

BMS

4. JAHRGANG
AUSGABE 1/2025

AVALREPORT

BOND MANAGEMENT SUPPORT – AVALMANAGEMENT FÜR KREDITINSTITUTE, KREDITVERSICHERER UND UNTERNEHMEN



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.

Unsere Referenzverfahren (Auszug)

- 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
- Avateramedical Gruppe
- Peter Hahn GmbH
- Signa Deutschland
- Budamar West
- Ferralum Anleihe

Bettinastraße 62
60325 Frankfurt am Main

Tel. 069 874 03 09 00
steinwachs@avalvermittlung.com



STEINWACHS
RECHTSANWÄLTE
FRANKFURT a.M.

UNSERE KANZLEI VERTRITT
IHRE INTERESSEN MIT EINER
UMFASSENDEN RECHTLICHEN
EXPERTISE.

RECHTSGEBIETE

SANIERUNG, INSOLVENZEN
& GA MITGLIEDSCHAFTEN

Bürgschaftsmanagement und Kreditsicherung

POOLVERWALTUNG UND POOLFÜHRUNG
FÜR KREDITINSTITUTE

Übernahme der Poolführung und -verwaltung im
Sanierungs- und Insolvenzverfahren eines Schuldners
Vertretung von Gläubigerausschüssen und
Gläubigerbeiräten



Bettinastraße 62 | 60325 Frankfurt am Main

www.steinwachs-rechtsberatung.de



INHALT

Editorial

Zum BMS Aval-Report – Ausgabe 2025

Seite 05

Baumediation

Effektives Instrument zur Beilegung ineffizienter Konfliktlagen in Bauvorhaben

Seite 06

Kautionsversicherungsvertrag

in der Insolvenz des Firmenkunden

Seite 11

Gastbeitrag SAV

Optimierung der Versicherung der Mitglieder im (vorl.) Gläubigerausschuss
im Insolvenzverfahren

Seite 14

Schadensersatzansprüche

aus dem Vergütungsbereich – Vertragserfüllungsbürgschaften und Überzahlungen

Seite 18

Aktuelle Entscheidung

Darf der § 650f BGB Bürge zugleich mit dem Hauptschuldner verklagt
werden? – LG Stuttgart

Seite 20

Literatur Tipps

Seite 22

03

“

*valutierte Bankavale
werden derzeit häufiger
gezogen als Kautionsavale.*

Torsten Steinwachs



Editorial

BMS Aval-Report

Ausgabe 2025

*Liebe Leserinnen
und Leser,*

der aktuelle AvalReport erscheint mit einer gewissen Verzögerung – ein Umstand, der in direktem Zusammenhang mit einem deutlichen Anstieg an Avalinanspruchnahmen steht. Besonders auffällig: valutierte Bankavale werden derzeit häufiger gezogen als Kautionsavale. Dies lässt darauf schließen, dass die Kautionsversicherer im Bereich Risikomanagement derzeit besser aufgestellt sind.

Der Baubereich bleibt weiterhin von einer Insolvenzwelle betroffen – eine Entwicklung, die mittlerweile auch andere Branchen wie den Solar-sektor erfasst hat. Allein in diesem Segment sind wir seit Jahresbeginn 2025 in zwölf Gläubigeraus-schüssen aktiv vertreten. Diese Entwicklung unterstreicht die Relevanz und Komplexität unserer Arbeit – und auch die Verantwortung, die damit einhergeht.

Mit großer Freude begrüßen wir zwei neue Kolleginnen in unserem Team: Frau Zambrana, der inzwischen Prokura erteilt wurde, sowie Frau Dorner, die künftig als Handlungsbevollmächtigte für unser Haus tätig ist. Wir heißen beide herzlich willkommen und freuen uns auf eine erfolgreiche Zusammenarbeit.

Mit den besten Grüßen

Ihr Torsten Steinwachs
und Ihr Robin Steinwachs
Glück auf!

Auch räumlich hat sich bei uns etwas getan: Wir haben unseren bisherigen Standort am Wiesen-hüttenplatz verlassen und unsere neuen Büroräume im attraktiven Stadtteil Westend-Süd, nahe der Messe, bezogen. Die Entscheidung zum Umzug wurde durch die Nähe zum Hauptbahnhof motiviert – ein Schritt, den wir in keiner Weise bereuen.

Unser besonderer Dank gilt Ihnen – unseren Mandanten und Partnern – für das anhaltende Vertrauen in unsere Arbeit. Wir sichern Ihnen weiterhin eine zügige, sorgfältige und qualitativ hochwertige Prüfung und Bearbeitung Ihrer Avalthemen zu.

Zudem möchten wir Sie auf den Gastbeitrag des Maklerunternehmens **SAV, Frankfurt am Main**, hinweisen. Im Fokus steht hier die Schonung der Insolvenzmasse aus der Perspektive eines Gläubigerausschusses – ein praxisrelevanter und lesenswerter Beitrag. Zugleich gratulieren wir der SAV herzlich zu ihrem 10-jährigen Firmenjubiläum, das ihre erfolgreiche Entwicklung und feste Etablierung als Spezialmakler in den Bereichen Kauti-on, Sanierung und Insolvenz sowie Unternehmensan-leihen am Markt unterstreicht.

Für Anregungen, Fragen oder Feedback zum BMS Aval-Report stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung. Wenden Sie sich hierzu bitte direkt an: robin.steinwachs@bms-bond.com

05

Die Baumediation

Tool zur Beilegung von ineffizienten Streitlagen am Bau

Torsten Steinwachs,

Rechtsanwalt/Geschäftsführender-Gesellschafter BMS/Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator

& Robin Steinwachs,

Geschäftsführer BMS/Wirtschaftsjurist LLM/Legal Tech Manager/Versicherungsvermittler § 34d GewO

01 Einleitung

Zunächst sei auf den Artikel zur Wirtschaftsmediation von RA/Wirtschaftsmediator Christoph Schubert im BMS Aval-Report 1/2023, S. 12 verwiesen. Dort werden auch die allgemeinen Voraussetzungen der Wirtschaftsmediation beschrieben. Dieser Beitrag soll die Besonderheiten und Möglichkeiten der Baumediation darstellen und anhand eines Falles beleuchten.

02 Besonderheiten der Baumediation

Konflikte auf Baustellen gehören nahezu zum Alltag. Besonders deutlich wird dies, wenn Sicherheiten (Avale) in Anspruch genommen werden und Auftraggeber (AG) sowie Auftragnehmer (AN) mit stark voneinander abweichenden Sichtweisen hinsichtlich des Bauablaufs und des aktuellen Baustellenstatus konfrontiert sind. Häufig entsteht der Eindruck, als handele es sich um unterschiedliche Projekte oder Gewerke. In solchen Situationen bietet die Baumediation ein wirkungsvolles Instrument zur Deeskalation. Sie ermöglicht eine strukturierte, lösungsorientierte Kommunikation zwischen den Parteien und trägt dazu bei, Missverständnisse zu klären und gemeinsame Lösungen zu entwickeln – noch bevor sich ein Konflikt weiter verhärtet oder gerichtliche Schritte erforderlich werden.

03 Streitlösungsordnung am Bau (SL Bau)

Die Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau) ist ein Regelwerk, das speziell für die außergerichtliche Beilegung von Konflikten im Bauwesen entwickelt wurde. Sie wurde vom Deutschen Baugerichtstag e.V. in Zusammenarbeit mit Fachleuten aus Bauwirtschaft, Justiz und Anwaltschaft konzipiert. Ziel ist es, effiziente, sachgerechte und praxisnahe Verfahren zur Streitvermeidung und Streitbeilegung bei Bauprojekten bereitzustellen.

04 Der Baumediator

Ein Baumediator muss neutral, unparteiisch, unbefangen und vor allem allparteilich agieren. Nur so kann er das notwendige Vertrauen aller Projektbeteiligten gewinnen. Im Unterschied zur allgemeinen Wirtschaftsmediation ist im Baukontext die Frage, ob der Mediator fachlichen Sachverstand mitbringen muss, eindeutig zu beantworten: Ohne vertiefte Kenntnisse des Bauablaufs, typischer Konfliktmuster und branchenspezifischer Abläufe ist eine erfolgreiche Baumediation kaum möglich. Die Erfahrung zeigt, dass insbesondere Mediatorenteams mit juristischer und technischer Expertise tragfähige und praxisnahe Lösungen im Baukonflikt erzielen können. Dabei sollte der Bauingenieur ein technisches Grundverständnis mitbringen – etwa zu Bauabläufen oder Planungsprozessen – während der Jurist über grundlegende Kenntnisse im Bauvertragsrecht verfügen sollte, etwa hinsichtlich Sicherungsabreden oder Leistungsstörungen. Diese Kombination aus fachlicher Tiefe und methodischer Vermittlungskompetenz ist ein entscheidender Erfolgsfaktor in der Baumediation.

