

Thema: Der Gläubiger in der Bauinsolvenz

1. Einleitung

Die zunehmende Krise am Bau führt zu zahlreichen Bauinsolvenzen. Auftraggeber, Bauunternehmer, Lieferanten sind hiervon betroffen. Die nachfolgende Darstellung zeigt unter 2) Information einige Quellen auf, wie man mehr über die wirtschaftliche Situation des Schuldners erfahren kann. Ein weiteres Kapitel 3) Optionen befasst sich mit den Sicherungsmöglichkeiten im Vorfeld der Insolvenz sowie über die Forderungen des Gläubigers in der Insolvenz. Die Ausführungen zu den Sicherungsmöglichkeiten im Vorfeld der Insolvenz sind besonders wichtig, da hier Schutzmechanismen dargestellt werden, die den Gläubiger vor einem Ausfall in der Insolvenz bewahren. Ein weiteres Kapitel 4) Anfechtung im Insolvenz befasst sich kurz mit den häufig zu beobachtenden hektischen Vermögensverschiebungen kurz vor der Insolvenz. Mit Ziffer 5) Sonstige Befriedigungsmöglichkeiten wird darauf hingewiesen, dass es auch noch innerhalb der Insolvenz Möglichkeiten geben kann, seine Forderungen durchzusetzen.

2. Information

Als Information stehen einem Gläubiger in der Insolvenz einige Quellen zur Verfügung, die genutzt werden sollen.

2.1 Gerichtsakte

Bei der vom Insolvenzgericht verwalteten Gerichtsakte handelt es sich um eine wichtige Informationsquelle. Dem Insolvenzgläubiger steht ein *Akteneinsichtsrecht* zu. Wichtige Informationsquellen sind dort der Insolvenzantrag nebst Anlagen, das Anhörungsprotokoll des Insolvenzgerichts (bei Drittanträgen), das Sachverständigengutachten des eingesetzten Gutachters, der Bericht zur Gläubigerversammlung, so wie die in regelmäßigen Abständen eingereichte Zwischenberichte des Insolvenzverwalters. Ein weiterer wichtiger Zeitpunkt im Insolvenzverfahren ist der sogenannte „Berichtstermin“. Hier hat der Insolvenzverwalter gemäß § 156 Absatz 1 Satz 2 InsO darzulegen, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen des Schuldners im Ganzen oder in Teilen zu erhalten, welche Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen und welche Auswirkungen jeweils für die Befriedigung der Gläubiger eintreten würden.

Hilfreich ist die Akteneinsicht insbesondere dann, wenn ein Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben wurde.

Hier ist es zu empfehlen, auch wenn das „ob“ und das „wie“ der Akteneinsicht umstritten sind, eine Ablichtung direkt beim zuständigen Insolvenzgericht anzufordern, eine Kostenzusage abzugeben sowie einen bereits vorbereiteten und frankierten Rückumschlag beizufügen, was die Informationsverteilung und Übersendung der Unterlagen in der Regel beschleunigt. Vorab sollte beim Insolvenzgericht Auskunft über die Handhabung des Akteneinsichtsrechts eingeholt werden.

2.2 Insolvenzverwalter

Der vorläufige Insolvenzverwalter wie auch der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Verfahrens ist einer der wichtigsten Informationsquellen. Die bereits unter dem Punkt Gerichtsakte beschriebenen Unterlagen können bei Nachweis einer Gläubigerstellung ebenfalls vom Insolvenzverwalter erfragt und angefordert werden.

Auch hier ist es empfehlenswert, ein vorbereitetes Rückantwortschreiben für die Anforderungen von Unterlagen oder Sachstandsfragen zu verwenden und gegebenenfalls einen bereits frankierten und adressierten Rückumschlag beizufügen. Ein Insolvenzverwalter ist nämlich grundsätzlich nicht verpflichtet, außerhalb der hierfür vorgesehenen Gerichtstermine Sachstandsfragen von Gläubigern zu bearbeiten oder zu beantworten. Bei einem Vorgehen entsprechend der Empfehlung ist zumindest die Chance höher, dass man Antworten erhält.

Wichtig ist die Teilnahme am Berichtstermin und am Forderungsprüfungstermin. In diesen beiden Terminen erstattet der Insolvenzverwalter Bericht und muss Rückfragen der Gläubiger beantworten. Die Sitzungen sind nicht öffentlich. Außerdem werden in der Gläubigerversammlung in der Bestätigung/Wahl des vorläufig eingesetzten Insolvenzverwalters meist weitere wichtige Beschlüs-

se gefasst, z.B. die Einsetzung eines Gläubigerausschusses, die Einstellung des Geschäftsbetriebs oder die freiwillige Verwertung von Grundstücken.

Gemäß § 157 Satz 2 InsO hat die Gläubigerversammlung sogar die Möglichkeit, den Insolvenzverwalter zu beauftragen, einen Insolvenzplan auszuarbeiten, ja sogar Ziele des Planes vorzugeben.

