastbeitrag vorhanden, zum wichtigen Thema Meditation in der Sanierung. Bei Herrn Rechtsanwalt Kollege Daniel Schubert bedanken wir uns ganz herzlich hierfür.

Weiterhin haben sich Herr Sören Quent zusammen mit mir, den wichtigsten Entscheidungen aus dem letzten Jahr mit Avalbezug gewidmet. Zudem möchten wir auf den Beitrag von Herrn Robin Steinwachs aufmerksam machen, der die einzelnen Klauseln im Bürgschaftstext mittels Rechtsprechung kritisch gewürdigt hat. Hierfür herzlichen Dank.

Zum wichtigen Thema Schwarzarbeit mit Auswirkung auf die Avale möchten wir auf den Aufsatz unserer Werkstudentin, Frau Metzler, hinweisen.

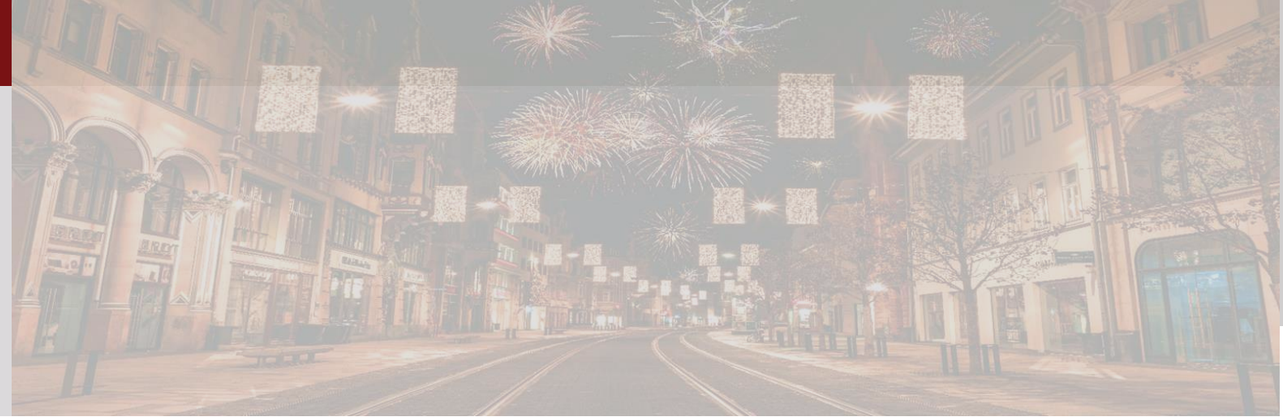
Das Thema Avale wird uns auch in diesem Jahr begleiten. Der Avalmarkt bleibt in Bewegung. Neue Kautionsversicherungen sind am Entstehen, auch hierbei leisten wir unseren Beitrag.

Wer interessante Themen aus der eigenen Praxis einmal im Aval-Report veröffentlichen oder zur Diskussion stellen möchte, ist hiermit nochmals herzlich eingeladen. Für den Gastbeitrag zahlen wir kein direktes Honorar, sondern spenden diese an Interplast Ärzte ohne Grenzen.

Mit den besten Grüßen zum Jahresanfang verbleibe ich

Ihr Torsten Steinwachs

Sie können den BMS Aval-Report als PDF-Datei unter *info@bms-bond.com* anfordern.



AUSWERTUNGEN DER WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN AUS 2022 MIT BEZUG ZUM AVAL-RECHT

von Sören Quendt, Dipl.-Wi.Jur. (FH), BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Erfurt und Rechtsanwalt Torsten Steinwachs, Wirtschaftsmediator, Baumediator, geschäftsführender Gesellschafter BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG Frankfurt a.M./Hamburg/Erfurt/Freising

■ BGH ZUM FORMULARMÄSSIGEN AUSSCHLUSS DER EINREDE DER ANFECHTBARKEIT NACH § 770 ABS. 1 BGB

(IBRRS 2022, 0642 und WM 2022, Seite 414)

Entscheidung

Der Bankrechtssenat (XI. Senat des BGH) hat den formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB in Bürgschaftsverträgen als wirksam erachtet. Es läge kein Verstoß gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor.

Der BGH stellt sich somit gegen eine Entscheidung aus 1994 und gegen die Instanzgerichtsbarkeit (z. B. OLG München, Urteil vom 03.06.2014, 9 U 3404/13 und Urteil vom 29.04.2018, 9 U 1903/18) und der überwiegenden Meinung in der Literatur (z. B. Fischer/Ganter/Kirchhof, Festschrift, 50 Jahre BGH, Seite 33/46; Münch Komm BGB, Habersack, § 770, Rn 3; Steinwachs, ZInsO 2019, 1393/1400; Graf von Westphalen, NJW 2020, 22/25; Ingenstau/Korbion § 17 Abs. 4 VOB/B, Rn 3; Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl., Rn 169). Der BGH begründet diese Wirksamkeit im Wesentlichen damit, dass es keine Relevanz in der Praxis hätte, dem muss der Praktiker allerdings hier energisch widersprechen. Man kann nur hoffen, dass der Baurechtssenat (VII. Senat des BGH) hier diesen Weg nicht mitgeht und zumindest den gemeinsamen Senat des BGH zur endgültigen Entscheidung anruft. Positiv an dieser Entscheidung ist jedoch die Aussage des BGH, dass Sicherungsabreden unwirksam sind, welche

a) ein Verlangen nach erstem Anfordern beim Mängelaval vorsehen,

b) der Bürge auf sämtliche Einreden des § 768 verzichtet und

c) ein vollständiger Verzicht auf § 770 Abs. 2 BGB unwirksam bleibt.

Auswirkungen auf das Mängelaval:

Sollte im Sicherungszweck des Bauvertrages, respektive in der Avalurkunde, der § 770 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein, so führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Mängelavals. Dies gilt zumindest bis der Baurechtssenat hierzu eine Entscheidung getroffen hat.

■ OLG SCHLESWIG, BESTÄTIGT DURCH BGH, VII ZR 325/20

(in: IBR-Online vom 05.01.2022)

Der Mangelbegriff

Nach dieser Entscheidung kann auch ein funktionstaugliches Gewerk mangelhaft sein. Ein Werkmangel liegt bereits dann vor, wenn die Bauleistung von der vertraglich vereinbarten und damit geschuldeten Beschaffenheit abweicht. Auf die Frage der Funktionstauglichkeit kommt es dann nicht mehr an. Hat der Auftraggeber ein objektiv berechtigtes Interesse an ordnungsgemäßer Vertragserfüllung, kann die Mängelbeseitigung grundsätzlich nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert werden.

Das Mängelrecht ist damit auch weiterhin ein scharfes Schwert und belastet den Auftragnehmer und im Insolvenzfalle auch den Bürgen.

■ OLG CELLE, BESTÄTIGT DURCH BGH VII ZR 42/20

(in: IBRRS 2022, 0014)

Beseitigung der Mängel und Verweigerung

Der Auftragnehmer kann die Mängelbeseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Dabei setzt die Rechtsprechung auf die Unverhältnismäßigkeit, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht. Die Gerichte stellen dabei auch auf das Verschulden des Auftragnehmers, bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit, ab. Die Urteile stehen im Kontext mit älteren Entscheidungen des BGH (vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rn 2100 und Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl., Rn 181 ff.)

Auswirkungen auf das Mängelaval:

Sollte die Mängelbeseitigung außer Verhältnis stehen, kommen auf den Bürgen unter Umständen geringere Kosten zu, da Schadensersatz bzw. Minderung deutlich im Wert unter der Mängelbeseitigung liegen können.

■ ÜBERSICHERUNG BEIM VERTRAGSERFÜLLUNGSAVAL

(OLG Celle, IBR 2022, 240, 14 U 119/21)

Ausgangslage:

Der Aufraggeber hatte in seinem Bauvertrag (dieser ist als AGB eingestuft worden) neben dem 10%-igen VE-Aval auch noch einen Einbehalt in Höhe von 5% der Rechnungssumme vereinbart. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass das VE-Aval für Mängel haften solle. Eine Reduzierung nach Abnahme war nicht vereinbart worden. Das VE-Aval wurde vom OLG Celle zu Recht als unwirksam wegen Übersicherung eingestuft. Insgesamt konnte hier der Auftraggeber 15% der Auftragssumme zurückbehalten. Das führt unweigerlich zur Übersicherung, da eine maximale 10%-ige Sicherheit für ein VE-Aval vorhanden sein dürfte. Auf diese Einrede kann sich gerade auch der Bürge berufen (§§ 821, 768 BGB). Weiterhin hat das OLG Celle hier judiziert, dass eine Übersicherung auch vorläge, da das VE-Aval Mängelansprüche auch nach Abnahme der Baumaßnahme absichern soll. Das OLG Celle beruft sich hier auf eine Grundsatzentscheidung des BGH (NZBau 2004, 322), wonach bereits bei einer mehr als 6%-igen Besicherung durch ein VE und ein Mängelaval eine Übersicherung vorliegt.

Wichtig ist in dieser Entscheidung, dass sich gerade der Bürge bei Kenntnis des Bauvertrages auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen darf. Er darf somit die Einrede gemäß §§ 821, 768 BGB erheben.

Auswirkung auf das Vertragserfüllungsaval:

Das OLG Celle fasst die einschlägige Rechtsprechung des BGH zusammen und bestätigt die strenge Rechtsprechung, wonach ein VE-Aval maximal 10% der Auftragssumme betragen darf. Wichtig in diesem Fall ist vor allen Dingen, dass sich der Bürge auch hier auf die Einrede der Übersicherung berufen darf. Es bleibt also dabei, dass sich der Bürge im Vorfeld den Bauvertrag vorlegen lassen sollte. Insbesondere bei höheren Avalen besteht das Bedürfnis nach Kenntnis des Grundlagengeschäfts. Der Bürge braucht keine Bedenken haben, dass man ihm später vorwerfen kann, er hätte die Sicherungszweckerklärung gekannt und bewusst und gewollt die Unwirksamkeit in Kauf genommen. Dies ist auch außerhalb jeglicher Lebenserfahrung. Man kann auch dem Bürgen schlecht unterstellen und fordern, dass er eine AGB-Kontrolle durchführen kann, denn diese Klauseln können im Wege der Individualvereinbarung wirksam vereinbart werden. Bei diesen Vereinbarungen und Verhandlungen ist der Bürge ja gerade nicht dabei.