06



05 Auftraggeber der Baumediation

Typische Auftraggeber sind private oder öffentlich-rechtliche Bauherren, Bauunternehmen, Planer, Architekten, zunehmend auch Banken und Kautionsversicherer.

06 Rechtliche Grundlagen der Baumediation

Auch die Baumediation ist durch das Mediationsgesetz (MediationsG) gesetzlich normiert. Das MediationsG ist eine Umsetzung der Richtlinie der EU (2008/52/EG: Mediationsrichtlinie). Die Deutsche Gesellschaft für Bauwesen e.V. und der Deutsche Beton- und Bautechnikerverein e.V. kreierte die SL Bau (s.o.). Der Verein Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. die DIS MediationsVO.

07 Die Mediationsvereinbarung

Diese wird durch einen Mediationsvertrag vereinbart. Wichtig ist, dass sich die Mediationsbeteiligten auf einen/zwei Baumediatoren einigen.

08 Zum Ablauf der Baumediation

Die Baumediation läuft grds. so ab:

1. Kontakt zu den Beteiligten/Erstgespräch/meistens Termin vor Ort an der Baustelle
2. Erläuterung der Grundsätze der Baumediation
3. Vereinbarung der Regeln zum Ablauf und Vereinbarung über die Gebühren (i.d.R. Stundensätze)
4. Erstes Zusammentreffen der Beteiligten
5. Die Baubeteiligten stellen deren Sichtweise des Baukonfliktes dar
6. Der Baumediator visualisiert die Darstellung der Baubeteiligten
7. Ergründung der hinter den von den Baubeteiligten geäußerten Positionen liegenden Interessen
8. Gemeinsame kreative Entwicklung von verschiedenen Lösungsmöglichkeiten
9. Bewertung der Lösungsmöglichkeiten durch die Baubeteiligten selbst
10. Suche nach win-win Lösungen, von denen die Baubeteiligten profitieren können
11. Schriftliche Fixierung der gefundenen Lösungen, dies können auch Teil-Lösungen sein

09 Besonderheiten am Bau am Bsp. der Matrix zur Bewertung von Baumängeln

Ein praktisches Instrument zur technischen Einordnung von Baumängeln ist die von Prof. Oswald entwickelte Bewertungsmatrix, die heute vielfach zur differenzierten Beurteilung von Mängeln herangezogen wird. Sie dient der systematischen Einstufung baulicher Abweichungen in drei Kategorien: Bagatellmangel (unerheblich), zunehmende Unzulänglichkeit oder nicht akzeptable Beeinträchtigung eines Gewerks. Gerade hier zeigt sich die Bedeutung des technischen Sachverständnisses in der Baumediation: Eine juristisch saubere Bewertung von Mängeln ist ohne technische Einordnung häufig nicht möglich. Liegen optische Abweichungen vor, deren Tolerierbarkeit im Grenzbereich liegt, kann der wirtschaftliche Minderwert mithilfe der Matrix quantifiziert werden. Dies geschieht durch die Multiplikation zweier Faktoren: der qualifizierten Gewichtung des Erscheinungsbildes und dem Grad der optischen Beeinträchtigung.

10 Zielbaummethode nach Dr. Aurnhammer

Die Zielbaummethode, entwickelt ab 1978 von Dr. Aurnhammer, ist ein strukturiertes Entscheidungsinstrument zur Bewertung baulicher Mängel unter Berücksichtigung interessenbasierter Lösungsansätze. Kern der Methode ist die Visualisierung und Gewichtung relevanter Beurteilungskriterien in einem sogenannten Zielbaum. Dieser differenziert zwischen Gebrauchswert (z.B. Funktion, Sicherheit, Dauerhaftigkeit) und Gestaltungswert (z.B. Ästhetik, Materialwahl, Ausführung). Die einzelnen Kriterien werden hierarchisch geordnet, gewichtet und auf den konkreten Streitfall angewendet. Gerade in der Baumediation ist sie ein hilfreiches Werkzeug, um sachlich fundierte, konsensorientierte Lösungen zu erarbeiten, ohne auf pauschale oder rein subjektive Einschätzungen angewiesen zu sein.

11 Die Quotisierung

Sind mehrere Baubeteiligte mit einem unterschiedlichen Anteil am Baumangel beteiligt (GU, Planer, Sub), so kann mit dieser Methode eine Berechnung erfolgen, wer welchen Anteil am Schaden zu tragen hätte (der Baumediator soll nach den Grundsätzen der Mediation keinen eigenen Vorschlag unterbreiten, anders als die Mediation in den USA). Die Quotisierung hat sich in derartigen Fällen bewährt. Die Baubeteiligten können deren Anteil quasi selber errechnen.

12 Fall mit einer Baumediation

01 Ausgangslage

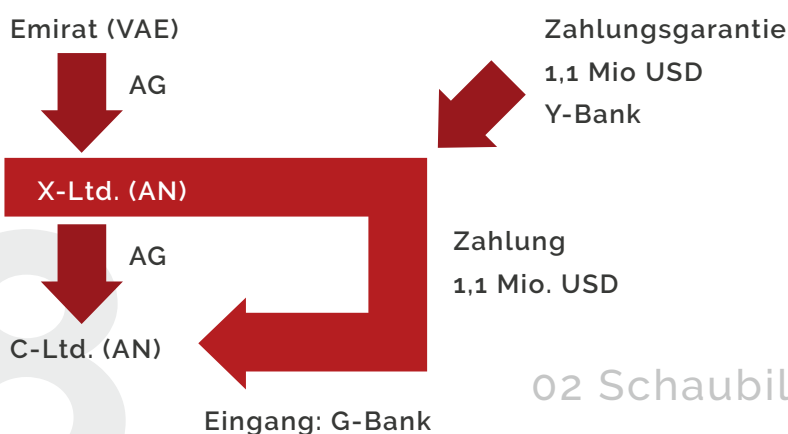
In einem Emirat der VAE wurde ein Gewerk mit einem Bauvolumen von ca. 440 Mio USD vergeben. Auftragnehmer (AN) ist die X-Ltd. Mit den Gesellschaftern -Emirat mit 51 % -ARGE „Gewerk VAE“ zu 49 %.

In der ARGE sind Gesellschafter: Zu 50 % die A-AG und zu 50 % die B-AG aus Deutschland/Österreich.

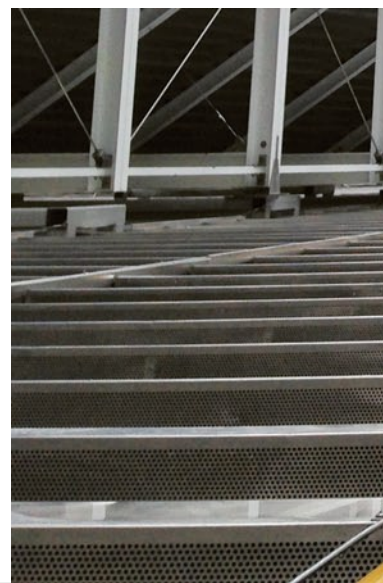
Die A-AG ist der kaufmännische Leiter der ARGE und die B-AG ist der technische Leiter der ARGE. Die X-Ltd. hat 53 Sub-Unternehmer. An diesen Sub-Unternehmern ist immer das Emirat beteiligt und teilweise auch die A-AG und die B-AG (mit deren Tochter- oder Enkelgesellschaften).

Ein Sub-Unternehmer, die C-Ltd. hat Lieferprobleme mit einem wichtigen Modul für die Fertigstellung des Gewerks. Die C-Ltd. verteidigt sich damit, dass die Anzahlung über 1,1 Mio USD nicht wie vereinbart auf deren Konto bei der M-Bank einging, sondern auf das Konto bei der G-Bank. Deren Konten sind von einem Gläubiger der C-Ltd. gepfändet und stehen der C-Ltd. damit nicht zur Verfügung. Es gibt für die X-Ltd. von der Y-Bank eine Anzahlungsgarantie (down payment guarantee) über 1,1 Mio USD. Die Bank weigert sich aber eine Auszahlung vorzunehmen, da die fehlerhafte Überweisung nicht zu deren Lasten gehen könne.