2.3 Gläubigerverbindungen

Auch die Kontaktaufnahme mit anderen Gläubigern ist empfehlenswert, um deren Kenntnisse und Informationen in Erfahrung zu bringen. Die Gläubiger können so außerhalb des Verfahrens ihre Maßnahmen koordinieren, was auch sinnvoll sein kann im Hinblick auf die spätere Gläubigerversammlung. Dort können oftmals verschiedene Interessensgruppen (Banken, Lieferanten, Bauunternehmer, Vermieter etc.) mit gegenläufigen Zielen zusammentreffen.

2.4 Gläubigerausschuss

Eine weitere Möglichkeit zur Informationsverschaffung besteht darin, in einem bereits nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor Durchführung der Gläubigerversammlung gebildeten vorläufigen im Rahmen der Gläubigerversammlung gewählten Gläubigerausschuss nach § 67 ff. InsO mitzuwirken. Die Tätigkeit wird, wenn auch nicht kostendeckend, vergütet. Dabei ist zu beachten, dass die Aufgabenwahrnehmung im Interesse aller Gläubiger stattfindet und auch ein Haftungsrisiko besteht, das über Versicherungen abgedeckt werden sollte.

Vorteilhaft ist die Teilnahme am Gläubigerausschuss deshalb, weil hierdurch Informations-, Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten im Rahmen der Insolvenzabwicklung eröffnet werden.

2.5 Veröffentlichungen

Gläubigern kann empfohlen werden, auch Veröffentlichungsblätter regelmäßig auszuwerten. Publikationen, in denen wesentliche Beschlüsse über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren, die Eröffnung des Verfahrens mit Terminbestimmung und auch über besondere Prüftermine und den Abschluss des Verfahrens veröffentlicht werden, sind z.B.: der Bundesanzeiger, die jeweiligen Staatsanzeiger der Bundesländer und teilweise die lokale Presse.

3. Optionen

Der Bereich Optionen gliedert sich in Sicherungsmöglichkeiten im Vorfeld der Insolvenz sowie in Forderungen der Gläubiger in der Insolvenz selbst.

3.1 Sicherungsmöglichkeiten im Vorfeld der Insolvenz

Bei den Sicherungsmöglichkeiten ist zwischen der Position als Auftragnehmer und als Auftraggeber zu differenzieren.

3.1.1 Sicherung der Ansprüche des Auftragnehmers

Insbesondere der Auftragnehmer hat vertraglichen Handlungsbedarf, da er ein besonderes Risiko am Bau trägt, weil er vorleistungspflichtig ist. Die Vergütung wird erst bei der Abnahme zur Zahlung fällig, so § 641 Absatz 1 BGB.

Vertragsgestaltung

Den Auftragnehmern ist daher dringendst anzuraten, sofern vertraglich durchsetzbar, Vorauszahlungen, Zahlungspläne oder zumindest Abschlagszahlungen zu vereinbaren.

In der VOB/B, wenn diese vereinbart wurde, besteht nach § 16 Nr. 1 VOB/B die Möglichkeit, Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen geltend zu machen. Von diesem Recht sollte unbedingt Gebrauch gemacht werden. Falls Abschlagszahlungen nicht ausgeglichen werden, besteht für den Auftragnehmer die Möglichkeit nach Stellung einer Nachfrist, die Arbeiten einzustellen.

Im BGB wurde gleichfalls eine Regelung in § 632 a BGB geschaffen, die vielen unbekannt ist. Danach kann der Auftragnehmer für sich abgeschlossene Teile des Werks Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsgemäßen Leistungen verlangen. Die Regelung ist allerdings halbherzig, da im Gegensatz zur VOB/B auf „abgeschlossene Teilleistungen“ abgestellt wird. Dieser Begriff schränkt

den Anspruch auf Abschlagszahlungen ein, weshalb vertragliche Vereinbarungen nach wie vor empfehlenswert sind.

Forderungsmanagement

Gläubiger sollten ein gezieltes „Forderungsmanagement“ betreiben. Indizien für Krisen bei Schuldern sollten aufmerksam registriert und verfolgt werden. Indizien sind beispielsweise:

- unerklärbare Zeitverzögerungen
- mangelnde Termintreue,
- Zahlungsverzögerungen
- unbegründete Mängelanzeigen (Einwand des leeren Geldbeutels)

Bankbürgschaft

Bei Lieferantenverhältnissen sollte, insbesondere wenn dauerhaft ein größerer Lieferantenkredit gewährt wird, zur Absicherung des vereinbarten Kredits eine selbstschuldnerische Bürgschaft, hilfsweise eines Gesellschafters, wenn es sich um juristische Personen handelt, gefordert werden. Sollte hier eine Bankbürgschaft nicht beibringbar sein durch den Schuldner, so stellt dies gleichfalls ein gravierendes Indiz für eine Krise beim Schuldner dar.

Einstellung der Arbeiten

Ein wirksames Druckmittel des Auftragnehmers, gleichzeitig aber auch ein gefährliches Druckmittel, ist das Recht zur Einstellung der Arbeiten.

Beim BGB-Werkvertrag ist dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Dem Auftragnehmer steht lediglich das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB zu.

Wenn und soweit der Auftragnehmer gemäß § 632 a BGB bzw. aufgrund vertraglicher Vereinbarungen berechtigt ist, eine Abschlagsforderung zu stellen, kann der Auftragnehmer bei unberechtigter Zahlungsverweigerung des Auftraggebers das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB ausüben.