■ IST DIE AGB-SICHERUNGSKLAUSEL TEILBAR ?

(OLG Frankfurt vom 25.01.2022, 21 U 15/21, in: IBR-RS 2022, 1507)

Im Sicherungszweck des Bauvertrages war unter anderem der § 777 Abs. 2 BGB, die Einrede der Aufrechnung, vollumfänglich ausgeschlossen worden. Dies hält das OLG Frankfurt am Main für unwirksam. Die Teilbarkeit der Klausel sei grundsätzlich abzulehnen.

Auswirkungen auf das Aval:

Die Klausel entfällt als Rechtsgrund für die Bürgschaftsgestellung. Die Sicherungsklausel in dem vorgelegten Muster ist somit unwirksam. Eine Ziehung des Avals wäre dementsprechend nicht erfolgreich. Dem Bürgen steht die Herausgabe des Avals zu.

■ VERGLEICHSABSCHLUSS MIT RISIKEN. DIE AUSWIRKUNGEN AUF DAS MÄNGELAVAL

(OLG Nürnberg, in: IBRRS 2022, 2821)

Die Bauvertragsparteien haben während einer Besprechung auf der Baustelle vereinbart, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer noch einen gewissen Betrag überweist und „mit dieser Zahlung alle gegenseitigen Forderungen bis zum heutigen Tage abgegolten sind“. Danach kam es wie es kommen musste, es traten massive Mängel auf, die der Auftraggeber vom Auftragnehmer abgestellt verlangte. Nach Auffassung des OLG Nürnberg allerdings erfolglos. Risiko unentdeckter Schäden oder unentdeckter Folgen ist der wechselseitigen Abgeltung von Ansprüchen immanent.

Auswirkungen auf das Mängelaval:

Als akzessorisches Sicherungsrecht kann der Auftraggeber auch nicht seine Mängelansprüche gegenüber dem Mängelbürgen geltend machen. Diese sind mit dem Vergleichsabschluss endgültig abgegolten. Dass das der Auftraggeber nicht beabsichtigte, ist klar, spielt im Endergebnis aber keine Rolle.

Auswirkungen für den Auftraggeber:

Mit derartigen Abgeltungsklausel sollte man vorsichtig agieren, da mehr abgegolten wird als man eigentlich beabsichtigt, wie dieses Urteil des OLG Nürnberg eindrucksvoll aufzeigt.

SCHWARZARBEIT AM BAU UND AUSWIRKUNGEN AUF DIE AVALE

von Maria Metzler, Werkstudentin der BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Frankfurt a.M.

UM DIESES PROBLEM ZU VERANSCHAULICHEN, KONSTRUIEREN WIR ZUNÄCHST EINEN FIKTIVEN FALL:

Der Bauunternehmer Ulrich (U) beauftragt den Fensterbauer Friedrich (F) mit der Herstellung maßgefertigter Fenster und auch mit dem Einbau dieser. Vor diesem Hintergrund wird zwischen U und F ein Werkvertrag nach § 631 BGB geschlossen. Weiter vereinbaren die beiden, dass zur Abdeckung von eventuellen Mängeln eine Gewährleistungsbürgschaft dem U von dem F erteilt werden soll.

Jedoch fällt dem U auf, dass die Kosten für die Fenster außerhalb des Budgets liegen, welches er von dem zukünftigen Eigentümer des Hauses Müller (M) bekommen hat. Also fragt er bei F an, ob dieser nicht bereit wäre die Fenster ohne Rechnung herzustellen und auch einzubauen. Dies wäre von beide von Vorteil, da sie sich so die Umsatzsteuer sparen. F erklärt sich damit einverstanden. Die Herstellung und der Einbau der Fenster erfolgten ohne Rechnung. Eine Gewährleistungsbürgschaft wird dennoch für den U durch den F bestellt.

Nach einiger Zeit stellt sich heraus, dass F nicht sonderlich sorgfältig gearbeitet hat und dass bei mehreren Fenstern diverse Mängel vorliegen.

Nunmehr will U den F in die Haftung aus der Gewährleistungsbürgschaft nehmen, um die Mängel an den Fenstern zu beheben.

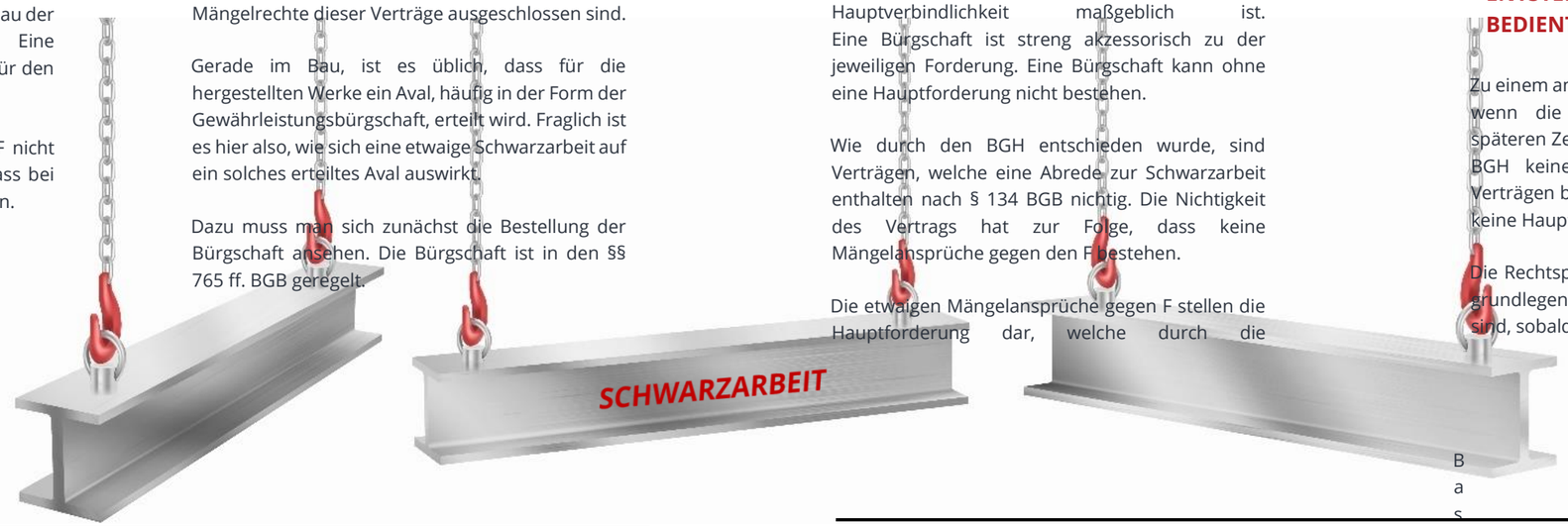
WIRD U ZAHLUNG AUS DEM AVAL ERHALTEN KÖNNEN?

Schwarzarbeit bzw. die sogenannte „ohne Rechnung-Abrede“ sind gerade in der Baubranche weitverbreitet. Bis zum Jahr 2014 hat der Bundesgerichtshof den „armen kleinen Schwarzarbeiter“ weiterhin den Werklohn zugesprochen. Diese Rechtsprechung hat der BGH jedoch mit dem Urteil vom 10.04.2014[1] gekippt. Seither hat der Unternehmen gegen den Besteller keinen Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670 ff. BGB.

Zuvor hatte der BGH mit Urteil vom 01.08.2013[2] entschieden, dass ein Vertrag, welcher eine Abrede zur Schwarzarbeit enthält, nach § 134 BGB aufgrund des Verbotgesetztes des § 1 II Nr. 2 SchwarArbG, nichtig sind. Die hat zur Folge, dass etwaige Mängelrechte dieser Verträge ausgeschlossen sind.

Gerade im Bau, ist es üblich, dass für die hergestellten Werke ein Aval, häufig in der Form der Gewährleistungsbürgschaft, erteilt wird. Fraglich ist es hier also, wie sich eine etwaige Schwarzarbeit auf ein solches erteiltes Aval auswirkt.

Dazu muss man sich zunächst die Bestellung der Bürgschaft ansehen. Die Bürgschaft ist in den §§ 765 ff. BGB geregelt.



Aus § 765 Abs. 1 ergibt sich, dass durch den Bürgschaftsvertrag der Bürge verpflichtet wird, die Verbindlichkeit eines Dritten gegenüber dem Gläubiger des Dritten zu erfüllen.

FÜR UNSEREN FALL BEDEUTET DAS GRUNDSÄTZLICH ALSO FOLGENDES:

Es besteht ein Vertrag zwischen M und U und zwischen U und F. Der Mangel liegt hier bei M. Zwischen M und F besteht jedoch kein vertragliches Verhältnis, damit ist es dem M nicht möglich, direkt eine Nachbesserung durch den F zu erwirken. M kann sich zur Mängelbeseitigung nur an den U wenden. Durch die Bürgschaft hat M jedoch die Möglichkeit den F als Bürgen für die Forderung gegen U in Regress zu nehmen.

Der Umfang der Bürgschaft wird in § 767 Abs. 1 BGB geregelt.

Daraus ergibt sich, dass für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgeblich ist. Eine Bürgschaft ist streng akzessorisch zu der jeweiligen Forderung. Eine Bürgschaft kann ohne eine Hauptforderung nicht bestehen.

Wie durch den BGH entschieden wurde, sind Verträgen, welche eine Abrede zur Schwarzarbeit enthalten nach § 134 BGB nichtig. Die Nichtigkeit des Vertrags hat zur Folge, dass keine Mängelansprüche gegen den F bestehen.