Es droht eine Bauverzögerung von mehreren Wochen mit einer Vertragsstrafe über ca. 3 Mio USD. Innerhalb der ARGE herrscht Streit, wer für die „offensichtlich falsche Überweisung“ verantwortlich sei. Das Emirat hält sich bedeckt und sagt, dass dieses Problem auf der Ebene ARGE zu lösen sei.



02 Schaubild



03 Auftraggeber der Mediation

Die ARGE versuchte zunächst bilateral das Problem zu lösen. Dies führte dazu, dass die deutsch-österreichischen Beziehungen weiteren Belastungen zugeführt wurde. Man brach die Verhandlungen ab und beauftragte uns eine Bau-Mediation durchzuführen, da die Zeit drängte und die Vertragsstrafe drohte.

04 Problematiken in dieser Baumediation

- 1) Überlegenes Wissen in Sachen Garantie: Diese ist wirksam, die Beteiligten gehen von einer Unwirksamkeit aus.
- 2) Totale Antipathie zwischen den Vertretern der ARGE Partner.

05 Ablauf /Dauer der Mediation

Zunächst herrschte extrem gereizte Stimmung. Hintergrund ist, dass man sich beim Mediator oder beim Schiedsgericht durchschnittlich 2–3-mal im Jahr trifft und dies zwar den Bekanntheitsgrad der Beteiligten untereinander stark erhöhte aber ansonsten wenig, bis keine vorteilhaften Auswirkungen hatte. Die Mediation wurde an 4 Tagen zw. 09–15 Uhr durchgeführt.

Die Mediatoren konnten mit dem dezenten Hinweis der Bauverzögerung und unter Anwendung von (extrem) sanften Druck die ARGE Partner dahin bewegen, dass diese folgendes Ergebnis fanden: Die ARGE zahlt nochmals an den Sub 1,1 Mio USD. Die konkrete Schadensberechnung wird am Ende vorgenommen (nach Abnahme des Gewerkes und Stellung der Schlussrechnung). Die Zahlung erfolgt auf ein Notaranderkonto, damit die Gläubiger des Sub's keinen Zugriff auf den Zahlungsbetrag haben. Eine Zahlungsverpflichtung der Bank soll geprüft und notfalls gerichtlich geltend gemacht werden.

13 Schlussbetrachtung

Nicht jeder Fall des Konfliktes am Bau ist tauglich für eine Baumediation. Wenn sämtliche Beteiligte jedoch an einer Lösung interessiert sind, dann kommt diesem Tool eine große Bedeutung zu. M.E. sollte hier immer im Duo als Baumediator agiert werden (Jurist und Baulng.) Für mich hat die Baumediation eine große Bedeutung im Avalmanagement. Zwar sind wir hier keine Mediatoren, da wir sicher nicht allparteilich sind und sein können. Man kann aber auf jeden Fall die Gesprächstechniken und die Tools der Baumediation verwenden und für den AG des Avalmanagements gewinnbringend anwenden. Die Bau-Praxis hat gezeigt, dass selbst in verfahrenen und konfliktreichen Avalfällen, eine wirtschaftlich vernünftige Lösung gefunden werden konnte.

Der Weg und die Ausbildung zum Baumediator haben sich gelohnt. Man kann sie nur empfehlen!



“

*Mit Eröffnung des
Insolvenzverfahrens über
das Vermögen des
Firmenkunden endet
der Avalkreditvertrag
– nicht jedoch die
Rechtswirksamkeit
der gestellten Avale.*

Robin Steinwachs



Schicksal des Kautionsversicherungsvertrages/ Avalkreditvertrages in der Insolvenz des Firmenkunden

Torsten Steinwachs,

Rechtsanwalt/Geschäftsführender-Gesellschafter BMS/Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator

& Robin Steinwachs,

Geschäftsführer BMS/Wirtschaftsjurist LL.M./Legal Tech Manager/Versicherungsvermittler § 34d GewO

01 Einleitung

Avale als Oberbegriff für Bürgschaften und Garantien sowie aus Bankensicht für jegliche Eventualverbindlichkeit, wie zum Beispiel die gesamtschuldnerische Mithaft und die harte Patronatserklärung, spielen eine wichtige Rolle in der Finanzierung des Firmenkunden. In den Branchen Bau, Maschinen- und Anlagenbau sowie erneuerbare Energien. So würden zum Beispiel ohne Vorauszahlungsavale ein Anlagenbauer keine Vorauszahlung für seine zu stellenden Anlagen erhalten. Er müsste diese allein finanzieren, was in aller Regel liquiditätsmäßig gar nicht möglich ist. Ohne Stellung eines Mängelavals ist der Mängelerhalt (5 Prozent der Auftragssumme) nicht auszubahlen und die Liquidität des Firmenkunden würde erschwert werden.

02 Rechtsnatur des (Kautions-)kreditvertrages

Der Avalkredit ist rechtlich als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne der §§675ff. BGB einzuordnen. Auch wenn Kautionsversicherer diesen als Kautionsversicherungsvertrag bezeichnen, handelt es sich der Sache nach um ein Kreditgeschäft. Im Gegensatz zu Banken unterliegen Kautionsversicherer derzeit allerdings (noch) nicht der aufsichtsrechtlichen Verpflichtung, für die Stellung von Avalen Eigenmittel vorzuhalten.

03 (Kautions-)kreditvertrag in der Insolvenz des Firmenkunden

Wird der Avalkreditvertrag von der Rechtsprechung zutreffend als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne der §§675ff. BGB eingeordnet, so endet dieser mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Firmenkunden gemäß §§115,116 InsO. Dies betrifft jedoch ausschließlich das Innenverhältnis zwischen dem Avalgeber (z.B. Bank oder Kautionsversicherer) und dem insolventen Avalnehmer.

Die Rechtswirksamkeit der bereits ausgestellten Avale bleibt davon unberührt. Diese bestehen als selbständige, einseitig verpflichtende Verträge zwischen Avalgeber und Avalbegünstigten fort. Es handelt sich hierbei um eigenständige Sicherungsverträge, die rechtlich unabhängig vom Avalkreditvertrag fortgelten und weiterhin durchsetzbar sind.



04 Avalprovisionen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

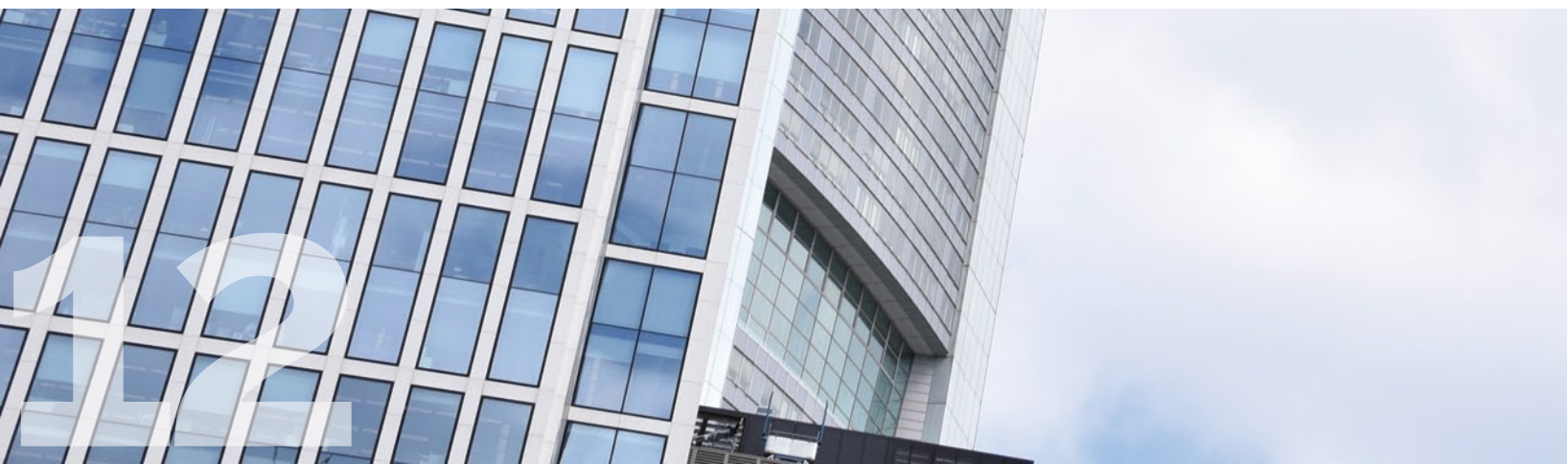
Hierbei ist zunächst festzustellen, dass der Insolvenzverwalter kein Wahlrecht hat gemäß § 103 InsO, ob er an dem Kautionsversicherungsvertrag bzw. Avalkredit festhält. Wenn der Vertrag nunmehr untergeht, so steht nach der Rechtsprechung fest, dass auch keine Avalprovisionen mehr buchbar sind bzw. Avalprovisionen besicherungsfähig sind.