Es ist dringend zu empfehlen, die Ausübung eines derartigen Leistungsverweigerungsrechtes, also die Arbeitseinstellung vorher schriftlich anzudrohen.

Beim VOB-Vertrag ist das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers in § 16 Nr. 5 Absatz 5 VOB/B geregelt. Danach ist der Auftraggeber berechtigt, die Arbeiten bis zur Zahlung einzustellen, wenn der Auftraggeber

- eine berechtigte Abschlagsforderung des Auftragnehmers bzw. das unbestrittene Guthaben an der geprüften Schlussrechnung,
- trotz Mahnung und Nachfristsetzung und
- trotz Androhung der Arbeitseinstellung

nicht ausgeglichen hat. Bei unberechtigten Kürzungen des Auftraggebers ist aber durch den Auftragnehmer im Einzelfall immer zu prüfen, ob die Arbeitseinstellung im Verhältnis zum ausstehenden Betrag als unverhältnismäßig erscheint.

Die Arbeitseinstellung ist ein starkes aber auch ein gefährliches Druckmittel. Meist wendet der Auftraggeber Mängel ein, die ihn gleichfalls zu einem Zurückbehaltungsrecht berechtigen. Sollten derartige Mängel tatsächlich vorliegen, besteht die Gefahr, dass sich der Auftragnehmer durch die Arbeitseinstellung schadenersatzpflichtig macht.

Unsicherheitseinrede

Eine weitere Möglichkeit der Arbeitseinstellung, die gerade im Zusammenhang mit der Insolvenz von Bedeutung ist, ist die Möglichkeit der Einstellung von Arbeiten nach § 321 BGB, der mit der Schuldrechtsmodernisierung neu gefasst wurde. Bislang war der Auftragnehmer zur Arbeitseinstellung nur berechtigt, wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nach Vertragsabschluss eingetreten ist. Diese zeitliche Abfolge war so gut wie nie beweisbar. Nun kann die Arbeitseinstellung auch erfolgen, wenn schon bei Vertragsschluss eine Anspruchsgefährdung für den Auftragnehmer vorlag, diese aber für den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer erst nach Ver-

tragsschluss erkennbar geworden ist. Die Gefährdung braucht auch nicht mehr auf schlechte Vermögensverhältnisse zu beruhen, sie kann sich auch aus anderen drohenden Leistungshindernissen ergeben.

Verschlechterung in der Vermögensverhältnisse sind beispielsweise annehmbar bei Einzelvollstreckung gegen den anderen Teil, Ablehnung eines wichtigen Kredits, Hingabe ungedeckter Schecks, Eröffnung des Insolvenzverfahrens (hier ist es bereits zu spät).

Trotz Verschlechterung der Vermögensverhältnisse ist § 321 BGB aber nicht anwendbar, wenn eine ausreichende Sicherheit vorhanden ist, wenn der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO Erfüllung verlangt und die Befriedigung der Massenschulden nicht gefährdet erscheint.

Einer vorherigen Aufforderung oder sogar Fristsetzung für die Arbeitseinstellung bedarf es bei § 321 BGB nicht. Bislang hat diese Vorschrift nahezu keinerlei praktische Bedeutung. Es bleibt abzuwarten, wie diese Vorschrift sich zukünftig im Spiegel der Rechtsprechung entwickeln wird.

Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB

Mit § 648 a BGB ist Auftragnehmern die Möglichkeit eingeräumt, Sicherheit vom Bauherren zu verlangen. Nach § 648 a BGB kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber jederzeit Sicherheit für die zu erbringende Vorleistung bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruches verlangen.

Bringt der Auftraggeber die Sicherheit innerhalb einer angemessenen Frist nicht bei, kann der Auftragnehmer die Arbeiten sofort einstellen. Nach Verstreichen einer weiteren ergebnislosen Nachfrist kann er den Vertrag sogar kündigen.

Einschränkend ist anzumerken, dass die Vorschrift nicht gegenüber öffentlichen Auftraggebern gilt und nicht für natürliche Personen, wenn die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung erfolgen.

Es ist empfehlenswert, diese Sicherungsmöglichkeit zu gebrauchen. Es ist unverständlich, dass hiervon in der Baupraxis kein Gebrauch gemacht wird. Gerade zu Beginn der Bauphase ist dies ein wirksames Sicherungsmittel. Meist, wenn überhaupt, wird dieses erst in Betracht gezogen, wenn es zu spät ist.

Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB

Die Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB ist ein Mittel, Forderungen zu sichern. Es geht dabei nicht um die Sicherung von Vorleistungen oder das Durchsetzen von Forderungen. Der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wird nur in Höhe des Wertes bereits erbrachter Bauleistungen erworben. Die Bauhandwerkersicherungshypothek ist mitunter einer der wenigen gesetzlichen Möglichkeiten zur Sicherung der Ansprüche aus bereits erbrachten Leistungen.

Sinnvoll und wirksam ist eine Bauhandwerkersicherungshypothek insbesondere dann, wenn die Eintragung an einer Rangstelle im Grundbuch erfolgt, die noch werthaltig ist. Sind bereits Grundpfandgläubiger eingetragen mit entsprechenden Positionen, ist die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek oft nur von geringem Wert. Als Druckmittel wirkt sie in den Fällen einer notwendigen Nachfinanzierung oder des vorgesehenen Verkaufes des Grundstückes.