Die etwaigen Mängelansprüche gegen F stellen die Hauptforderung dar, welche durch die Gewährleistungsbürgschaft abgedeckt werden soll. Diese Mängelansprüche bestehen aufgrund der Nichtigkeit nach § 134 BGB nicht. Es würde der Akzessorietät zuwiderlaufen, wenn die Bürgschaft auch ohne die Mängelrechte noch bestehen würde. Somit ist die Bürgschaft zwischen U und F aufgrund der mangelnden Forderung unwirksam. Es ist demnach dem U bzw. dem M nicht möglich, sich zur Mängelbeseitigung aus der Bürgschaft des F zu bedienen.

Gerade in der Praxis hat ein solcher Fall eine große Relevanz. Schwarzarbeit ist gerade im Bau weitverbreitet. Auch ist es nicht ungewöhnlich, dass es im Bau zu Mängeln kommt, welche aus den Avalen bedient werden sollen.

ES IST ALSO WICHTIG ZU BEACHTEN, DASS BEI EINER SCHWARZGELBABREDE DER WERKVERTRAG VON ANFANG AN NICHTIG IST. DAMIT KÖNNEN HIER KEINE MÄNGELANSPRÜCHE ENTSTEHEN, WELCHE AUS DEM AVAL BEDIENT WERDEN SOLLEN.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht, wenn die Schwarzgeldabrede erst zu einem späteren Zeitpunkt vereinbart wird. Hier macht der BGH keinen Unterschied. Auch bei solchen Verträgen bestehen keine Mängelrechte und damit keine Hauptforderung für eine Bürgschaft.

Die Rechtsprechung des BGH hat in der Praxis die grundlegende Folge, dass die Avale nicht wirksam sind, sobald es eine Schwarzarbeitsabrede vorliegt.

[1] BGH-Urteil vom 10.04.2014 – VIII ZR 241/13
[2] BGH-Urteil vom 01.08.2013 – VII ZR 6/13, IBR 2004, 498; ausführlich Steinwachs in: BMS-Aval-Report 2/2022, S. 14).

[3] BGH-Urteil vom 16.03.2017 – VII ZR 197/16

WIRTSCHAFTSMEDIATIONEN IN SANIERUNGSFÄLLEN – EFFIZIENT ABER IN DEUTSCHLAND (NOCH) SELTEN

von Christoph Schubert, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator, Kanzlei HAUSFELD Rechtsanwälte LLP, Düsseldorf

Wirtschaftsmediationen gehen schnell, sind kostengünstig und in drei Viertel aller Fälle erfolgreich. Trotzdem sind Mediationen zwischen Unternehmen in Deutschland noch überraschend selten. Anders als in den USA wird hierzulande meistens vor (Schieds-)Gerichten geklagt, weil viele Unternehmen nicht wissen, wie eine Mediation praktisch abläuft und nur wenige Rechtsanwälte dazu gezielt beraten. Zudem wird der Vorschlag, ein Mediationsverfahren durchzuführen, von der Gegenseite häufig noch als vermeintliche Schwäche wahrgenommen, was eine verhandlungstaktische Herausforderung darstellt.

Der nachfolgende Bericht gibt zunächst einen kurzen Einblick in den Ablauf eines Mediationsverfahrens und erklärt, warum Konflikte in Sanierungs- und Insolvenzsituationen besonders mediationsgeeignet sind. Die Gründung des ***Bundesverbands Mediation in Restrukturierung & Insolvenz e.V.*** *(www.mediation-restrukturierung.de) zeigt, dass die Branche die Vorteile von Mediationen als Alternative zu gerichtlichen Streitigkeiten erkannt hat und bereit ist, dieses alternative Konfliktlösungsverfahren einzusetzen.*

Abschließend wird gezeigt, wie der Einsatz von Wirtschaftsmediationen durch spezialisierte Rechtsanwälte und die Einbindung von Prozessfinanzierern gefördert werden kann, um effiziente Streitlösungen zu erreichen.

Die Mediation ist ein freiwilliges außergerichtliches Verfahren zur kooperativen Lösung eines Konflikts, das von einem unabhängigen Mediator geleitet wird. Der Mediator fungiert dabei als neutraler Verhandlungsberater beider Konfliktparteien und trifft selbst keine Entscheidung. Das Ziel der Mediation besteht vielmehr darin, dass die Parteien eine eigenverantwortliche Lösung ihres Konflikts erarbeiten, die ihren Interessen bestmöglich entspricht.
Ausgehend von den identifizierten streitigen Themen ermittelt der Mediator dazu im Gespräch mit den Parteien deren tatsächliche Interessen, die hinter den oft verhärteten Verhandlungspositionen stecken. Der Übergang von den Positionen zu den dahinterliegenden Interessen ist die eigentliche Problembearbeitung in der Mediation, wobei es entscheidend auf das kommunikative und verhandlungspsychologische Geschick des Mediators ankommt. Den Parteien ist nämlich regelmäßig nicht bewusst, was sie eigentlich wirklich wollen. Selten geht es um Geld allein.

Fast allen wirtschaftlichen Konflikten liegen enttäuschte Erwartungen, eine missglückte Kommunikation oder fehlende Wertschätzung zwischen den beteiligten Unternehmensvertretern zugrunde. In einem Rechtsstreit bleiben diese tieferliegenden Konfliktursachen unergründet und können folglich bei Vergleichsverhandlungen oder der Urteilsfindung nicht berücksichtigt werden. Denn vor Gericht ist nur der Sachverhalt relevant, der zur Subsumtion unter die streitentscheidende Norm und zur Entscheidung über die Klageanträge erforderlich ist, in denen sich die vordergründigen Positionen der Parteien widerspiegeln und selten deren tatsächliche Interessen.

Nachdem die Interessen geklärt sind, sucht der Mediator auf dieser Grundlage zusammen mit den Parteien nach individuellen und oftmals kreativen Lösungsmöglichkeiten für den Konflikt. Hierin liegt gegenüber einem Gerichtsverfahren eine weitere Chance, da die Parteien eigenverantwortlich eine Lösung gestalten können, die zu ihren Interessen passt und keine Entscheidung von außen oktroyiert bekommen, bei der sich schnell beide Parteien als Verlierer fühlen. Anders als in Gerichtsverfahren kann die Lösungsfindung dabei zukunftsorientiert sein, wenn die Parteien weiter zusammenarbeiten wollen oder anderweitig wirtschaftlich verbunden sind. Dies erweitert den Lösungshorizont. Das Ergebnis der Mediation wird schließlich als Vergleichsvereinbarung dokumentiert und kann bei Bedarf auch als Vollstreckungstitel ausgestaltet werden.

In der Praxis gibt es vielfältige Ausgestaltungen dieses Grundkonzepts. Beispielsweise helfen Shuttle-Mediationen weiter, wenn die Parteien so zerstritten sind, dass direkte persönliche Gespräche nicht mehr möglich sind. Dann spricht der Mediator abwechselnd mit einer Partei allein und berichtet anschließend der anderen. Co-Mediationen unter Leitung von zwei Mediatoren sind hilfreich, wenn der Konflikt komplex ist, viele Parteien beteiligt sind oder es zur Lösung des Streits auf spezielles Fachwissen ankommt, beispielsweise in Sanierungsverfahren. In Wirtschaftsmediationen ist es üblich, dass die Parteien von ihren Anwälten während des Verfahrens begleitet werden.

Natürlich eignen sich nicht alle Streitigkeiten für eine Mediation. Wenn es auf die Klärung einer singulären Rechtsfrage ankommt oder zwischen den Parteien keine Geschäftsbeziehung mehr besteht, bietet sich eher eine gerichtliche Klärung an. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Insolvenzverwalter bei der Abwicklung des schuldnerischen Unternehmens gegen einen ehemaligen Lieferanten einen Insolvenzanfechtungsanspruch geltend macht und es sonst keine weiteren Verbindungen zur Insolvenzmasse gibt.

In Restrukturierungs- oder Sanierungsverfahren sind viele Konflikte hingegen sehr mediationsgeeignet, da die Beteiligten meistens ein gemeinsames wirtschaftliches Interesse daran haben, eine Insolvenz und Zerschlagung des Unternehmens zu vermeiden, weil dies für alle die schlechteste Lösung darstellt. Der Konflikt liegt meist im Bereich der erforderlichen Sanierungsbeiträge und abgebrochener Vertragsverhältnisse nach Eintritt der Krise. Eine gerichtliche Klärung würde zur Vermeidung einer Insolvenz zu spät kommen und bietet nicht den Gestaltungsspielraum, den es in Sanierungsverfahren bedarf. Außerdem sind meistens mehrere Parteien in die Lösung einzubeziehen, wie beispielsweise Gesellschafter, Banken und Lieferanten, was in einer Mediation deutlich leichter gelingt. In Insolvenzverfahren, bei denen eine Fortführung des Betriebs beabsichtigt ist, kann sich eine ähnliche Situation ergeben.

Kürzlich wurde der **Bundesverband Mediation in Restrukturierung & Insolvenz e.V.** (www.mediation-restrukturierung.de) von Sanierungsberatern, Insolvenzverwaltern und Rechtsanwälten in Köln gegründet, die neben ihrer hauptberuflichen Tätigkeit als Wirtschaftsmediatoren tätig sind. Der Verband hat sich zum Ziel gesetzt, den praktischen Einsatz von Mediationsverfahren in Krisensituationen zu fördern und empfiehlt dazu auf Anfrage geeignete Mediatoren, die bei Konflikten in Insolvenz- und Sanierungsfällen kurzfristig einsetzbar sind und über praktische Erfahrung in der jeweiligen Konfliktsituation verfügen.

Trotz der dargestellten Vorzüge hat sich der praktische Einsatz von Mediationsverfahren zur Lösung von wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten in den letzten Jahren weltweit sehr unterschiedlich entwickelt. In den USA, Australien und England werden Mediationen von Unternehmen häufig Gerichtsverfahren vorgezogen.

So vereinbaren Unternehmen oft schon bei Abschluss von komplexen Verträgen, dass sie bei künftigen Streitigkeiten zunächst ein Mediationsverfahren durchführen und erst nach einem Scheitern der Mediation eine Klage vor einem (Schieds-)Gericht erheben werden.