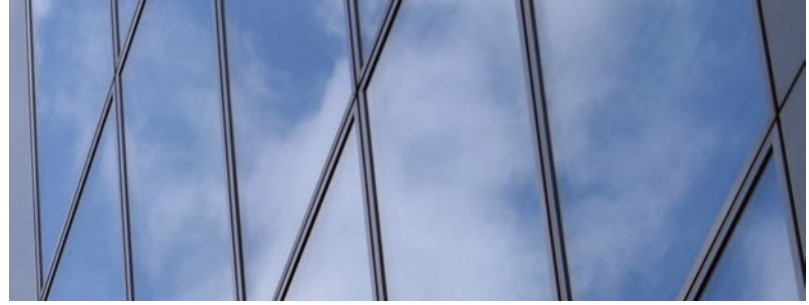
Nach der berechtigten Kritik aus der Literatur ließ der BGH eine Besicherungsfähigkeit dann zu, wenn es sich um eine Einmalprämie zu Beginn der Laufzeit der Avale handeln würde. Dies nutzt aber nichts bei den stets revolvingierenden Aval- bzw. Kautionskrediten der Banken bzw. der Kautionsversicherungen. Es bleibt also dabei, dass derartige Avalprovisionen nicht besicherungsfähig sind. Noch nicht höchststrichterlich geklärt ist das Problem, ob aus einer Rückbürgschaft bzw. Rückgarantie (da Drittsicherheit) derartige Avalprovisionen besicherungsfähig sind. Hierbei wird in der Literatur vorgeschlagen zu differenzieren, ob es sich um eine Rückbürgschaft oder um eine Rückgarantie handeln würde. Bei einer Rückbürgschaft kommt eine Besicherungsfähigkeit der Avalprovision nicht in Betracht, da sich der zugrundeliegende Vertrag nunmehr erledigt hat und es sich um ein akzessorisches Sicherungsrecht handelt. Im Gegensatz dazu ist die Garantie eine abstrakte Sicherheit und dürfte auch die Avalprovision besicherungsfähig machen. Eine gerichtliche Entscheidung gibt es dazu wie gesagt nicht, in der Literatur wird es so vertreten (Steinwachs /Eckert/Soring Aval-Kautionskredit in der Insolvenz des Firmenkunden, ForderungsPraktiker 2015, Seite 262 ff.).

05 Besicherungsfähigkeit der Avalauszahlungen

Lange Jahre war umstritten, ob eine Sicherungsvereinbarung auch Bürgschaften nach Eröffnung der Insolvenz umfasst. Das Kammergericht in Berlin entschied, dass eine Besicherungsfähigkeit nicht möglich sei (KG, ZInsO 2004, 979).

Nach dem OLG Dresden steht einem Kautionsversicherer auch bei Zahlung nach einer erfolgreichen Inanspruchnahme einer Bürgschaft in der Insolvenz des Versicherungsnehmers ein Absonderungsrecht in einem vor der Insolvenz zur Sicherheit abgetretenen Festgeldguthaben zu (OLG Dresden, ZIP 2007, 640). Interessanterweise haben sich nur zwei Literaturmeinungen hierzu geäußert. Um es auf den Punkt zu bringen, vom Ergebnis aus betrachtet, ist die Besicherung des Avalkredites, genauer die Besicherung der Zahlung nach erfolgreicher Inanspruchnahme, möglich? Hierzu wurde vertreten, einmal „Ja“ (Vogel, ZIP 2007, 298) oder „Nein“ (Berger, NZI 2007, 2566). Der BGH hat sich der Entscheidung des OLG Dresden angeschlossen und eine Besicherungsfähigkeit zugelassen (BGH WM 2008, 803). Dies gilt auch für eine abstrakte Garantie, bei der der Regressanspruch, dem aus dem Avalauftragsverhältnis erwachsenen Aufwendungsanspruch gemäß § 675, 676 BGB gleichzustellen ist und bereits mit der Valutierung des Avals entstanden sei. Mittlerweile hat sich auch das Kammergericht dieser Meinung angeschlossen und judiziert, dass sämtliche Entscheidungen des BGH zum Kautionsversicherungsvertrag eins zu eins zu übersetzen sind für den Avalkredit der Banken (KG, ZIP 2010, 2411).



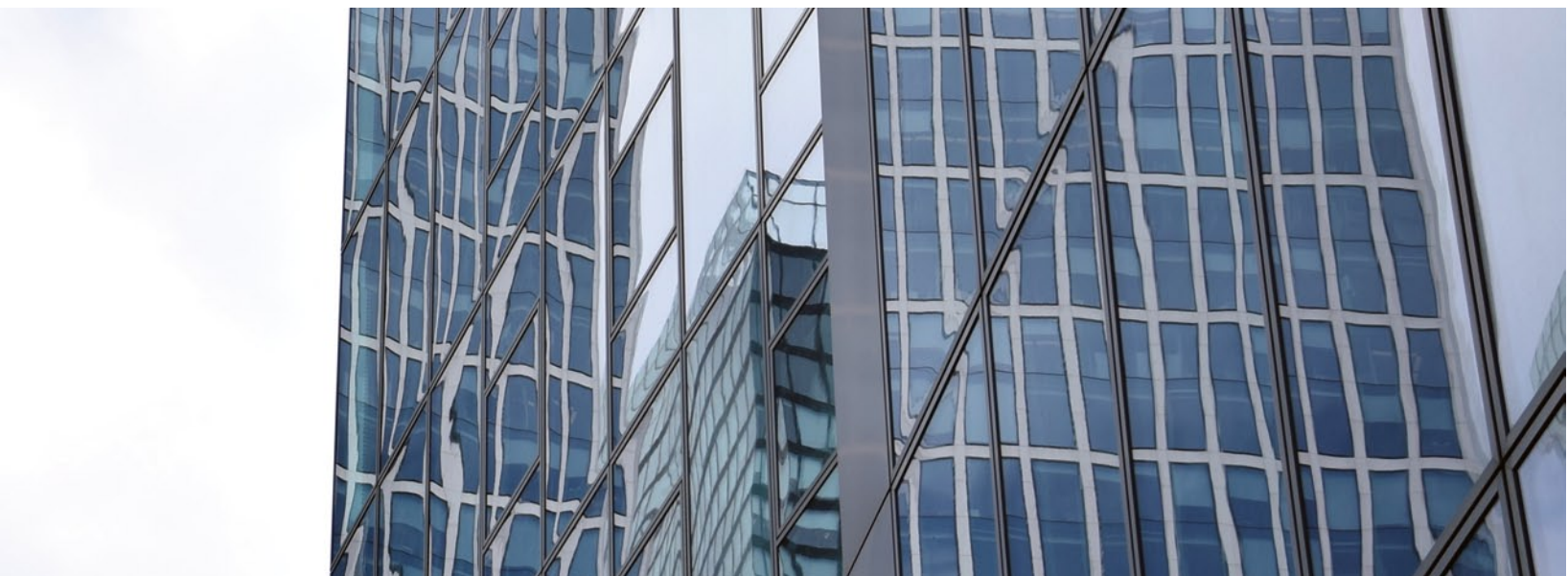


06 Schlussbetrachtung

Hätte sich die Meinung des Kammergerichtes durchgesetzt, wäre zwar der Avalkreditvertrag bzw. Kautionsversicherungsvertrag nicht mehr obsolet geworden, jedoch wäre er sehr teuer in Anspruch zu nehmen. Allerdings ist ein Phänomen in den letzten Jahren zu beobachten, dass insbesondere die Kautionsversicherer die Avalkredite blanko, das heißt ohne Kreditsicherheiten, herauslegen. Insofern wären die Betrachtungen des KG, OLG Dresden bzw. BGH sowieso obsolet, da keine Besicherung vorliegt. Es mag prognostiziert werden, dass diese blanko Avalkredite demnächst der Geschichte angehören, da bedingt durch die Konjunkturlage und den allgemein vorhandenen

Krisen, die Inanspruchnahmequote der Avale stark steigt, wie wir aus eigenen Erfahrungen mitteilen können. Der guten Ordnungen halber sei noch darauf hinzuweisen, dass der Insolvenzverwalter Rückzahlungen von der Bank bzw. vom Kautionsversicherer von vorausgezählten Avalprovisionen für den Zeitraum nach Eröffnung des Insolvenzverfahren verlangen kann, da der Avalkreditvertrag ja erlischt (OLG München, ZInsO 2009, 286; OLG Hamburg, ZInsO 2010, 339).