Die Sicherungsmöglichkeit besteht aber nur, wenn der Grundstückseigentümer und Auftraggeber identisch sind. Hiervon gibt es wiederum eng umgrenzte Ausnahmen, die im Rahmen der Darstellung zu weit führen.

Da in den seltensten Fällen der Bauherr eine derartige Bauhandwerkersicherungshypothek freiwillig einräumt, ist gerichtliche Hilfe notwendig. Um zu vermeiden, dass ein jahrelanger Rechtsstreit entsteht und das Grundstück zwischenzeitlich mit anderen Grundpfandrechten belastet wird bzw. veräußert wird, sollte sofort eine einstweilige Verfügung auf Vormerkung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek beantragt werden. Mit der Vormerkung wird der Auftragnehmer gegenüber nachfolgenden Eintragungen in der Rangstelle abgesichert.

Verstoß gegen das GSB

Den Auftragnehmern häufig unbekannt sind Ansprüche wegen Verstoß gegen das GSB (Gesetz zur Sicherung der Bauforderung vom 01.06.1909). Dieses alte Gesetz hat das Ziel, sicherzustellen, dass die aus einer Baufinanzierung stammenden Gelder auch tatsächlich den Bauhandwerkern zugute kommen. Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zweck der Beteiligung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient. Das Gesetz stellt 2 Pflichten auf:

- nämlich die Verpflichtung, Baugeld ordnungsgemäß zur Befriedigung derjenigen Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus beteiligt sind; § 1 GSB,
- darüber hinaus durch die Verpflichtung zur Führung eines Baubuches, § 2 GSB.

Dieses Gesetz, das auch Strafvorschriften vorsieht bei Missachtung des BGB, kann auch als Werkzeug für die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen genutzt werden. Es bestehen Schadensersatzansprüche gegen diejenigen, die zweckwidrig empfangene Bankgelder verwandt haben, wenn dadurch der Baugläubiger geschädigt wird.

Da als Strafe für eine Verletzung dieses Gesetzes eine Geld- oder Haftstrafe vorgesehen ist, genügt manchmal bereits im Vorfeld ein Hinweis darauf, dass man dieses Gesetz heranziehen wird, um seine Werklohnforderung durchzusetzen.

Allerdings sind die Ansprüche nach dem GSB nicht ganz einfach geltend zu machen, verursachen Kostenaufwand und sind auch risikobehaftet. Viele am Bau Beteiligte, aber auch mancher Jurist, kennen dieses Gesetz gar nicht, was die Sache nicht vereinfacht. Bei missbräuchlicher Inanspruchnahme des Strafrechts können sich die Behauptungen und eine Strafanzeige schnell gegen den Anzeigenerstatter selbst richten.

Direktzahlung nach § 16 Nr. 6 VOB/B

Bei Geltung der VOB ist in § 16 Nr. 6 VOB/B eine Sicherheit für den Auftragnehmer geregelt. Diese Vorschrift gilt aber nur für den Nachunternehmer. An ihn können vom Bauherren direkt, also unter Umgehung des Hauptunternehmers, Zahlungen geleistet werden, wenn der Hauptunternehmer mit seinen Zahlungen an den Nachunternehmer in Verzug gekommen ist.

Der Auftraggeber kann, indem er eine verbindliche Erklärung vom Hauptunternehmer zur Frage des Verzugs anfordert, klare Verhältnisse schaffen.

Wird eine derartige Erklärung nicht abgegeben, dann besteht die Möglichkeit zur Direktzahlung.

Allerdings hat auch diese Möglichkeit Tücken. Meist wird der Hauptunternehmer die Behauptungen des Nachunternehmers hinsichtlich des Verzuges bestreiten und dann kann der Auftraggeber die Direktzahlung nur mit erheblichem Eigenrisiko vornehmen.

Ein weiteres Problem der Regelung besteht darin, dass der Auftraggeber an den Nachunternehmer nicht mehr mit befreiender Wirkung leisten kann, wenn gegen den Hauptunternehmer bereits ein Veräußerungsverbot im Insolvenzverfahren erlassen wurde.

Tipp:

Es ist zu empfehlen, sich mit den Sicherungsmöglichkeiten vertraut zu machen. Die Sicherungsinstrumente sollten genutzt werden, insbesondere im Bereich der Vertragsgestaltung. Als Auftragnehmer ist man aufgrund der Vorleistungspflicht einem erheblichen Insolvenzrisiko ausgesetzt. Die wirtschaftliche Situation ist schlecht, damit auch die Zahlungsmoral. Auch öffentliche Auftraggeber zahlen äußerst zögerlich. Im eigenen Interesse sollte die Forderungsdurchsetzung ernsthaft betrieben werden.

Wichtig ist es, falls man vertragliche Vereinbarungen trifft, diese auch entsprechend schriftlich niederzulegen und ausreichend zu dokumentieren. Bei nachträglichen im Laufe des Bauablaufes auftretenden Vereinbarungen, ist dringend die Abfassung schriftlicher Besprechungsprotokolle anzuraten.