In Deutschland zeigt sich noch ein eher gegenteiliges Bild. Unternehmen setzten Mediationen im Verhältnis zu gerichtlichen Verfahren nach wie vor selten ein. Allein bei innerbetrieblichen Konflikten ist die Mediation in der Praxis etabliert. Unter dem Strich scheint in Deutschland die Anzahl der Mediatoren, die sich auf Konflikte zwischen Unternehmen konzentrieren, die tatsächliche Nachfrage deutlich zu übersteigen.

An der Erfolgsquote von Wirtschaftsmediationen kann es nicht liegen. Denn diese ist auch in Deutschland erstaunlich hoch. Durchschnittlich drei Viertel aller Mediationen enden mit einer Einigung der Parteien. An der Bekanntheit von Mediationsverfahren als Alternative zu einer gerichtlichen Klage dürfte es auch nicht (mehr) allein liegen. Fast allen Anwälten, die sich mit Prozessführung beschäftigen, ist Wirtschaftsmediation zumindest ein Begriff, wenngleich es noch Irrtümer und Vorurteile gibt.

Wie lässt sich der Rückstand von Mediationen in Deutschland dann erklären? Ein Grund könnte in den deutschen anwaltlichen Vergütungsmodellen liegen.

WIRTSCHAFTSMEDIATIONEN IN SANIERUNGSFÄLLEN – EFFIZIENT ABER IN DEUTSCHLAND (NOCH) SELTEN

Erfolgreiche Wirtschaftsmediationen sind in der Regel nach wenigen Sitzungen beendet, manche dauern nur einige Stunden. Gerichtsverfahren ziehen sich oft jahrelang, über mehrere Instanzen und erfordern entsprechend viele umfangreiche Schriftsätze und Verhandlungstermine. Da die meisten Wirtschaftsanwälte in Deutschland ausschließlich nach Zeitaufwand vergütet werden, besteht eine Gefahr von (unbewussten) monetären Fehlanreizen, wenn sie keine Alternative zu dem klassischen Stundensatzmodell finden. In den USA vereinbaren Anwälte mit ihren Mandanten oft ein Erfolgshonorar, sodass sie an einer effizienten, außergerichtlichen Streitlösung wirtschaftlich profitieren. Dies dürfte, neben den oft hohen Prozesskosten, maßgeblich zu der Verbreitung von Wirtschaftsmediationen in den USA beigetragen haben.

Hierzulande gibt es, bei genauerer Betrachtung, ebenfalls zulässige Vergütungslösungen, wie beispielsweise die Vereinbarung einer erhöhten Einigungsgebühr, um den Anwalt, der die Mediation begleitet, angemessen an einem schnellen wirtschaftlichen Erfolg zu beteiligen.

In Sanierungsfällen könnte bei fehlenden finanziellen Mitteln zur Rechtverfolgung, auch ausnahmsweise ein Erfolgshonorar zulässig sein. Außerdem entlastet eine effiziente Konfliktlösung auch den Anwalt, der dadurch (bei gleicher Kapazität) mehr Mandanten betreuen kann als bei langwierigen gerichtlichen Verfahren.

Blendet man die lösbare Vergütungsfrage aus, steht und fällt eine Mediation letztlich mit der Mediationserfahrung der beteiligten Anwälte und deren Verhandlungsgeschick.

Zunächst muss der Anwalt, der eine Konfliktparteien berät, überhaupt einmal erkennen, dass der Konflikt mediationsgeeignet ist. Dabei ist es hilfreich, wenn er selbst ausgebildeter Wirtschaftsmediator ist.

Da der Anwalt als Parteivertreter nicht neutral ist, kann er die Mediation jedoch nicht selbst durchführen, so dass er über ein gutes Netzwerk von unterschiedlichen Mediatoren verfügen sollte, um seinen Mandanten bei der Auswahl eines passenden Mediators beraten zu können.

Denn letztlich hängt der Erfolg einer Mediation stark von der Qualifikation und fachlichen Expertise des Mediators ab. Dann können auch komplexe Fälle mit fachspezifischen Problemen gelöst werden.

Entscheidend ist schließlich das kommunikative und verhandlungstaktische Geschick des beratenden Anwalts, welches darüber entscheidet, ob der Vorschlag eines Mediationsverfahrens von der Gegenseite als Chance für eine effiziente Lösung des Konflikts verstanden oder als Zeichen der Schwäche abgetan wird, was zum Abbruch der Verhandlungen führen kann.

Die Einbindung eines spezialisierten Prozessfinanzierers kann helfen, um die eigene Verhandlungsposition zu stärken und die Gegenseite von einem Mediationsverfahren zu überzeugen.

Bei der Prozessfinanzierung handelt es sich um eine Finanzdienstleistung, die seit Ende der 90-iger Jahre in Deutschland angeboten wird. Dabei übernimmt der Prozessfinanzierer für den Kläger alle Kosten eines Rechtsstreits, so dass der Kläger seinen Anspruch ohne eigenes finanzielles Risiko verfolgen kann.

Im Gegenzug erhält der Finanzierer im Erfolgsfall einen zuvor festgelegten Anteil des Prozesserlöses, oft im Bereich von 30 Prozent. Falls der Prozess verloren wird, trägt der Prozessfinanzierer sämtliche Kosten allein.

Dieses Konzept wurde über mehrere Jahrzehnte von verschiedenen Anbietern in Deutschland nahezu unverändert angewandt, wobei die Finanzierung auf Klagen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten begrenzt war. Seit kurzem gibt es Prozessfinanzierer, die das traditionelle Konzept weiterentwickelt haben und bei ihren Finanzierungslösungen bewusst auch außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, wie Wirtschaftsmediationen, vorsehen.

Aus Sicht des Prozessfinanzierers bietet ein Mediationsverfahren im Vergleich zu einem gerichtlichen Rechtsstreit mehrere Vorteile, die mit den Interessen des Anspruchsinhabers deckungsgleich sind:

Die statistisch hohe Erfolgsquote von Mediationen senkt das Risiko des Kapitalverlusts. Außerdem sind die Kosten eines Mediationsverfahrens deutlich geringer als bei einer Klage. Hinzu kommt ein schnellerer return on investment wegen der kurzen Dauer einer erfolgreichen Mediation.

Neben den Kosten der Mediation übernimmt der Finanzierer üblicherweise auch die Kosten eines Gerichtsprozesses, falls die Mediation scheitern sollte. Damit kann der Anspruchsinhaber seine Ansprüche notfalls ohne finanzielles Risiko klageweise geltend machen. Dies stärkt seine sogenannte BATNA (best alternative to a negotiated agreement) und damit seine Verhandlungsposition in der Mediation.

Besteht ein tatsächliches oder gefühltes finanzielles Machtgefälle zwischen den Konfliktparteien, kann dies dadurch ausgeglichen werden, dass der Anspruchsinhaber dem vermeintlich überlegenen Gegner seine Unterstützung durch den Prozessfinanzierer - also seine BATNA - offenlegt. Dadurch wir dem Gegner verdeutlicht, dass ihm tatsächlich eine durchfinanzierte Klage mit einem Gang durch alle Instanzen droht, falls er sich einer konstruktiven außergerichtlichen Lösung verweigert. Der Vorschlag einer Mediation erscheint dann nicht mehr als Zeichen von Schwäche, sondern als letzte Chance, um einen kostenintensiven und risikoreichen Rechtsstreit zu vermeiden.

Dies kann eine zunächst verhandlungsunwillige Partei dazu motivieren, an einem Mediationsverfahren teilzunehmen.

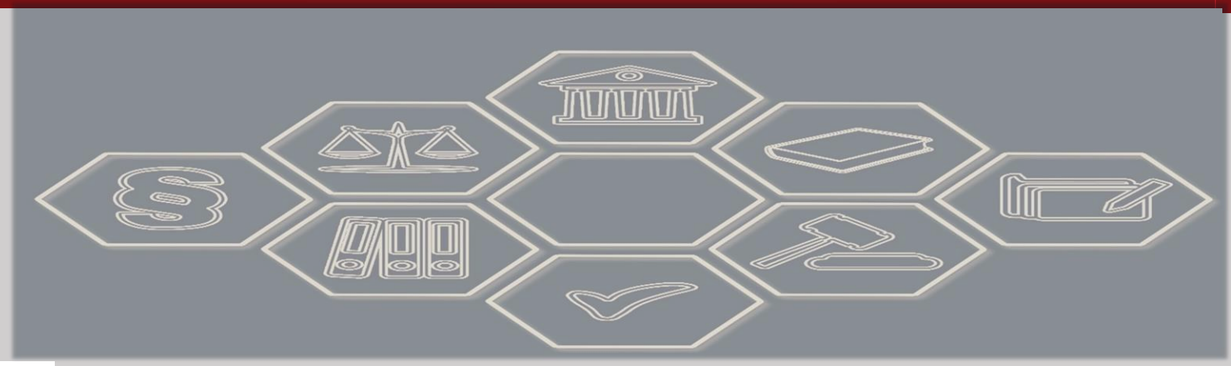
Dies gilt insbesondere für Krisen- und Sanierungsfälle, in denen mache Konfliktpartei darauf spekuliert, dass eine Klage des angeschlagenen Unternehmens mangels finanzieller Ressourcen ausbleibt oder in einem Rechtsstreit ein billiger Vergleich geschlossen werden kann, da zumindest die Mittel für den Instanzenzug fehlen.

Andererseits wird der Finanzierer im eigenen Interesse darauf achten, dass die von ihm unterstütze Partei ihre gestärkte BATNA bei Vergleichsverhandlungen in der Mediation nicht überschätzt und einen angemessenen Vergleich nicht allein deshalb ausschlägt, weil sie meint, anschließend risikolos klagen zu können.

Üblicherweise führen Finanzierer nämlich eine objektive Prozessrisikoanalyse durch und besprechen diese mit ihren Kunden. Eine Klage ohne Kostenrisiko beseitigt schließlich nicht das Risiko, den Rechtsstreit nach einem geplatzten Vergleich zu verlieren und letztlich mit leeren Händen dazustehen. Der Finanzierer fungiert insoweit als „agent of reality“, wie es in der Mediation bezeichnet wird.