Der BGH hat zu diesem Thema noch nicht entschieden.



Literatur ausführlich zu diesen Themen:

- Mathes in Steinwachs / Meyer / Schmeling/Mathes; Rechtssicheres Avalgeschäft, 4. Auflage, Rdnr. 653 ff.
- Steinwachs in Cranshaw/Paulus/Michels; Bankenkomentar zum Insolvenzrecht, 3. Auflage, Band II, vor § 174 InsO, Rdnr. 11 ff.
- Cranshaw/Steinwachs/Bruhn; Der Avalkredit in der Insolvenz des Firmenkunden, ZInsO 2013, Seite 1005 ff.
- Steinwachs/Eckert/Soring, Aval-(Kautions-)kredit in der Insolvenz des Firmenkunde, ForderungsPraktiker 2015, Seite 262 ff.
- Steinwachs, Die Bauinsolvenz aus Gläubiger- und Verwaltersicht, ZInsO 2019, Seite 1393 ff.

Optimierung der Versicherung der Mitglieder im (vorl.) Gläubigerausschuss im Insolvenzverfahren

Torsten Steinwachs, Rechtsanwalt/Geschäftsführender-Gesellschafter SAV/Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator
& Robin Steinwachs, Geschäftsführer SAV/Wirtschaftsjurist LLM/Legal Tech Manager/Versicherungsvermittler § 34d GewO

01 Einleitung

Die Mitwirkung in einem (vorläufigen) Gläubigerausschuss sollte insbesondere dann aktiv angestrebt werden, wenn ein erhebliches Risiko aus valuierten Avalverpflichtungen besteht, das infolge einer eingetretenen Insolvenz akut gefährdet ist. Der direkte Zugriff auf relevante Projektunterlagen – etwa zu Bauvorhaben – ist Mitgliedern des Gläubigerausschusses möglich. Vor allem durch diese privilegierte Stellung lässt sich ein effektives Avalmanagement realisieren. Außerhalb des Ausschusses erfolgt die Informationsweitergabe durch die Insolvenzverwaltung erfahrungsgemäß verzögert oder bleibt gänzlich aus. Hinzu kommt, dass die vom Avalbegünstigten vorgelegten Unterlagen nicht selten unvollständig sind oder in Einzelfällen sogar manipuliert erscheinen. Dieses Vorgehen entspricht leider häufig der gelebten Praxis in der Baubranche.

02 Warum ist eine Versicherung zwingend erforderlich?

Mitglieder eines (vorläufigen) Gläubigerausschusses haben nach herrschender Meinung einen rechtlich abgesicherten Anspruch auf den Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung. Diese Auffassung wird durch die höchststrichterliche Rechtsprechung sowie die Fachliteratur gestützt (BGH, ZInsO 2021, 409/410, BGH, ZIP 2012, 876, Cranshaw, ZInsO 2012, 1151/1155 f; Knof in: Uhlenbruck/Vallender, § 73 InsO, Rz.21; Steinwachs in: Kraemer/Vallender/Vogelsang, Handbuch zur Insolvenz, Kap. 10, Rz 453.2; Steinwachs T. und Steinwachs R. in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw, Der Gläubigerausschuss und Gläubigerbeirat in der Insolvenz des Firmenkunden, 3. Aufl., Rz. 1074). Wird die Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss angestrebt, so sind die mit dieser Funktion verbundenen Haftungsrisiken ernst zu nehmen und konsequent abzusichern. Das größte Haftungspotential besteht in einer fehlerhaften oder gar unterlassenen Kassenprüfung. Ein besonders gravierender Fall war etwa im ersten Teldafax-Insolvenzverfahren vor dem AG Marburg zu verzeichnen, wo ein Haftungsvolumen von bis zu 15 Mio.€ im Raum stand – allein aufgrund der versäumten Kassenprüfung und erfolgter Unterschlagung durch den Insolvenzverwalter. Vor diesem Hintergrund ist es zwingend geboten, dass sich der Gläubigerausschuss bereits zu Beginn des Verfahrens auf einen fachkundigen Kassenprüfer verständigt. Dieser sollte die Führung und Entwicklung der Insolvenzkasse in

regelmäßigen Abständen professionell kontrollieren und dem Ausschuss Bericht über seine Feststellungen erstatten. Eine vertiefte Darstellung der Anforderungen an die Kassenprüfung findet sich in E. Metoja in Steinwachs/Vallender/Cranshaw, Der Gläubigerausschuss und Gläubigerbeirat in der Insolvenz des Firmenkunden, 3. Aufl., Rz. 721ff., 759ff., einschließlich eines Musterberichts (S. 471–485). Wer Verantwortung übernimmt, muss auch Vorsorge treffen!

03 Optimierungsmöglichkeiten bei der Versicherung des Gläubigerausschusses

Ganz grundsätzlich sollte ein unabhängiger Makler, welcher sich auf die Versicherungen in Sanierung und Insolvenz spezialisiert hat, eingeschaltet werden. Dieser Makler arbeitet kostenneutral für die Insolvenzmasse. Die Einschaltung eines spezialisierten Maklers fordern auch die Insolvenzgerichte, so z.B. AG Landshut im Alpine Deutschland Verfahren: AG Landshut, Beschluss vom 18.07.2013, IN 473/13, ZInsO 2020, 2549. Wichtig ist, dass dieser Makler mit den Versicherungen keinen Nettovertrag abgeschlossen hat. Beim Nettovertrag darf der Makler im Außenverhältnis (also zur Masse) seine Courtage zum Nettobetrag draufsatteln. Hat der Makler z.B. mit der Allianz einen Nettobetrag für 1 Mio. EUR für den Gläubigerausschuss als Haftpflichtsumme in Höhe von 300 EUR vereinbart, wird er im Außenverhältnis 600 bis 700 EUR anbieten. Zur Veranschaulichung ein Bsp. aus einem Niedersächsischen Insolvenzverfahren:

Angebote des Maklers ohne Nettovertrag

Insolvenzverfahren der xy GmbH i.L., AG xy, xy IN xx/25

versichertes Risiko 1: (vorl.) Insolvenzverwalter

versichertes Risiko 2: (vorl.) Gläubigerausschuss: 3 Mitglieder

	Versicherung 1	Versicherung 2	Versicherung 3
	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag
Risiko 1: 5 Mio. €	2.400,00 €	2.500,00 €	2.490,00 €
Höchstleistung	2-fach maximiert	2-fach maximiert	2-fach maximiert
	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag
Risiko 2: 5 Mio. €	2.400,00 €	2.500,00 €	2.490,00 €
Höchstleistung	2-fach maximiert	2-fach maximiert	2-fach maximiert

Angebote des Makler mit Nettovertrag

Insolvenzverfahren der xy GmbH i.L., AG xy, xy IN xx/25

versichertes Risiko 1: (vorl.) Insolvenzverwalter

versichertes Risiko 2: (vorl.) Gläubigerausschuss: 3 Mitglieder

	Versicherung 1	Versicherung 2	Versicherung 3
	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag
Risiko 1: 5 Mio. €	2.800,00 €	2.900,00 €	3.100,00 €
Höchstleistung	2-fach maximiert	2-fach maximiert	2-fach maximiert
	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag	Versicherungsbeitrag
Risiko 2: 5 Mio. €	2.800,00 €	2.900,00 €	3.100,00 €
Höchstleistung	2-fach maximiert	2-fach maximiert	2-fach maximiert

Nettoverträge sind in der Versicherungsbranche verbreitet im Bereich der Sachversicherungen, nicht jedoch im Bereich Komposit. Nach unseren Erfahrungen werden derartige Nettoverträge gerade mit großen Maklerhäusern vereinbart. Das Problem solcher Nettoverträge liegt darin begründet, dass die Versicherungsprämien und damit auch die daran gekoppelten Maklercourtageeinnahmen seit Jahren unter Druck stehen. Die Insolvenzmasse zahlt de facto mehr, als es bei einem herkömm-

lichen Courtagevertrag der Fall wäre. Der Gläubigerausschuss muss darauf achten, dass der Makler keinen derartigen Nettovertrag vereinbart hat. Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass der Maklervertrag zu einer überhöhten Belastung der Insolvenzmasse geführt hat, besteht die Gefahr, dass die zu viel gezahlten Beträge bei der Festsetzung der Vergütung des Gläubigerausschusses berücksichtigt und entsprechend gekürzt werden.