3.1.2 Sicherung der Ansprüche des Auftraggebers

Ein Sicherungsbedürfnis für den Auftraggeber besteht in mehrerer Hinsicht. Zum einen gilt es Überzahlungen im Rahmen von Abschlagszahlungen abzusichern sowie auch das Vertragserfüllungsrisiko (Verzug, Kündigung, Insolvenz) sowie das Gewährleistungsrisiko zu minimieren. Alle die genannten Risiken muss der Auftraggeber regelmäßig durch vertragliche Vereinbarung absichern, weil vom Gesetz spezielle Sicherungsmechanismen nicht vorgesehen sind.

Sicherheitseinbehalt

In der Baupraxis sieht man des öfteren, dass Auftraggeber von Rechnungen der am Bau Beteiligten einfach Sicherheitseinbehalte abziehen. Dies ist *nicht* möglich, wenn eine *vertragliche Vereinbarung* fehlt. Auf die Üblichkeit solcher Einbehalte, wie man landläufig hört, kommt es nicht an. Häufig wird auch argumentiert, dass die VOB/B Vertragsgegenstand geworden sei, weshalb ein Sicherheitseinbehalt nach § 17 VOB/B vorgenommen werden könne. Die genannte Vorschrift setzt aber die Vereinbarung voraus („wenn Sicherheit vereinbart ist ...“). Dort werden lediglich die Abwicklung und die Modalitäten von vereinbarten Sicherheitsleistungen geregelt, nicht aber die Vereinbarung selbst!

Der Auftraggeber sollte daher im Bauvertrag unbedingt darauf achten, einen entsprechenden Sicherheitseinbehalt *ausdrücklich zu vereinbaren*. Neben dem Einbehalt von Zahlungen ist auch eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung oder Bürgschaftsstellung möglich.

Das in der Baupraxis häufig verwandte Sicherungsmittel ist der nach § 17 Nr. 2 VOB/B vorgesehene *Einbehalt von Zahlungen*, der nach § 17 Nr. 6 Absatz 1 VOB/B von den Teilzahlungen des Auftraggebers (regelmäßig von den Abschlagszahlungen) bis zu 10 % der jeweiligen Abrechnungssumme umfassen darf. Bei entsprechender Vereinbarung darf der Auftraggeber von den Rechnungen des Auftragnehmers einen Bauabzug vornehmen, bis die volle Sicherheitssumme erreicht ist. Ein Sicherheitseinbehalt von insgesamt 5 % der Bruttoschlussrechnungssumme entspricht der Baupraxis und wird von der Rechtsprechung im Rahmen von VOB-Verträgen als zulässig anerkannt.

Ein darüber hinausgehender Einbehalt kann den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen und damit unwirksam sein.

Die *Hinterlegung* ist in aller Regel unpraktisch und kommt selten vor.

Die *Bürgschaft* ist dagegen ein wichtiges Sicherungsinstrument. Der Auftraggeber sollte darauf achten, dass ein tauglicher Bürge zur Verfügung steht. Weitere Voraussetzung für eine wirksame Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist, dass die Anforderungen an die Schriftform erfüllt sind. Es genügt z.B. nicht wenn die Bürgschaft nur per Telefax übermittelt wird. Notwendig ist die Vorlage eines *Originals* mit Originalunterschriften.

Auch inhaltlich muss die Bürgschaft den Anforderungen entsprechen. Es muss sich um eine *selbstschuldnerische Bürgschaft* handeln, die unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abgegeben ist.

In der Praxis wird häufig übersehen, dass die Bürgschaft „nicht auf bestimmte Zeit begrenzt“ sein darf. Hintergrund ist, dass in verschiedener Weise die Verjährung durch Hemmung oder Neubeginn hinausgezögert werden kann, bei Vereinbarung der VOB/B sogar durch die schriftliche Mängelanzeige nach § 13 Nr. 5 Absatz 1 Satz 1 VOB/B. Eine *Bürgschaft auf erstes Anfordern*, d.h. dass der Bürge Zahlungen leisten muss, ohne dass es auf das Bestehen der Hauptschuld ankommt, ist im Baubereich wohl zum Aussterben verurteilt. Die Rechtsprechung hat derartige Regelungen bereits zuletzt nicht mehr akzeptiert.

In der VOB/B 2002 ist nun klargestellt, dass der Auftraggeber als Sicherheit keine Bürgschaft fordern kann, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet; vgl. § 17 Nr. 4 Satz 3 VOB/B.

Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln

Neben diesen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung kann sich der Auftraggeber, was lange Zeit Rechtsprechung war, und nun in § 641 Absatz 3 BGB gesetzlich normiert ist, auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Bauleistung berufen. Kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer die Beseitigung eines Mangels verlangen, steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Vergütung in Höhe von mindestens des dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber sogar gegenüber der Rechtsprechung das Zurückbehaltungsrecht ausgebaut. Wenn die Rechtsprechung früher davon ausging, dass in der Regel das dreifache der zu schätzenden Nachbesserungskosten zurückbehalten werden darf, ist nun gesetzlich geregelt, dass *mindestens das dreifache der für Beseitigung erforderlichen Kosten* zurückbehalten werden darf. Im Einzelfall kann deshalb ein höherer Betrag gerechtfertigt sein, wobei der Auftragnehmer sogar für die Höhe der Mängelbeseitigungskosten beweispflichtig ist.