Die Erlösbeteiligung des Finanzierers motiviert den Anspruchsinhaber zusätzlich, eine wirtschaftlich angemessene Einigung in der Mediation zu finden und eine Klage zu vermeiden. Scheitert die Mediation und kommt es zu einer Klage, steigt die Erlösbeteiligung des Finanzierers aufgrund des dadurch erhöhten Kosten- und Prozessrisikos zumeist deutlich an. Teilweise erhöht sich die Erlösbeteiligung zusätzlich, je länger der Streit dauert. Beides beugt mutwilligen Klagen vor und fördert eine effiziente Konfliktlösung in der Mediation

AKTUELLER STAND ZUR KLAUSEL-KONTROLLE IN DEN AVALTEXTEN



von Robin Steinwachs, Wirtschaftsjurist, BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG, Frankfurt a.M.

EINLEITUNG

Soweit Ausschlüsse von Einreden zugunsten des Bürgen in der Sicherungszweckvereinbarung im Bauvertrag oder allein im Text des Avals aufzufinden sind, ist fraglich, ob diese wirksam sind. Voraussetzung ist, dass es sich um den Bauvertrag bzw. beim Avaltext um AGB handelt. Davon ist grds. immer auszugehen.

EINREDE DER ANFECHTBARKEIT § 770 I BGB

Solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern. Der Ausschluss des § 770 I BGB ist wirksam.[1] Die Einrede soll nach BGH keine praktische Relevanz aufweisen. Dies ist allerdings gerade nicht der Fall. Es bleibt abzuwarten, ob der Baurechtssenat sich der Meinung des Bankrechtssenats anschließen wird. Meine Prognose lautet: Nein!

Nicht erfasst wird vom Haftungsausschluss des § 770 I BGB, unabhängig von deren Wirksamkeit, die Einrede der Anfechtbarkeit nach der Insolvenzordnung gem. §§ 129 InsO. Insbesondere gem. §§ 130, 131 InsO.

Der Insolvenzverwalter kann Bürgschaften nach § 129 InsO anfechten. Die anfechtbare Handlung ist in der Übernahme der Bürgschaft und nicht erst in der Leistung aus der Bürgschaft zu sehen. Verzichte in der Bürgschaftsurkunde der Bank erfassen nicht das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters. Die Gläubigerbenachteiligung ergibt sich aus der Avalkreditbesicherung zu Gunsten des Bürgen.
Eine genaue Kenntnis über die Besicherung des Bürgschaftsnehmers wird nicht verlangt. Der Bürge kann Bürgschaftsrisiken reduzieren, wenn die Bürgschaft die letzten drei Monate vor Antragsstellung begeben worden ist. [2]

AUSSCHLUSS DES § 770 II BGB

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. Hierbei ist es ausreichend, dem Bauunternehmer das Recht einzuräumen, den Einbehalt durch die 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, stellt dies keinen angemessenen Ausgleich für die Vereinbarung eines Sicherungseinbehalts dar und benachteiligt den Schuldner unangemessen. Damit verlangt der Besteller die Ablösung durch eine Bürgschaft, die der Bauunternehmer nicht wirksam stellen kann, weil sie ein gegenüber dem Bürgen unzulässigen Regelungsinhalt hätte.
Im Falle einer unwirksamen AGB-Sicherungsabrede mit vollständigem Ausschluss des § 770 II BGB führt dies **beim Mängelaval** zur Unwirksamkeit der Avalgestellung.

Laut BGH ist beim Vertragserfüllungsaval der Ausschluss des § 770 II BGB unwirksam, nicht jedoch die komplette Sicherungsabrede.[3]
Der BGH privilegiert somit, aus wenig nachvollziehbaren Gründen, das **Vertragserfüllungsaval** gegenüber dem Mängelaval.

VERZICHT AUF DIE EINREDE DER VORAUSKLAGE § 771 BGB

Der Verzicht der Einrede ist überflüssig, da es sich aus dem Gesetz ergibt, § 349 HGB.

REDUZIERUNGSKLAUSEL

Beispielsweise ermäßigt sich die Bürgschaft um den Wert der fortschreitenden Lieferungen und Leistungen. In der Praxis finden sich häufiger Klauseln, wonach diese Lieferungen und Leistungen vom Gläubiger anerkannt sind. In aller Regel muss dies durch Bautechniker dann entschieden werden.

ZAHLSTELLENKLAUSEL

Derartige Zahlstellenklauseln finden sich in aller Regel bei Vorauszahlungsavalen bzw. bei Mängelavalen. Diese Klauseln werden ganz überwiegend als aufschiebende Bedingung gem. § 158 I BGB (unter AGB-Gesichtspunkten) als wirksam angesehen.

Die Zahlstellenklausel wird in der Instanzgerichtsbarkeit für zulässig erachtet.[4]
Eine unzulässige Benachteiligung des Auftraggebers ist nicht feststellbar, da er schließlich selber den Bedingungseintritt herbeiführen kann.[5]
Hierbei ergibt sich jedoch folgende Problematik. Sollte nicht der gesamte Betrag auf das in der Bürgschaftsurkunde benannte Konto eingezahlt werden, dann stellt sich die Frage, ob das Aval zum Teil oder überhaupt nicht entstanden ist. Nach einer Entscheidung soll der Wortlaut des Avals entscheidend sein, und zwar wird zwischen „wenn“ und „soweit“ unterschieden. Nach einer gut begründeten Entscheidung des OLG Köln kommt dagegen ein teilweises Entstehen der Bürgschaft nicht in Betracht.[6]
Unerheblich ist dabei, ob sich der Avalbegünstigte mit dem Hauptschuldner darüber geeinigt hat, einen entsprechenden reduzierten Betrag zu zahlen. Dies spielt im Verhältnis zum Bürgen keine Rolle.[7]

HINTERLEGUNGSKLAUSEL

Eine Hinterlegungsklausel wird für grundsätzlich zulässig erachtet. Dem Auftraggeber werde die Durchsetzung seiner Gläubigerrechte nicht erschwert, weil er im Falle der Hinterlegung zunächst auf Freigabe klagen müsse. Seine Gewährleistungsansprüche seien auch dann sichergestellt, wenn die Bank den verbürgten Betrag hinterlege. Dem Auftraggeber entstehe dadurch kein Nachteil, wenn er im Falle der Hinterlegung mit dem Auftragnehmer prozessieren müsse, denn auch der Bürge könne gem. § 768 BGB die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Die prozessuale Situation des Auftragnehmers verschlechtere sich also nicht.[8]
Dagegen soll eine formularmäßige Hinterlegungsklausel bei einer Bürgschaftserklärung auf erstes Anfordern gem. den AGB-Vorgaben unwirksam sein.[9]

---

[1] BGH WM 2022, 414. Andere Ansicht: noch BGH, IBR 1994, 45; OLG München, IBR 2017, 23; Erman-Zetzsche § 770 BGB Rz. 3;Graf von Westphalen, NJW 2020, 2225; Steinwachs, ZInsO 2019, 1393/1400
[2] OLG München, WM 2008, 442 (Walter Bau); bestätigt durch BGH, Beschl. v. 20.09.2007, IX ZR 155/06; ausführlich*: Busch* in BMS-Aval-Report 1/2022, S. 12).
[3] BGH, IBR 2016, 455.
[4] OLG Schleswig, IBR 1996, 367; OLG Celle, IBR 1999, 316, OLG Naumburg, IBR 2004, 498; ausführlich Steinwachs in: BMS-Aval-Report 2/2022, S. 14).
[5] OLG Naumburg, Urt. v. 25.04.2004, 2 U 77/03; OLG Karlsruhe, WM 2000, S. 2296, Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl. Rz. 93-104.
[6] OLG Köln, Urt. v. 03.08.2011, Az 16 U 9/11, rechtskräftig nach Rücknahme der Revision nach Hinweisbeschluss BGH vom 16.10.2012, XI ZR 380/11 Hierzu: Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl. Rz 93-104 Steinwachs, Die Zahlstellenklausel, BMS Aval-Report II/2022, S. 14.
[7] OLG Düsseldorf, ZflR, 2004, 266 Nr. 95.
[8] OLG Stuttgart, IBR 1999, 317; OLG Köln, IBR 1993, 426.

AKTUELLER STAND ZUR KLAUSEL-KONTROLLE IN DEN AVALTEXTEN

RÜCKGABE-KLAUSEL

Eine körperliche Rückgabe der Bürgschaft, auch über Dritte, als solche führt nicht zwangsläufig dazu, dass die Haftung des Bürgen erlischt. Der Abschluss eines Erlassvertrages ist notwendig.[10] Die Bürgschaftsherausgabe ist eine Holschuld, sodass die Bürgschaftsurkunde abgeholt werden muss. Dies hat v.a. auch für den Verzugseintritt von Bedeutung.

ABTRETUNGS-KLAUSEL

„Eine Abtretung des Bürgschaftsanspruchs ist nur mit schriftlicher Genehmigung durch uns wirksam"...erscheint problematisch, da Ansprüche aus der Bürgschaft nicht abgetreten werden können. Zwar legt die Rechtsprechung derartige Klauseln immer so aus, dass gemeint ist, dass die Hauptschuld, welche von der akzessorischen Bürgschaft besichert ist, nicht abtretungsfähig sein soll. Unklarheiten gehen jedoch zu Lasten des Verwenders. Dies dürfte dann der Bürge sein.
Weiterhin ist § 354a HGB zu beachten. Sollte es sich bei dem besicherten Anspruch jedoch um eine Geldforderung handeln und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, wäre die Abtretung möglich.
Dies gilt grundsätzlich nicht bei Mängelavalen. Allerdings taucht hier das Problem auf, wenn der Mangelbeseitigungsanspruch in eine Geldforderung umgewandelt worden war und sonach ebenfalls § 354a HGB greift.