04 Weitere Optimierungsmöglichkeiten

Einige Versicherungsunternehmen – etwa Allianz oder Nürnberger – unterbreiten ihre Angebote nur dann, wenn sämtliche relevanten Risiken exklusiv über sie abgesichert werden. Andere Anbieter wie HDI oder AXA gewähren hingegen Bündelrabatte von bis zu 25 %, sofern zumindest zwei Risiken beim selben Versicherer platziert werden.

Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, dass nur ein Versicherungsmakler aktiv Angebote einholt, um eine möglichst günstige Prämienstruktur zu erzielen. Andernfalls wird die Gesamtheit der Versicherten durch vermeidbar hohe Versicherungsprämien belastet.

Ob es im Rahmen dieser Tätigkeit zulässig ist, Versicherungsunternehmen gezielt gegeneinander auszuspielen und dadurch Prämiennachlässe zu erzielen, ist rechtlich nicht eindeutig geregelt und unterliegt letztlich der individuellen Verantwortung und dem berufsethischen Selbstverständnis des Maklers. Die gezielte Weitergabe von konkreten Prämienangeboten an konkurrierende Versicherer dürfte jedoch unzulässig sein. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hierzu existiert bislang nicht.

05 Schlussbetrachtung

Der Gläubigerausschuss kann maßgeblich dazu beitragen, die Prämie zu optimieren. Der Gläubigerausschuss sollte zudem darauf achten, dass Gläubigerausschussmitglieder als gebundene Versicherungsvertreter Versicherungsprodukte ihrer jeweiligen Versicherungsgesellschaft nicht verkaufen dürfen. Dies verstößt insolvenzrechtlich gegen die GOI und versicherungsrechtlich gegen das Provisionsabgabeverbot (§ 48 b Abs. 1 VAG; § 34d GewO, geht zurück bis ins Jahr 1923). Dass der gebundene Versicherungsvertreter dann auch noch eine Abschlussprovision vereinbart, die dieser nach der Rechtsprechung des BAG eigentlich an den Versicherer abführen müsste, ist hinnehmbar.

Unklar bleibt derzeit, ob ein Verstoß gegen das Provisionsabgabeverbot ausschließlich aufsichtsrechtliche Konsequenzen für das Versicherungsunternehmen nach sich zieht oder ob darüber hinaus auch versicherungsvertragliche Auswirkungen auf den Versicherungsschutz innerhalb des Gläubigerausschusses denkbar sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es unverständlich, weshalb ein derartiges Risiko in Kauf genommen wird.



“

*Ein Verstoß gegen das
Provisionsabgabeverbot
liegt vor.*

Torsten Steinwachs

Schadensersatzansprüche aus dem Vergütungsbereich

- Vertragserfüllungsbürgschaften und Überzahlungen

Robin Steinwachs,

Wirtschaftsjurist, LL.M. (Hamburg), Legal Tec Manager, Geschäftsführer, BMS/Frankfurt a.M.

Zu differenzieren ist zwischen Vorauszahlungen des Bestellers, die nicht die Ausführung entsprechender Leistungen voraussetzen und Abschlagszahlungen bei Erbringung vertragsgemäßer Leistungen und Erreichen des vereinbarten Abrechnungszeitpunktes als Anzahlung auf die Gesamtvergütung. Das Bauunternehmen muss durch Vorauszahlungen das Bauvorhaben des Auftraggebers nicht selbst vorfinanzieren. Vorauszahlungen bergen für den Auftraggeber allerdings das Risiko, Rückforderungsansprüche durchsetzen zu müssen.

In Verbindung mit Zahlungen des Auftraggebers auf Rechnungen (Voraus-, Abschlags-, Teilschluss- und Schlussrechnungen) über Leistungen des Bauunternehmens kann sich ableiten, dass der Auftragnehmer zu viel erhalten hat und damit überzahlt wurde. Zur Feststellung eines Saldoüberschusses müssen einerseits erbrachte Bauleistungen und andererseits etwaige Voraus- und Abschlagszahlungen berücksichtigt werden. Bürgschaftsbegünstigte ziehen regelmäßig bei Feststellung eines Deltas die ausgelegten Vertragserfüllungsbürgschaften, sollte das Bauunternehmen nicht in der Lage oder nicht Willens sein, den verbleibende Differenzbetrag zurückzahlen.

Der Auftraggeber muss im Inanspruchnahmeprozess eine Überzahlung darlegen und beweisen, dass dem Auftragnehmer der abgerechnete Werklohnanspruch tatsächlich nicht zusteht. Ausreichend nach neuester Rechtsprechung ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht (BGH, Urf. v. 11.07.2024 - VII ZR 127/23). Der Auftragnehmer muss sodann darlegen und beweisen, dass er die erhaltenen Zahlungen behalten darf. Diese Darlegungslastverteilung gilt im Diskurs zwischen dem Auftraggeber und einem Bürgen, der sich verpflichtet hat für einen Anspruch auf Rückzahlung der Werklohnvorauszahlung einzustehen, entsprechend.

Dies ist für den gewerblichen Bürgen mit erheblichen Risiken verbunden. Im Zuge der Inanspruchnahme bedarf es insofern einer Rechnungsprüfung des gesamten Zahlenwerkes sowie einer bautechnischen Prüfung des tatsächlichen Bautenstands, zur Feststellung, ob der vorgetragene Anspruch der Höhe nach tatsächlich besteht. Erfahrungen zeigen, dass etwa 70 % der vorgetragenen Ansprüche fehlerhaft vorgetragen sind. Nicht selten werden Überzahlungen durch eine nachträgliche Kürzung der erbrachten Leistungen suggeriert, welche zuvor durch Zahlungsfreigaben von Akontozahlungen durch die Baubegleitung (ungerechtfertigt) freigegeben wurden. Sodann können sich Kautions- und Haftpflichtschäden gegenüberstehen.

Bereits vom Haftungsumfang einer Anzahlungs- bzw. Abschlagsbürgschaft sind Überzahlungen nicht automatisch erfasst. Vom Grundsatz sind Vorauszahlungen nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen. Hier von können die Parteien abweichende Regelungen treffen, also durch entsprechende Vereinbarung die geleisteten Vorauszahlungen auch auf jeweils weitergehende, künftige Leistungsabschnitte erstrecken oder diese bis zur Schlusszahlung und eines möglichen Saldoüberschusses stehen lassen.

Im Zuge der Anspruchsprüfung kann sich herausstellen, dass der Anspruch auf Rückerstattung eines Saldoüberschusses dem Grunde nach überhaupt nicht besteht. Umstritten ist hierbei, ob eine an § 17 VOB/B angelehnte (nicht näher konkretisierte) Sicherheitsleistung Ansprüche des Auftraggebers aus dem Vergütungsbereich, insoweit vor allem Rückzahlungsansprüche, abdeckt.

Eine Vertragserfüllungsbürgschaft sichert regelmäßig Ansprüche auf die vollständige, rechtzeitige und – zum Zeitpunkt der Abnahme – mangelfreie Erbringung der vertraglich geschuldeten Werkleistung, insbesondere auch Schadensersatzansprüche des Auftraggebers, bspw. wegen Nichterfüllung des Vertrags auf Grund der Insolvenz des Bauunternehmens, weiter auch Ansprüche auf Zahlung von Verzugsschäden sowie bei entsprechender Aufnahme, auch Rückzahlungsansprüche aus Überzahlung.

Es zeigt sich, dass ein nicht näher konkretisierter Haftungsumfang für den Bürgen mit erheblichen Risiken verbunden ist. Jedenfalls ist der von bauvertraglichen Regelungen zumeist abstrakte Haftungsumfang der Bürgschaftserklärung rechtlich genau dahingehend zu prüfen.