Tipp:

Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, sich durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen abzusichern, um das Erfüllungs-, Gewährleistungs- sowie Insolvenzrisiko zu minimieren.

3.2 Forderungen der Gläubiger in der Insolvenz

In der Insolvenzordnung wird zwischen verschiedenen *Arten von Gläubigern* unterschieden. Ihre Rechtsstellung unterscheidet sich primär dadurch, wann die Verbindlichkeit begründet wurde bzw. wann und aus welchen Vermögenswerten sie befriedigt werden.

Massegläubiger:

Vorabefriedigung aus der Masse vor den Insolvenzgläubigern

Insolvenzgläubiger:

Befriedigung aus der Insolvenzmasse, nachdem alle Massegläubiger zuvor befriedigt wurden; bei nicht ausreichender Masse erfolgt lediglich quotale Befriedigung.

Nachrangige Gläubiger:

Befriedigung aus der Masse, nachdem alle Massegläubiger und Insolvenzgläubiger befriedigt wurden.

Absonderungsberechtigte:

Befriedigung aus dem Verwertungserlös des Sicherungsgutes.

Aussonderungsberechtigte:

Herausgabeanspruch hinsichtlich des nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes

Als *Masseansprüche* gelten die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) und die sonstigen Massenverbindlichkeiten (§ 55 InsO). Diese Masseansprüche sind gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend zu machen und unabhängig von einem Verteilungsverfahren und vor allen Insolvenzgläubigern aus der Insolvenzmasse zu befriedigen. Erfüllt der Insolvenzverwalter einen anerkannten Masseanspruch nicht, so kann der Massegläubiger seine Forderung im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter geltend machen und im Erfolgsfall sogar in die Insolvenzmasse vollstrecken.

Die Masseansprüche stellen keine Insolvenzforderungen dar. Den Massenansprüchen gehen lediglich die Aus- und Absonderungsrechte vor.

Insolvenzgläubiger sind die persönlichen Gläubiger des Schuldners, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung einen Vermögensanspruch gegenüber dem Schuldner haben. Die Insolvenzgläubiger werden ähnlich wie die Massegläubiger aus der Masse befriedigt. Allerdings sind sie gegenüber den Massegläubigern nachrangig. Die Forderungen der Insolvenzgläubiger werden zunächst in der Insolvenztabelle festgehalten und sodann die noch verbliebene Masse quotale auf die Gläubiger verteilt.

Der Rechtsgrund der den Schuldner treffenden Verbindlichkeit ist unerheblich, die Forderung kann sich aus Vertrag oder Gesetz ergeben.

Der Anspruch des Gläubigers muss zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründet gewesen sein, muss aber noch nicht fällig sein. Nicht fällige Forderungen gelten in der Insolvenz als fällig, § 41 Absatz 1 InsO.

Nachrangige Forderungen sind beispielsweise die seit der Verfahrenseröffnung laufenden Zinsen der Insolvenzgläubiger, die Kosten die einzelne Insolvenzgläubiger durch die Teilnahme am Verfahren erwachsen, Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder und Zwangsgelder.

Diese Gläubiger kommen erst zum Zug, wenn alle anderen bedient sind. Dies bedeutet, dass diese regelmäßig nichts bekommen. Wäre der Schuldner in der Lage gewesen, alle Forderung zu begleichen, dann wäre es in der Regel gar nicht erst zum Insolvenzverfahren gekommen.

Aussonderungsberechtigte Gläubiger sind solche, die aufgrund eines dinglichen oder persönlichen Rechts an einem Gegenstand einen Herausgabeanspruch gegen den Schuldner haben. Beispiele für dingliche Aussonderungsrechte sind beispielsweise Eigentum. Aussonderungsansprüche bestimmen sich nach den außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Gesetzen, § 47 InsO. Die Gegenstände sind auszusondern, der Insolvenzverwalter hat diese freizugeben.

Absonderungsberechtigte Gläubiger sind solche, denen z.B. aufgrund Sicherungsübereignung, Sicherungszession oder Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen Rechte zustehen. Sie erhalten aus dem Erlös bestimmter Massezugehöriger Gegenstände vorab Befriedigung.

Die Rechte aus einem Aussonderungs- bzw. Absonderungsrecht sollten *frühzeitig* geltend gemacht werden.

Tipp:

Damit ein vorläufiger Insolvenzverwalter hinsichtlich der Frage bestehender Aus- und Absonderungsrecht bösgläubig wird, ist zu empfehlen, sämtliche zum Nachweis erforderlichen Unterlagen mit entsprechendem Zugangsnachweis sowohl dem Schuldner als auch dem vorläufigen Insolvenzverwalter zuzustellen.

Soweit zivil- bzw. strafrechtlich zulässig, sollte der Gläubiger bereits vor Anordnung der Sicherungsmaßnahme versuchen, sich in den Besitz der dem Aus- und Absonderungsrecht unterliegenden Gegenstände zu bringen, da diese für Sicherungsrecht an beweglichen Gegenständen geltenden Vorschriften dann nicht anwendbar sind. Damit kann das dem Insolvenzverwalter gemäß § 166 ff. InsO unmittelbar zugeordnete Recht zur Verwertung beweglicher Gegenstände des schuldenrischen Vermögens unterlaufen werden. Bei einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter ist auch zu beachten, dass hier gemäß § 171 InsO feststehende Kostenbeträge abzuziehen sind (Feststellung 4 %, Verwertung 5 %).