DER AUSSCHLUSS DES § 776 BGB

Der BGH ließ zunächst den formularmäßigen Ausschluss des § 776 BGB zu. Dies hat er in einer späteren Rechtsprechung dann aufgegeben. Ein formularmäßiger Verzicht auf die Rechte des § 776 BGB ist nur noch dann wirksam, sofern es sich ausschließlich und eindeutig auf solche Sicherheiten bezieht, die dem Bürgen aufgrund des AGB-Pfandrechts verhaftet sind.[11]
Sollten daneben der § 770 I, II BGB ausgeschlossen sein, führt dies unweigerlich zu einer Unwirksamkeit der Sicherungsabrede, falls diese AGB sein sollte.[12]

Eine weitergehende formularmäßige Einschränkung der Bürgenrechte stellt eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 II Nr. 1 BGB dar und ist somit unwirksam. Diese Unwirksamkeit betrifft allerdings wohl nur die Verzichtsklausel und nicht die gesamte Bürgschaft, so dass anstelle der Formularklausel wieder die gesetzliche Regelung des § 776 BGB gilt.[13]

Zu beachten sind weiterhin die Übertragungsansprüche des Bürgen. Die Auszahlung aus dem Aval kann der Bürge davon abhängig machen, dass ihm selbständige Sicherungsrechte Zug um Zug gegen Zahlung an den Avalbegünstigten übertragen werden. Dabei ist der Gläubiger verpflichtet, auch selbständige Sicherungsrechte analog §§ 774, 401 BGB auf den Bürgen zu übertragen.[14] Zu diesen selbständigen Sicherungsrechten gehören die Sicherungsgrundschuld[15], die Sicherungsübereignung[16], die Sicherungszession, der verlängerte EV[17] und der EV[18]. Die harte Patronatserklärung charakterisiert sich aufgrund ihrer garantieähnlichen Art ebenfalls als selbständiges Sicherungsrecht. Eine Nichterfüllung der Übertragungsansprüche des begünstigten kann zum Schadenersatzanspruch der Bank führen.[19]

Die Einrede des Bürgen über § 768 BGB ist die Kardinalnorm im Bürgschaftsrecht. Ein Ausschluss der Einrede wird gem. § 307 BGB aufgrund des Ausschlusses des in § 768 I BGB verankerten Akzessorietätsprinzips für unwirksam erachtet.[20]

Hierbei ist es fraglich, ob auch die Sicherungsvereinbarung gleichwohl unwirksam ist und damit das Aval kondizierbar wäre. Wird § 768 BGB in AGB bei einem VE-Aval ausgeschlossen, hält der BGH den Ausschluss für unwirksam. Jedoch hat der Auftraggeber den Anspruch auf eine selbstschuldnerische, unbefristete VE-Bürgschaft ohne den Ausschluss des § 768 BGB.
Der BGH beruft sich auf die Trennung von sprachlich, inhaltlich, trennbaren Teilen der Sicherungsvereinbarung, die einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung zugänglich sind. Im vorliegenden Falle war der Ausschluss 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 und das Aval kondizierbar wäre.[21]
Wird §768 BGB im Mängelaval ausgeschlossen, führt dies unweigerlich zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede, da der BGH bei einer derartigen Ablösungsmöglichkeit keinen angemessenen Ausgleich für die Vereinbarung des Sicherungseinbehalts sieht.
Mit dem Verzicht auf § 768 BGB nähert die Rechtsnatur des Sicherungsmittels Bürgschaft einer garantieähnlichen Haftung an. Die Klausel ist nicht teilbar und einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht zugänglich, mithin gesamtunwirksam.[22] Während diese Entscheidung vom XI. Zivilsenat des BGH getroffen worden war, hatte sich etwas später auch der Baurechtssenat (VII. Senat) dieser Auffassung angeschlossen.[23]

AVALE AUF ERSTES ANFORDERN

Der BGH lässt seit 1979 grundsätzlich Avale auf erstes Anfordern zu und judiziert, dass es sich dabei um eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung handelt. Der BGH spricht hier von einer aufgeschobenen Akzessorietät.[24] Derartig gefährliche Avale sollten Banken, Kautionsversicherer und Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung vorbehalten bleiben.[25] Individualvertraglich können jedoch auch andere Bürgen derartige Bürgschaften übernehmen.[26] Hierbei sollte auch dem Wortlaut der Bürgschaft besondere Beachtung geschenkt werden, denn der BGH legt das erste Anfordern weit aus. So reichte dem BGH für die Annahme eines ersten Anforderns aus, wenn sich der Bürge verpflichtet, „bei Inanspruchnahme der Bürgschaft an den Auftraggeber Zahlung zu leisten".[27]

Ein Sicherungszweck im Bauvertrag, der ein **Mängelaval auf erstes Anfordern** vorsieht, ist ohne Weiteres unwirksam.[28] Eine Übergangszeit, wie zum Beispiel bei der VE-Avalgestellung, lehnt der BGH hier ab. Eine Unwirksamkeit der Klausel kommt auch gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Auftraggeber zum Tragen. Auch wenn hier kein Insolvenzrisiko besteht, aber das Risiko des Liquiditätsentzugs zu tragen ist.[29]

[9] OLG Frankfurt, IBR 1998, 63 (VE-Aval); Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl. Rz. 114-125
[10] OLG Hamburg, NJW 1986, 1691; OLG Hamburg, IBR 1997, 506; OLG München, IBR 2002, 422; LG Berlin, ZInsO 2002, 1142.
[11] BGH, NJW 2002, 295.
[12] OLG München, IBR 2017, 23.
[13] Fischer in: FCH-Sicherheitenkompendium, 6. Aufl., Rz. 337.
[14] BGHZ 110, 41.
[15] BGH, NJW 2001, 2327.
[16] BGHZ 144, 52.
[17] BGHZ 144, 52.
[18] BGHZ 42, 53.
[19] BGH, NJW 1995, 1546; Steinwachs in: Cranshaw/Paulus/Michel, Bankenkommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., vor § 174 InsO, Rz. 100.
[20] BGH, IBR 2001, 308; BGHZ, ZIP 2002, 2125; BGH, IBR 2003, 356.
[21] BGH, IBR 2009, 199.
[22] BGH, IBR 2009, 515; OLG München, IBR 2008, 444.
[23] BGH, IBR 2011, 580.
[24] BGH, WM 1979, 691; BGH, WM 2005, 1188.; Steinwachs/Meyer/Schmeling/Mathes, Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Aufl. Rz. 415-505; Steinwachs/Bruhn/Steinwachs R., Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, ForderungPraktiker 2022, 82.

Die Vereinbarung über ein **Vertragserfüllungsaval auf erstes Anfordern** ist in AGB gem. § 307 BGB unwirksam.[30] Allerdings lässt der BGH hier im Gegensatz zum Mängelaval eine Karenzzeit zu. Kaufverträge 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 01.01.2003 genießen dieses Privileg indes nicht mehr. Ab diesem Zeitpunkt muss den Vertragsparteien die Rechtsprechung des BGH bekannt sein.[31] Die Unwirksamkeit ab diesem Zeitpunkt gilt gerade auch für öffentlich-rechtliche Auftraggeber.[32] Diese Rechtsauffassung wurde jüngst vom BGH bestätigt.[33]

Soweit nicht explizit vereinbart, werden bei einem VE-Aval generell Überzahlungen, also Zahlungen des Auftraggebers auf die Schlussrechnung, obwohl einzelne Positionen, wie spätere Prüfungen ergeben, gar nicht bzw. nicht vollständig ausgeführt worden sind, nicht erfasst. Daraus resultierende Rückforderungsansprüche sind von einem allgemeinen VE-Aval nicht gedeckt.[34]

Beim **Vorauszahlungsaval auf erstes Anfordern** herrscht Streit, ob eine Wirksamkeit zu bejahen ist oder nicht.[35]

Ein Herausgabeanspruch zur Stellung des zur Sicherheit Verpflichteten und die hierauf gestützte Einrede des Bürgen sind jedoch dann nicht anzuerkennen, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Wissen und gegen den Willen des Hauptschuldners übernimmt oder der Bürge bewusst und gezielt eine über den Inhalt der Sicherungsabrede hinausgehende Bürgschaft erteilt.[36]

ZEITBÜRGSCHAFTEN GEM. § 777 BGB

Bei einer Formulierung „Diese Bürgschaft erlischt am 31.10.2021“ wäre § 777 BGB uneingeschränkt anwendbar. Einem als Formkaufmann selbstschuldnerisch haftenden Bürgen, wie eine Bank, muss der Bürgschaftsgläubiger unverzüglich nach Ablauf der in der Bürgschaft bestimmten Zeit anzeigen, dass er sie in Anspruch nehme. Unterlässt er dies, entfällt die Haftung des Bürgen allein kraft Zeitablaufs, § 777 I S. 2 BGB.

Soweit der Zusatz gewählt wird „Wenn wir nicht bis zu diesem Zeitpunkt in Anspruch genommen worden sind“, bedingt diese Formulierung § 777 I S. 2 BGB ab. Darauf sollte auch explizit hingewiesen werden, „insoweit abweichend von § 777 BGB“.

Der Bürgschaftsgläubiger muss den Bürgen bis zu dem in der Bürgschaft vorgesehenen festen Termin in Anspruch nehmen.[37]

Eine Klausel ist zulässig, welche eine Inanspruchnahme des Bürgen bis zum Ablauf der Bürgschaftszeit vorschreibt.[38]

Brisant sind Befristungen, die sich nicht aus einem eindeutigen, da kalendermäßig bestimmten Datum ergeben, sondern aus dem Eintritt bestimmter im Bürgschaftstext genannter Ereignisse (z.B. Abnahme oder Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach Abnahme) oder der aus einer Sicherungsabrede festgelegten Pflicht des Bürgschaftsgläubigers, die Bürgschaft nach dem Eintritt bestimmter Ereignisse zurückzugeben oder zu reduzieren.