Zurückhaltend ist die Rechtsprechung, soweit es um generelle Überzahlungen aus einer überobligationsgemäßen Leistung geht. Bei diesem Anspruch handelt es sich nicht um einen Erfüllungsanspruch. Dieser ist somit nicht umfasst. Zudem kann einer Vertragserfüllungsbürgschaft regelmäßig nicht entnommen werden, dass der Bürge auch das bei Abschlagszahlungen auf Bauwerke stets vorhandene Überzahlungsrisiko übernehmen wolle (BGH, vom 12.06.1980 - VII ZR 270/79). Zumindest bedarf es weiterer Ansatzpunkten in der Bürgschaftsurkunde, um dahingehende Haftungsgründe abzuleiten (OLG Celle, Urt. v. 04.06.1997 - 6 U 186/96). Beruht der Anspruch also nicht auf einer Nicht- oder Schlechterfüllung, scheidet eine Rückerstattung jedenfalls aus; insoweit handelt es sich nämlich nicht mehr um eine nicht vertragsgemäße Leistung des Unternehmers i.S.d. § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

Beruht die Rückforderung allerdings auf einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bzw. statt der Leistung, kann dieser nach überwiegender Meinung als Schadensersatzanspruch aus dem Ausführungsstadium über die Sicherheitsleistung abgedeckt sein. Da der Auftraggeber für Zahlungen keine äquivalente Gegenleistung erhalten hat, sofern dies durch eine bautechnische Prüfung bestätigt werden konnte, wird angenommen, dass bei einem gestörten Äquivalenzverhältnis, der Haftungsumfang der Vertragserfüllungssicherheit greift.

Es ist daher sorgfältig zu prüfen, ob das Bauunternehmen die geschuldeten Leistungen tatsächlich nicht vertragsgemäß erbracht hat und ob tatsächlich keine äquivalente (also mangelfreie) Gegenleistung erbracht wurde. Diese Prüfung ist besonders relevant, wenn der Anspruchsteller nachträgliche Kürzungen der ursprünglich erbrachten Leistungen vornimmt, insbesondere dann, wenn der Leistungsstand zuvor durch Zahlungsfreigaben von Akontozahlungen im Rahmen der Baubegleitung bestätigt wurde. Solche Fälle sind in jüngerer Zeit bei Inanspruchnahmen vermehrt aufgetreten.

Es ist somit umfassend zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch tatsächlich im Einklang mit dem Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft steht.“

Die aktuelle Entscheidung:

Darf der 650 f Bürge zeitgleich mit dem Hauptschuldner verklagt werden? **NEIN**

Torsten Steinwachs,

Rechtsanwalt/Geschäftsführender-Gesellschafter BMS/Zert. Wirtschaftsmediator/Zert. Baumediator

01 Einleitung

Die Bürgschaft nach § 650f BGB (zuvor § 648a BGB) hat in der baurechtlichen Praxis eine zentrale Bedeutung. Sie dient dem Schutz des Auftragnehmers vor dem Ausfall des Werklohns und ist ein unverzichtbares Instrument zur finanziellen Absicherung des Unternehmers. Die Inanspruchnahme der Bürgschaft unterliegt dabei strengen formalen Anforderungen. Für den gewerblichen Bürgen ist sie mit nicht unerheblichen Haftungsrisiken verbunden. Vor diesem Hintergrund lehnen einzelne gewerbliche Bürgen die Ausstellung von Bürgschaften nach § 650f BGB mittlerweile ganz bewusst ab.

02 Voraussetzungen der erfolgreichen Ziehung der Bürgschaft

Die Voraussetzungen, unter denen eine Inanspruchnahme des Bürgen zulässig ist, regelt § 650f Abs. 2 BGB. Danach besteht eine Zahlungsverpflichtung des Bürgen, wenn der Auftraggeber den Vergütungsanspruch anerkannt hat oder der Auftragnehmer durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt wurde und die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung vorliegen. Diese Tatbestände sind abschließend.

03 Problemstellung in der Praxis

Der Vergütungsanspruch wird oftmals vom Auftraggeber bestritten und vom Unternehmer eingeklagt. Oftmals wird der Bürge mitverklagt, da er zur Zahlung verpflichtet ist, wenn der Prozess gewonnen werden würde. Es stellt sich die Frage, ob ein derartiger Prozess gegen den Bürgen statthaft ist.

04 Gründe für eine Klage gegen den Bürgen

Der Rechtsbeistand des Anspruchstellers wirft das Problem auf, dass keine Verjährung der Bürgschaftsschuld eintritt. Man habe Bedenken, dass man im Prozess gegen den Auftraggeber obsiegt, die Bürgschaftsschuld aber mittlerweile verjährt ist und die unterlegene Partei nicht mehr zahlen kann. Die an sich werthaltige Bürgschaft wäre durch die Einrede der Verjährung wertlos geworden.

05 Verjährung auf eine Gestellung der 650f BGB Bürgschaft

Unstreitig gibt es in der Tat eine Verjährungsproblematik auf Gestellung einer derartigen Bürgschaft. Nach der Rechtsprechung handelt es sich hierbei um einen verhaltenen Anspruch. Die Verjährungsfrist für diesen Anspruch beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers auf Sicherheitsleistung. So bereits BGH, Urteil vom 25.03.2021 Az.: VII ZR 94/20. Vor kurzem erneut bestätigt durch das OLG München mit Urteil vom 21.11.2023 Az. 9 U 301/23.

06 Verjährung der Bürgschaftsschuld nach Gestellung

Erst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere der Prozess im Hauptschuldverhältnis gewonnen wurde, kann der Verjährungslauf beginnen. Erst jetzt ist der Bürgschaftsanspruch entstanden, wie § 650f Abs. 2 BGB vorgibt.

07 Hauptantrag war nicht zulässig

Eine Klage auf künftige Leistung kann erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, § 259 ZPO. Die Zulässigkeitsvoraussetzung „Besorgnis der Leistungsverweigerung“ ist vorliegend nicht gegeben. Sie ist vom Kläger darzulegen und zu beweisen. Diese Besorgnis ist in der Regel begründet, wenn der Schuldner den Anspruch ernsthaft bestreitet (BGH NJW-RR 2005, 1518; NJW 2001, 2178/2180). Ebenfalls ausreichend ist eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (BGH NJW 2003, 1395 f.). Die Klägerin legte nicht dar, dass sich die Beklagte einer rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Die Beklagte erklärte, ihren Verpflichtungen aus der Bürgschaft nachzukommen, wenn die Voraussetzungen nach der Bürgschaftserklärung vorliegen. Sie bestreitet weder das Bestehen noch den Inhalt oder den Zeitpunkt der Bürgschaftsverpflichtung. Auch die Klägerin ist der Auffassung, dass die Verpflichtung von den im Antrag genannten Voraussetzungen abhängt.

08 Auch der Hilfsantrag ist als unzulässig abzuweisen

Es besteht kein Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Ein Feststellungsinteresse besteht regelmäßig zum Zwecke der Hemmung der Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Dazu ist erforderlich, dass der Ablauf der Verjährungsfrist droht (BGH NJW 1991, 2707 f.). Vorliegend ist die Klage unzulässig, da ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Hemmung der Verjährung vor Beginn der Verjährungsfrist nicht besteht. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der vorliegende Anspruch aus der Bürgschaft mit dem Anspruch aus der Hauptschuld fällig wird. Die Fälligkeit des restlichen Werklohnanspruchs, also der Hauptschuld, trat nach der vertraglichen Vereinbarung gem. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B (§ 650g Abs. 3 BGB) im Jahr 2023 ein.

Der Anspruch aus der vorliegenden Bürgschaft ist jedoch noch nicht fällig und damit noch nicht entstanden im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) hat noch nicht begonnen. Der Anspruch aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird zwar in der Regel mit dem Anspruch aus der gesicherten Hauptschuld fällig (vgl. BGH, ZIP 2014, 2529 [2530]). Die Parteien haben vorliegend jedoch die Fälligkeit des Anspruches aus der Bürgschaft unabhängig von der Fälligkeit der Hauptschuld vereinbart (so auch: BGH, Urteil vom 26.02.2013 – Az.: XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 f.). Ein Anspruch ist nach § 199 Abs. 1 BGB entstanden, sobald dieser erstmals vom Gläubiger geltend gemacht und mit einer Klage durchgesetzt werden kann. Dies setzt grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 Abs. 2 Hs. 1 BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und gegebenenfalls den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann (BGH NJW-RR 2009, 378). Der vorliegende Anspruch aus der Bürgschaft steht unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB).