Auf die Darstellung des Verfahrensablaufs muss aus Platzgründen verzichtet werden.

4. Anfechtung in der Insolvenz

Im Insolvenzanfechtungsrecht sind in §§ 129 ff. InsO einige Fälle geregelt, die man auch als Gläubiger bzw. als Schuldner wissen sollte. Gegenüber der alten Rechtslage ist das Anfechtungsrecht der Insolvenzordnung erheblich verschärft worden.

Zweck des Insolvenzanfechtungsrechtes ist es, dass Grundprinzip des Insolvenzrechts, die *Gläubigergleichbehandlung*, auch für den Zeitraum *vor* förmlicher Verfahrenseröffnung durchzusetzen.

Im Kern bedeutet das Insolvenzanfechtungsrecht, dass Handlungen die vor einer Verfahrenseröffnung vorgenommen worden sind und zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt haben, bei Vorliegen bestimmter Zeit-/Umstandsmomente zugunsten der Masse rückabgewickelt werden können. Der Insolvenzverwalter kann die Leistung herausverlangen.

Schuldner haben häufig im Vorfeld der Insolvenz Vermögensverschiebungen zugunsten einzelner Gläubiger oder Familienangehöriger unternommen. Oftmals werden aber auch besonders penetrante Gläubiger bevorzugt befriedigt, damit sie sich „ruhig halten“. Ein häufiger Anfechtungsfall liegt vor, wenn eine Bank kurz vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eingehende Gelder verrechnet. Da durch derartige Verschiebungen von Vermögen die den Gläubiger zur Verfügung stehende Masse nicht unerheblich verkürzt wird und damit der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung unterlaufen wird, gibt es das Anfechtungsrecht. Hier nur die beiden wichtigsten Tatbestände:

Der Tatbestand des § 130 InsO regelt eine Anfechtung sogenannter *kongruenter Sicherungen oder Befriedigungen*, d.h. solcher, auf die der Anfechtungsgegner *einen Anspruch* hat. Gedanke der Anfechtung derartiger Rechtshandlungen ist, dass alle Insolvenzgläubiger Ansprüche gegen den Schuldner haben, im Insolvenzverfahren jedoch nur anteilige Befriedigung erwarten können. Daher soll einzelnen Gläubigern die Möglichkeit versagt werden, sich selbst zu Lasten der übrigen Gläubiger vorab zu befriedigen oder zu sichern.

Der Tatbestand des § 131 InsO regelt die Anfechtung, wenn der Gläubiger das, was er aus dem Vermögen des Schuldner erlangt hat, *nicht in dieser Art oder nicht zu dieser Zeit* hätte verlangen können. Man bezeichnet dies als *inkongruente Deckung*. Beispielsweise verlangt der Gläubiger auf seine noch nicht fällige Forderung einen Abschlag oder statt einer Zahlung tritt der Schuldner an den Gläubiger eine Forderung ab.

Die maßgeblichen Fristen für derartige Anfechtungsmöglichkeiten variieren zwischen *1 und 3 Monate* vor dem Eröffnungsantrag.

5. Sonstige Befriedigungsmöglichkeiten

Der Gläubiger, der im Vorfeld von seinen Sicherungsrechten keinen Gebrauch gemacht hat, wird meistens feststellen, dass er im Rahmen des Insolvenzverfahrens nur unzureichend berücksichtigt wird. Deshalb sind für ihn eventuell weitergehende Befriedigungsmöglichkeiten von Interesse. Hier kommt es entscheidend auf den Einzelfall an. Derartige Rechte könnten sein:

Insolvenzverwalterhaftung

In §§ 60, 61 InsO ist eine Haftung des Insolvenzverwalters geregelt. Der Insolvenzverwalter ist den Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen.

Falls eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann, so ist der Insolvenzverwalter dem Massegläubiger gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet.

Schwierigkeiten bereitet es, die entsprechenden Voraussetzungen für die Anspruchsgrundlage zu beweisen. In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass der Gläubiger eine Schadensminderungspflicht hat. Meist hatte der Gläubiger es versäumt im Rahmen des Insolvenzverfahrens seine Ansprüche, beispielsweise auf Aus- oder Absonderung, mit ausreichenden Nachweisen geltend zu machen.

Erstattungsansprüche gegen Organen juristische Personen

Die Regelungen des § 26 Absatz 3 InsO ist im deutschen Insolvenzrecht ein Novum. Die Vorschrift soll Missbräuchen entgegenwirken und die Bereitschaft fördern, dass Gläubiger für die Durchführung des Insolvenzverfahrens Kostenvorschüsse leisten. Die Vorschrift regelt einen Erstattungsanspruch in Höhe des durch den Gläubiger vorgeschossenen Betrages gegen die Person, die entgegen den Vorschriften des Gesellschaftsrechts den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Zum Schadenersatz verpflichtet dabei nicht nur das Unterlassen, sondern auch die verspätete Stellung des Antrags.