Der Bürgschaftsgläubiger muss daher den Bürgen rechtzeitig in Anspruch nehmen. Derartige quasi versteckte Befristungen, werden von der Rechtsprechung hingenommen.[39]

Weiterhin muss die Hauptschuld innerhalb der Bürgschaftszeit fällig geworden sein.[40]

Es soll dabei genügen, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld mit dem Ende der Bürgschaftszeit zusammenfällt.[41]

Die Haftung des Bürgen entfällt selbst dann, wenn der Fälligkeitstermin sich aus Gründen verschoben hat, die allein vom Hauptschuldner zu vertreten sind.[42]

Im § 17 IV S. 2 VOB/B ist eine Befristung der Bürgschaften als unzulässig bezeichnet.

Nicht jede befristete Bürgschaft ist auch zwingend eine Zeitbürgschaft. Es kann sich um eine gegenständlich beschränkte oder auch um eine so genannte Zeitraumbürgschaft handeln. Mit dieser Bürgschaft steht der Bürge nur für die innerhalb eines bestimmten Zeitraums begründeten Forderungen ein, für diese aber dann unbefristet. Dies ist eine Frage der Auslegung. Im Zweifel trägt der Bürgschaftsgläubiger die Beweislast für den von ihm behaupteten Inhalt der Bürgschaft.[43] Es ist allerdings eine Tendenz in der Rechtsprechung erkennbar, wonach bei Mängelbürgschaften diese als gegenständlich beschränkte Bürgschaften ausgelegt werden, um dadurch die zu Lasten des Bürgschaftsgläubigers bestehenden Risiken zu begrenzen.

[25] BGHZ, 150, 299.
[26] BGH, NJW 1998, 2280.
[27] BGH, WM 2004, 718.
[28] BGH, ZIP 1997, 1549.
[29] BGH, NJW-RR 2005, 458; OLG Hamm, BauR 2003, 1720.
[30] BGH, WM 2002, 1415; BGH, WM 2002, 1876.
[31] BGH, WM 2004, 1079.
[32] BGH Beschl. v. 28.02.2008, VII ZR 51/07.
[33] IBR 2021, 462.
[34] OLG Celle, IBR 2004, 236.
[35] Für eine Wirksamkeit: OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.01.2008, 5 U 59/07; OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.01.2008, 23 U 51/07;dagegen: OLG Stuttgart, Urt. v. 20.12.2000, 9 U 183/00.
[36] BGH, BauR 2000, 887, 890.
[37] BGH, NJW 1982, 172.
[38] BGHZ 91, 349.
[39] BGH, IBR 1999, 59; BGH, IBR 2003, 355, OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 30.05.2012, Az. 1 U 52/11; OLG Naumburg, NZBau 2001, 139.
[40] BGH, BauR 1989, 491.
[41] BGH, BauR 1989, 618/622.
[42] BGH, IBR 2000, 498.
[43] BGH, IBR 2004, 247.
[44] OLG Brandenburg, Urt. v. 30.04.2014, Az. 4 U 183/10; OLG Koblenz, IBR 2006, 1582; OLG Köln, BauR 1987, 222/224.

ARCHITEKTEN WOLLEN NICHT MEHR EINFACH NUR NORMEN EINHALTEN MÜSSEN

von Dipl.-Ing. Christian Soring, BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG Hamburg

GENAU GENOMMEN HATTE DIE PRÄSIDENTIN DER BUNDESARCHITEKTENKAMMER (BAK) IN EINEM INTERVIEW MIT DEM DEUTSCHEN ARCHITEKTENBLATT (DAB) GESAGT: „ES MUSS UM KREATIVITÄT GEHEN UND NICHT NUR UM DIE EINHALTUNG VON NORMEN".

Das ist doch mal eine Ansage. Getriggert wird auch diese, durchaus als kleine Revolution zu bezeichnende Entwicklung durch die in 2022 geänderte weltpolitische Situation und ihre Auswirkungen, nämlich steigende Energiekosten, verknappte Baustoffe, gestörte Lieferketten und ein sich zuspitzender Fach- und Arbeitskräftemangel. Da fällt es zunehmend schwer, auch noch die 3.700ste Norm für die Realisierung eines Bauprojektes zu beachten und umsetzen zu müssen. Vollständige Kenntnis dieses schieren Wustes von Vorschriften ist vielleicht gerade noch mit KI möglich, wird jedoch gegen auch nur eine DIN verstoßen, drohen Forderungen seitens des Vertragspartners.

Die ausgeprägte Fokussierung darauf, jede nur erdenkliche Norm einzuhalten, ist dann durchaus folgerichtig, die Kritik daran indes genauso nachvollziehbar und längst überfällig. Dass die BAK es ernst meint, zeigt nicht zuletzt die Bitte an den Justizminister, das BGB zu ändern.

Diese und andere interessante Aussagen der BAK-Präsidentin Andrea Gebhard zum Beispiel zu einem Gebäudetyp E, der als Mindeststandards quasi nur noch die grundsätzlichen Schutzziele der Bauordnungen – also Standsicherheit, Brandschutz, gesunde Lebensverhältnisse und Umweltschutz zu gewährleisten hat, finden sich im zitierten Interview unter https://www.dabonline.de/2022/11/29/gebaeudetyp-e-gebaeudeklasse-weniger-normen-einfacher-bauen-befreiungsschlag/.

Aber ist die Fesselung durch das DIN-Korsett tatsächlich so drastisch, wie dargestellt und ist die Furcht der Planer vor einer Haftung so begründet?

Zunächst einmal ist es auch heute schon möglich, einzelvertraglich eine Beschaffenheitsabrede zu treffen und so individuell das geschuldete Bausoll festzulegen. Nicht selten aber scheitert ein solches Vorgehen an der bereits genannten Furcht der Planer vor einer Haftung und man zieht sich auf das vermeintlich vertraute Terrain der DIN-Normen zurück. Dabei wird oft übersehen, dass die DIN-Normen keinen Gesetzescharakter haben, sondern in der Regel einen Mindeststandard widerspiegeln, dessen normgerechte Umsetzung die Annahme innewohnt, dass hierdurch eine mangelfreie Ausführung erfolgt. Tatsächlich ist aber auch diese Annahme nicht zwingend zutreffend, denn falls eine DIN-Norm nicht mehr die allgemein anerkannten Regeln der Technik widerspiegelt, kann auch die normgerechte Ausführung zu einer mangelhaften Leistung und daraus resultierenden Haftungsansprüchen führen.

Das vielfach sklavische Bemühen um eine vollständig normgerechte Ausführung ist also schon heute zumindest kritisch zu hinterfragen.

Der Ausweg wird über die einzelvertraglich zu vereinbarende Beschaffenheit aufgezeigt. Dabei hat diese selbstverständlich auch ihre Grenzen. So wird man auch losgelöst von DIN-Normen nicht eine Leistung individuell und gleichzeitig rechtssicher vereinbaren können, die sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet oder die nicht die übliche Beschaffenheit hat und sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet (§633 Abs. 2 BGB)

Eine einzelvertragliche Beschaffenheitsabrede wird auch dann unbedenklich sein, wenn durch sie eine über den Mindeststandard hinausgehende Leistung zur Ausführung vereinbart wird. Sie eröffnet in diesem Fall den Einsatz von Produkten bzw. die Ausführung von Leistungen, die beispielsweise dem gegenüber den anerkannten Regeln der Technik höherwertigen „Stand der Technik" entsprechen. Die von der BAK geforderte Freiheit kann an dieser Stelle also schon heute gelebt werden. Es bedarf nur eines mutigen Planers und eines aufgeschlossenen Bauherrn. Wird die Leistung wie vereinbart erbracht, besteht kein Grund für die Sorge, einen Sachmangel herbeigeführt zu haben.

Anders mag es zu beurteilen sein, wenn die einzelvertragliche Beschaffenheitsabrede hinter den anerkannten Regeln der Technik, die in der Regel durch DIN-Normen wiedergegeben werden, zurückbleibt. Hier kann es im Einzelfall zu einer gefährlichen Nähe zu einem Sachmangel im Sinne von § 633 Abs. 2 BGB kommen. Entscheidend ist in diesem Fall aber die in der Rechtsprechung vom Planer regelmäßig geforderte, die dem Bauherrn das Risiko vollständig vor Augen führende Aufklärung (OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2008 - 10 U 4/06; BGH-Beschluss vom 27.08.2009 – VII ZR 175/08). Bei entsprechender Aufklärung über Risiken, Dokumentation der Aufklärung und Bestätigung durch den Bauherrn dürfte einer Ausführung jenseits von Normen ohne eines impliziten Sachmangels vielfach schon heute nichts mehr im Wege stehen – eine sach- und fachgerechte Ausführung des Vereinbarten vorausgesetzt.

BMS

BOND MANAGEMENT SUPPORT

AVALMANAGEMENT FÜR KREDITINSTITUTE, KREDITVERSICHERER UND UNTERNEHMEN

Frankfurt am Main • Hamburg • Erfurt • Freising

Seit mehreren Jahren gehen die Kreditinstitute, Kautionsversicherungen und Unternehmen immer mehr dazu über, die Avalbearbeitung spezialisierten externen Dienstleistern zu übertragen.

Die Bond Management Support, vertreten durch den geschäftsführenden Partner Herrn Rechtsanwalt Steinwachs, ist ein derartiges Unternehmen mit Erfahrungen in der Avalabwicklung im Inland sowie im Ausland.

Das Avalmanagement hat zum Ziel, das Avalrisiko durch das eingesetzte technische, kaufmännische und juristische Know-how zu reduzieren.

REFERENZ-FÄLLE

- *German Pellets GmbH* ▪ *Hymmen Industrieanlagen GmbH* ▪ *Enron/U.K.* ▪ *Schleenbecker Bau GmbH*
- *J.G. Müller Bauunternehmung mbH* ▪ *Marmor-Line GmbH* ▪ *Pro-Solar* ▪ *QCells*
- *August Heine Baugesellschaft* ▪ *GM Stahlbau GmbH* ▪ *Alpine Bau Deutschland* ▪ *Solarhybrid Italia*
- *manroland* ▪ *K&W industries GmbH* ▪ *Stahlbau Brehna* ▪ *SP Management GmbH (Maschinenbau)*
- *Franzen Gruppe (GU)* ▪ *Wefers Gebäudetechnik GmbH*
- *Werner Langenscheidt Hoch- und Stahlbetonbau GmbH & Co. KG* ▪ *Eyemaxx Real Estate*
- *Zuko Bauunternehmen GmbH*

u.v.a.