Die Parteien haben den Anspruch gegen den Bürgen aus der Bürgschaft unter die Bedingung gestellt, dass der Schuldner den Vergütungsanspruch anerkennt oder, dass der Schuldner durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung „Die Inanspruchnahme der Bürgschaft setzt voraus ...“. Die Geltendmachung der Ansprüche aus der Bürgschaft sind deshalb hinausgeschoben und somit auch der Verjährungsbeginn (vgl. BGH NJW 2013, 1803 f.). Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft sind bisher unstreitig nicht eingetreten. Die dreijährige Regelverjährung nach § 195 BGB hat noch nicht begonnen, da der Anspruch aus der Bürgschaft noch nicht entstanden ist, gemäß § 199 Abs. 1 BGB. Nachdem die Forderung aus der Bürgschaft noch nicht fällig ist, kann die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 BGB auch nicht gehemmt werden. Ein Feststellungsinteresse zur Hemmung der Verjährung besteht folglich nicht. Die Klage war daher abzuweisen. Das Urteil ist rechtskräftig.

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.

Referenzfälle

- 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
- Harfid GmbH
- Calvias Gruppe u.v.a.

Auftraggeber

- 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
- Sparkasse Wetzlar
- Kreissparkasse Tübingen
- Stadt- und Kreissparkasse Leipzig
- Berliner Sparkasse NL der Landesbank Berlin AG
- Tokio Marine HCC
- Liberty u.v.a.

Referenzobjekte

- 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
- Blue Gate, Aachen
- Saga Fischbeker Heidbrook, Hamburg 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

Portugal

Frau Vânia Costa Ramos,
Advogada
www.carlospintodeabreu.com

Serbien

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

Kanada

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

Indien

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

Großbritannien

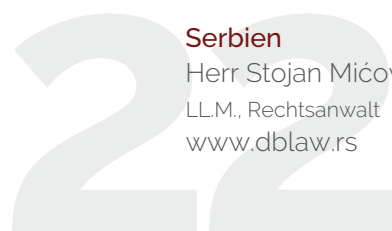
Herr Greg Davidian, Consultant,
Solicitor und Rechtsanwalt (Deutschland)
www.emwllp.com

Italien

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

USA / Spanien

Frau Nadja Vietz,
Abogada, Rechtsanwältin, Attorney (WA)
www.harrisbricken.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 Rechtsanwäl-
ten 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 RECHTSAN-
WALTS AG Mutterstadt/Mannheim
vormals Chefsyndikus/Direktor Landes-
bank, 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 industri-
elle Anlagen, Versteigerer für Immobilien
und fremde Rechte, geschäftsführender
Gesellschafter Pleser KG, Zwickau

Robin Steinwachs

Wirtschaftsjurist, BMS Bond Manage-
ment Support GmbH & Co. KG,

Torsten Steinwachs (Hrsg.)

Rechtsanwalt/Wirtschaftsmediator
(University of A. Science, Wismar)
zertifizierter Sanierungsexperte Lehrbe-
auftragter für Sanierungs- und Insolvenz-
management 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 Lehrbeauf-
tragter 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),
Erfstadt

Dr. Manfred Voss

Rechtsanwalt WVP
Dr. Voss & Peters GbR, Hannover

Prof. Dr. Till Zech

Steuerberater/Attorney at Law (New York),
Münster

Praktikerhandbuch

FCH-Sicherheitskompendium, 6. Auflage

Inhalt

- A. Spezialfragen u allen Sicherheiten
- B. Bürgschaft und Schuldeintritt
- C. Grundschulden
- D. Bewertung von Immobilien
- E. Zessionen
- F. Sicherungsübereignung
- G. Verpfändungen
- H. Bewertung von Mobilien
- I. Gewerbliche Schutzrechte als Kreditsicherheit
- J. Immaterialgüterrechte als Kreditsicherheit, ihre Behandlung in Zwangsvollstreckung und Insolvenz
- K. Besicherung der Finanzierung von Erneuerbare Energien Anlagen: Wind-Solar- Energiespeicher- Stromlieferverträge (Direktvermarktung und PPAs)
- L. Atypische Sicherheiten: Sicherungserklärungen von Dritten
- M. Kreditsicherungen im Ausland: Praktische Lösungsansätze
- N. PAAR-Prüfungen aus Sicht der bankgeschäftlichen Prüfung



Autoren

Bettina Bieberstein

Justiziarin Personal und Recht LBS
Bausparkasse Schleswig-Holstein-
Hamburg AG Hamburg

Dr. jur. Friedrich L. Cranshaw

Rechtsanwalt, Depré RECHTSANWALTS
AG, Mannheim vorm. Sydikus/Direktor
LBBW Landesbank Baden-Württemberg

Michael Fischer

Rechtsanwalt und Abteilungsdirektor
Sicherheiten
DZ BANK AG

Peter Freckmann

Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt
Bereich Recht & Compliance
Bausparkasse Schwäbisch Hall AG
Schwäbisch Hall

Jochem Kierig

Bereichsleiter Software- und Researchpro-
dukte Sprengnetter GmbH
Bad Neuenahr-Ahrweiler

Dr. Thomas Knapp

Patentanwalt
Dreiss Patentanwälte PartG mbH
Stuttgart

Dominik Leichinger

Prüfungsleiter Referat und Bankge-
schäftliche Prüfungen 2 Deutsche
Bundesbank Düsseldorf

Marija Marelja

Rechtsanwältin und Syndikusrechtsanwältin
Abteilung Sicherheiten DZ BANK AG

Dr. Jörn Michaelsen

Syndikusrechtsanwalt Bereich Recht und
Projektfinanzierung
PROKON Regenerative Energien eG

Birgit Niemeyer

Leiterin Immobilienbewertung Landes-
bank Baden-Württemberg

Dr. Bernd Peters

Rechtsanwalt Direktor Contract
Management, Commerzbank AG
Hamburg

Torsten Steinwachs

Rechtsanwalt/Geschäftsführer
Avalmanagement
Baucontrolling Poolverwaltung BMS Bond
Management Support GmbH & Co. KG
Frankfurt/M.

Johannes Tauber

Justiziar Rechtsbereich DZ BANK AG
Frankfurt/M.

Susanne Thien

Head of Operations PEAC (Germany) GmbH
Hamburg

Yves Ulrich

Gruppenleiter Immobilienbewertung
Landesbank Baden-Württemberg Stuttgart

Thomas Waechter

Rechtsanwalt Bereich Recht und
Vorstandsstab
Fachbereich Recht Firmenkunden/
Infrastruktur
Deutsche Kreditbank AG

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, Wirtschaftsmediator
BMS Bond Management Support GmbH & Co KG
Frankfurt am Main und Hamburg Avalmanagement

Hier erhältlich:

www.fch-gruppe.de

www.beck-shop.de



Soziales Engagement

Unterstützung gemeinnütziger Organisationen

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 (SOD)

ist die deutsche Organisation der weltweit größten, vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) offiziell anerkannten Sportbewegung für Menschen mit geistiger und mehrfacher Beeinträchtigung.
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 Fünfzehner rugby auf vielfältige Weise.
www.freunde-rugby15.com

Herausgeber

BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG
Bettinastraße 62
60325 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 8740309-0
Fax: +49 69 8740309-10
E-Mail: robin.steinwachs@bms-bond.com
Internet: www.bms-bond.com

Schriftleitung

Torsten Steinwachs

Verantwortlich im Sinne des Presserechts

Robin Steinwachs

Credits Foto

Unternehmensfoto, Unplash: Jannik thing2196
Pixabay: wal_172619, ProfessionalPhoto, dmncwndrlch, borevina, Leonhard_Niederwimmer

Design & Foto

www.heiberger.work

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten 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.





AVALREPORT

BOND MANAGEMENT SUPPORT – AVALMANAGEMENT FÜR KREDITINSTITUTE, KREDITVERSICHERER UND UNTERNEHMEN



www.bms-bond.com

BMS Bond Management Support GmbH & Co. KG
Bettinastraße 62 • 60325 Frankfurt am Main • Tel: +49 69 8740309-0 • Fax: +49 69 8740309-10