Ansprüche gegenüber Organen juristischer Personen

Neben den vorstehend erwähnten eng begrenzten Anspruchsgrundlagen gibt es auch noch Anspruchsgrundlagen gegenüber Organen juristischer Personen. Man spricht auch von der „*Durchgriffshaftung*“. Dies meint den Durchgriff auf die hinter den juristischen Personen stehenden Personen. Beispielsweise gegenüber Geschäftsführern einer GmbH und Vorständen einer Aktiengesellschaft. Im Rahmen der Darstellung seien hier nur einige der wichtigsten denkbaren Anspruchsgrundlagen der Gesellschaft gegenüber den Organen an Beispiel GmbH genannt:

- Gründerhaftung, § 9a GmbH-Gesetz
- Haftung des Geschäftsführers wegen schuldhafter Verletzung von Sanierungspflichten, § 43 Absatz 2 GmbH-Gesetz
- Haftung wegen Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten nach § 43 Absatz 2 GmbH-Gesetz
- Haftung bei Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot gemäß § 43 Absatz 3 GmbH-Gesetz in Verbindung mit § 30 Absatz 1 GmbH-Gesetz

Weitere Schadensersatzpflichten können sich daraus ergeben, dass nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer GmbH Zahlungen geleistet werden. In diesem Fall haften die Geschäftsführer einer GmbH, sofern die Zahlungen nach diesem Zeitpunkt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmann vereinbar sind, § 64 Absatz 2 GmbH-Gesetz. Gleiches gilt für die Vorstände von Aktiengesellschaften, § 92 Absatz 3 Aktiengesetz.

Die genannten Geschäftsführer und Vorstände müssen *dem Unternehmen* gegenüber Ersatz leisten, wenn entgegen dem Gesetz Zahlungen erbracht werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens eingetreten ist oder sich eine Überschuldung herausgestellt hat. Da die Ansprüche der Gesellschaft zustehen, kann der Insolvenzverwalter diese geltend machen, § 92 InsO.

Die Haftung des Vorstandes bzw. der Geschäftsführer einer GmbH bzw. AG gegenüber *Gesellschaftsgläubigern* kann sich unter anderem aus dem Gesichtspunkt der *verspäteten Insolvenzantragstellung* ergeben, für die GmbH beispielsweise nach § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 64 Absatz 1 GmbH-Gesetz bzw. bei der AG § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 92 Absatz 2 Aktiengesetz. Bei dieser Haftungsgrundlage ist aber zu unterscheiden, ob der Geschäftsführer bzw. der Vorstand von einem Alt- oder Neugläubiger in Anspruch genommen wird.

Erfolgt die Inanspruchnahme durch einen sogenannten *Altgläubiger*, d.h. einem Gläubiger, der die Forderung gegen die Gesellschaft vor der Insolvenzreife erworben hat, so ist der Quotenschaden zu ersetzen, nämlich die Differenz zwischen der Quote, die bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung dem Gläubiger zugestanden hätte, und der Quote, die auf der Basis der tatsächlichen Haftungsmasse ermittelt wird.

Erfolgt die Inanspruchnahme durch einen sogenannten *Neugläubiger*, also einen Gläubiger, der seine Forderung nach der Insolvenzreife erworben hat, hat er einen Anspruch, der nicht auf den Quotenschaden beschränkt ist. Der Gläubiger muss sich auf seinen Schadensersatzanspruch lediglich die im Insolvenzverfahren erlangte Quote anrechnen lassen.

Erwähnenswert ist auch das bereits erwähnte BGB. Fällt der Gläubiger mit seiner Forderung aus, können Schadensersatzansprüche in Höhe der nicht befriedigten Forderung auch gegen Organe juristischer Personen, wie Geschäftsführer oder Vorstand, entstehen, soweit der Schaden auf die vorsätzliche pflichtwidrige Verwendung von Baugeldern beruht, §§ 823 Absatz 2 BGB, 1 GSB, 14, 15 StGB.

6. Zusammenfassung

Die vorstehend genannten Ausführungen zeigen, dass die Bauinsolvenz ein äußerst komplexes Thema ist. Es ist nahezu unmöglich, die Materie im Rahmen eines Rundschreibens in ihrer Gesamtheit darzustellen. Die Darstellung erhebt daher nicht den Anspruch, vollständig sämtliche Gesichtspunkte abzudecken.

Entscheidend ist im Vorfeld bereits in der Vertragsgestaltung entsprechende Sicherheiten zu vereinbaren und sich auch geben zu lassen. Sofern gesetzliche Sicherungsrechte gegeben sind, sollten diese auch genutzt werden. Bei Maßnahmen kurz vor Insolvenzantrag bzw. im Insolvenzverfahren ist es meistens zu spät und es kann allenfalls versucht werden, den Ausfall zu begrenzen. Selten greifen Instrumente der Durchgriffshaftung bei den dahinterstehenden Personen. Entsprechende Ansprüche sind äußerst schwer beweisbar und häufig fehlt auch dort ausreichende Liquidität. Dringend geboten ist es für Gläubiger von den aufgezählten Informationsquellen Gebrauch zu machen.