REFERENZ-OBJEKTE

- *Reichstag Berlin (Glaskuppel)* ▪ *Hotel Adlon, Berlin (Marmorverlegung)* ▪ *Neue Messe Hamburg*
- *Eemshaven, NL (Terminal und Kraftwerk)* ▪ *Neubau Landessparkasse zu Oldenburg*
- *Consolidated Contractors, Abu Dhabi, VAE* ▪ *ECC (Energy Competence Center), Berlin*
- *Gesundheitsinsel Hamburg-Harburg* ▪ *Porsche Zentrum, Wiesbaden* ▪ *Maroc Phosphore, Marokko*
- *BASF, Südkorea* ▪ *MOA Nickel S.A., Chile* ▪ *Haifa Chemicals, Israel* ▪ *Prayon N.V., Belgien*
- *Oschatz GmbH, Düsseldorf (Modernisierung, Abgaskühlsystem Konverter A +B; Neufertigung Konverterhaube, Völklingen, Kameha Residence)*
- *Kraftwerk Hamburg-Moorburg (Hybrid-Kühlturm Alpine Bau, ARGE mit Hamon)*
- *Per Jacobsson Byggnads Aktiebolag, Schweden*

u.v.a.

AUFTRAG-GEBER

- *Swiss Re International SE* ▪ *DZ Bank* ▪ *LBBW* ▪ *Württembergische Versicherung* ▪ *Euler Hermes*
- *Sparkasse im Landkreis Cham* ▪ *Emsländische Volksbank eG* ▪ *Zurich* ▪ *Sparkasse Bielefeld*
- *Volksbank Alzey-Worms* ▪ *Nord LB* ▪ *Sparkasse Essen* ▪ *IBB Intern. Bankhaus Bodensee AG*
- *Nationalbank* ▪ *Commerzbank* ▪ *VHV Versicherung* ▪ *Sparkasse Wetzlar* ▪ *Kreissparkasse Tübingen*
- *Stadt- und Kreissparkasse Leipzig* ▪ *Berliner Sparkasse NL der Landesbank Berlin AG*

u.v.a.

WELTWEITE ZUSAMMENARBEIT

Im Rahmen unserer Avalfälle arbeiten wir weltweit erfolgreich mit folgenden Kooperationspartnern:

AUSTRALIEN
Frau Sabina Lagenhan,
Principal Solicitor & Business Consultant
www.langenhan.com.au

KANADA
Herr Sven Walker, LL.B,
Rechtsanwalt
www.dalessmann.com

GROSSBRITANNIEN
Herr Greg Davidian, Consultant,
Solicitor und Rechtsanwalt (Deutschland)
www.emwllp.com

PORTUGAL
Frau Vânia Costa Ramos,
Advogada
www.carlospintodeabreu.com

INDIEN
Herr Saju Jakob, LL.B, LL.M., MBA,
Advocate, Solicitor, Rechtsanwalt
www.lilythomas.net

ITALIEN
Herr Luca Pagnotta, MLE,
Avvocato / Partner
www.heussen-law.it

SERBIEN
Herr Stojan Mićović, LL.M.,
Rechtsanwalt
www.dblaw.rs

SKANDINAVIEN
Herr Christer Otto,
Advokat
www.ottoadvokat.se

USA/SPANIEN
Frau Nadja Vietz, Abogada,
Rechtsanwältin, Attorney (WA)
www.harrisbricken.com

SOZIALES ENGAGEMENT

Wir kaufen keine Business Seats in Fußballstadien, sondern engagieren uns wie folgt:

INTERPLAST GERMANY E.V.
Gemeinnütziger Verein für Plastische Chirurgie in Ländern der Dritten Welt. Die Mitglieder von INTERPLAST-Germany e.V. führen unentgeltlich plastisch-chirurgische Operationen in Entwicklungsländern durch.
www.interplast-germany.de

SPECIAL OLYMPICS DEUTSCHLAND
Special Olympics Deutschland (SOD) ist die deutsche Organisation der weltweit größten, vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) offiziell anerkannten Sportbewegung für Menschen mit geistiger und mehrfacher Behinderung.
www.specialolympics.de

FREUNDE DER DEUTSCHEN RUGBY NATIONALMANNSCHAFT
Der Verein unterstützt die sportlichen Aktivitäten der Nationalmannschaften (U23 und U19) des Deutschen Rugby-Verbandes (DRV) im nichtolympischen Fünfzehnerrugby auf vielfältige Weise.
www.freunde-rugby15.com

PRAKTIKERHANDBUCH

Gläubigerausschuss und Gläubigerbeirat in Restrukturierung und Insolvenz des Firmenkunden

INHALT

A. Der vorläufige Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren nach der Insolvenzordnung, der Gläubigerbeirat nach dem StaRUG
B. Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss
C. Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters durch den Gläubigerausschuss 203
D. Die Stellung des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren
E. Einberufung und Ablauf der Gläubigerausschusssitzungen
F. Rechte des Gläubigerausschusses
G. Pflichten des Gläubigerausschusses und der Mitglieder
H. Die Haftung des Gläubigerausschussmitgliedes
I. Die Vergütung der Ausschusstätigkeit im Gläubigerausschuss
J. Anforderungen an die Mitglieder des Gläubigerausschusses
K. Die Versicherung des Gläubigerausschusses/-beirates

AUTOREN

Stefan Bank
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht/Partner
bock legal Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt/M.

Holger Bruhn
Rechtsanwalt/Interne Revision
Sparkasse Hohenlohekreis
Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Heilbronn
Kanzlei Bruhn, Forchtenberg

Dr. jur. Friedrich L. Cranshaw (Hrsg.)
Rechtsanwalt u. a. Depré RECHTSANWALTS AG
Mutterstadt/Mannheim
vormals Chefsyndikus/Direktor Landesbank, Baden-Württemberg

Dr. Michael Flitsch
Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter
anchor Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Mannheim

Ulrich Ide
Rechtsanwalt Ide & Schneider & Partner, Hamburg

Erion Metoja
Rechtsanwalt/Diplom-Kaufmann
Eisner Rechtsanwälte GmbH, Lauda-Königshofen

Oliver Oster
Rechtsanwalt, Geschäftsführer
OptioPay GmbH, Berlin

Cornelius Pleser
öffentlich bestellter u. vereidigter Versteigerer für Maschinen und industrielle Anlagen, Versteigerer für Immobilien und fremde Rechte, geschäftsführender Gesellschafter Pleser KG, Zwickau

Robin Steinwachs
Wirtschaftsjurist, BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG,

Torsten Steinwachs (Hrsg.)
Rechtsanwalt/Wirtschaftsmediator (University of A. Science, Wismar) zertifizierter Sanierungsexperte
Lehrbeauftragter für Sanierung- und Insolvenzmanagement an der Fernhochschule Hamburg und an der ISM, Frankfurt/M., Geschäftsführender Partner SAV Aval- und Versicherungs-Vermittlung GmbH, Frankfurt/M.

Christoph Suding
Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter/ Fachanwalt für Insolvenzrecht
Lehrbeauftragter für Insolvenzrecht an der BELS Brunswick
European Law School, Wolfenbüttel
InsOwerk Rechtsanwälte, Braunschweig

Prof. Dr. Heinz Vallender (Hrsg.)
Honorarprofessor an der Universität zu Köln vormals aufsichtsführender Richter am Amtsgericht Köln (Insolvenzabteilung), Erftstadt

Dr. Manfred Voss
Rechtsanwalt WVP
Dr. Voss & Peters GbR, Hannover

Prof. Dr. Till Zech
Steuerberater/Attorney at Law (New York), Münster

PRAKTIKERHANDBUCH

Rechtssicheres Avalgeschäft

INHALT

A. Einleitung und Abgrenzung (Meyer)
B. Einfache Bankbürgschaft (Steinwachs)
C. Bürgschaft zahlbar auf erstes Anfordern (Schmeling)
D. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme und Gerichtliche Eilmaßnahmen (Schmeling)
E. Sonderformen der Bürgschaft (Meyer)
F. Rückabwicklungs-Rechtsverhältnisse bei Bürgschaften (Meyer)
G. Die Bankgarantie (Meyer)
H. Die Kautionsversicherung (Mathes)
I. Bankbürgschaftsmuster (Schmeling)

AUTOREN

Felix Mathes
Syndikusanwalt/Claims & Legal Bonding
Euler Hermes Deutschland

Armin Meyer
Syndikusanwalt/Rechtsabteilung
Deutsche Bank AG

Dr. Christian Schmeling
Syndikusanwalt/Rechtsabteilung
Deutsche Bank AG

Torsten Steinwachs
Rechtsanwalt, Partner, Wirtschaftmediator
BMS Bond Management Support GmbH & Co KG
Frankfurt am Main und Hamburg
Avalmanagement

HIER ERHÄLTLICH:

www.fch-gruppe.de
www.beck-shop.de

Herausgeber
BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG
Wiesenhüttenplatz 26
60329 Frankfurt am Main

Tel.: +49 69 8740309-0
Fax: +49 69 8740309-10

E-Mail: Torsten.Steinwachs@bms-bond.com
Internet: www.bms-bond.com

Schriftleitung:
Rechtsanwalt Torsten Steinwachs

Verantwortlich im Sinne des Presserechts
Wirtschaftsjurist Robin Steinwachs

Fotos
Unternehmensfotos

Pixabay:
Leonhard_Niederwimmer I geralt I mostafa_meraji I
TheDigitalArtist I BlenderTimer I kschneider2991 I
TillVoigt

iStock
wildpixel I bymuratdeniz I mizar_21984 I klyaksun I
MaksimYremenko

Urheber- und Verlagsrechte:
Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung der BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.
Die BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte und Fotos.