

### Thema: Bauinsolvenz des Auftraggebers/Baurecht

#### 1. Einleitung

Die lang andauernde und gegenwärtige Strukturkrise in der deutschen Bauwirtschaft führt aufgrund der großen Unternehmerrisiken im Bauwesen zu einer hohen Insolvenzanfälligkeit. Die selbst in den „guten Zeiten“ schwierige finanzielle Situation vieler Bauunternehmen ist verursacht durch eine geringe Eigenkapitalausstattung, hohe Vorhaltekosten von Maschinen und Arbeitskräften, kaum kalkulierbare Risiken bezüglich Bodenbeschaffenheit und Witterung und durch die starke Stellung der Auftraggeber sowie den damit einhergehenden starken Preiswettbewerb. Schon 1997 wurde aufgrund der schlechten strukturellen und konjunkturellen Rahmenbedingungen im Bauwesen davon ausgegangen, dass 20 – 25 % der damals noch vorhandenen 80.000 deutschen Baufirmen akut gefährdet sind.<sup>1</sup> Jüngere Zahlen bestätigen die damalige Prognose. Von den 40.000 Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2003 gingen alleine 9.000 auf das Bau- und Ausbaugewerbe.

Für den Auftragnehmer hat die Insolvenz des Auftraggebers meist wesentlich schwerwiegendere Konsequenzen als im umgekehrten Fall. Dies hat seinen Grund darin, dass der Auftragnehmer kraft Gesetz vorleistungspflichtig ist. Die Leistung wird zudem auf fremden Grund mit dem damit verbundenen Eigentumsübergang auf den Grundstückseigentümer verbunden. Abschlags- und Schlusszahlungszufluss erfolgt an den Auftragnehmer erst im Nachgang zur Leistungserbringung. Folge hiervon ist, dass im Regelfall bei Insolvenzen am Bau erhebliche Zahlungsrückstände des Auftraggebers bestehen, die auch gesunde Bauunternehmen als Auftragnehmer gefährden können.

Desto wichtiger ist es, frühzeitig die ersten Krisenanzeichen des Auftraggebers zu erkennen und ggf. durch vertraglich vereinbarte oder auf Grundlage von § 648 a BGB gestellte Sicherheiten bzw. wenigstens durch eine Kreditversicherung Vorsorge zu treffen.

Die Darstellung ist wie folgt gegliedert:

1. Vorabend der Bauinsolvenz, Alarmsignale?
  - Alarmsignale
  - Auskunft über Insolvenzverfahren
  - Rückholaktionen
  - Gerichtsweg
2. Verhalten im Insolvenzverfahren
  - Phasen des Insolvenzverfahrens
  - Forderungsanmeldung nach Sicherheitseinbehalt

---

<sup>1</sup> Gieskes „Die Welt“ vom 25.01.1997, Bl. 14

## 2. Vorabend der Bauinsolvenz, Alarmsignale?

Auftragnehmern am Bau, aber auch anderen am Bau Beteiligten, wie Architekten und Ingenieuren, kann nur empfohlen werden, vorzubeugen. Die Liquidität und Kreditwürdigkeit des Auftraggebers sollte auch im Vorfeld des Bauvertrages überprüft werden. Hier gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, die hier nur beispielhaft aufgezählt werden. Vorzugswürdig sind hier bereits vertragliche Vereinbarungen, da der gesetzliche Schutz häufig unzureichend ist und meist keine Hilfe mehr bringt, wenn frühzeitiges Handeln versäumt wurde. Auch Bürgschaften können in derartigen Vereinbarungen im Bauvertrag getroffen werden. Hinlänglich bekannt sind Vertragserfüllungs- und Mängelbürgschaft (früher Gewährleistungsbürgschaft), die den Auftraggeber absichern. Aber auch umgekehrt können Zahlungs- oder sonstige Vertragserfüllungsbürgschaften zugunsten des Auftragnehmers vereinbart werden. Hier einige Instrumente als Denkanstoß:

- Auskünfte über Auftraggeber einholen (z.B. Creditreform, Bürgel, Banken)
- Auskunft aus dem Schuldnerverzeichnis einholen (Amtsgericht)
- Einsichtnahme ins Grundbuch nehmen, zur Feststellung, ob Auftraggeber auch Eigentümer ist (Grundbuchamt)
- Einsicht in das Grundbuch nehmen, um zu prüfen, ob ggf. Bauhandwerkersicherungshypothek aufgrund Vorbelastungen werthaltig ist (Grundbuchamt)
- Vereinbarung einer Zahlungsbürgschaft zugunsten Auftragnehmer
- Einforderung einer Sicherheit gemäß § 648 a BGB
- Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts bzw. verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts für Baustofflieferanten.

Vorstehende Aufzählung ist keinesfalls abschließend, zeigt aber die Möglichkeiten des Auftragnehmers, Lieferanten, Architekten usw. auf, die bestehen, ein Ausfallrisiko in der Insolvenz zu minimieren.

### TIPP:

1. Einen Anspruch auf Stellung einer Sicherheit (insbesondere Bürgschaft) kann eine Bauvertragspartei nur haben, wenn dies wirksam vereinbart worden ist. Gesetzliche Vorschriften, auch nicht § 648 a BGB, noch § 17 VOB/B begründen eine Verpflichtung, beim Bauvertrag Sicherheiten zu stellen. Sofern der Auftragnehmer will, dass der Auftraggeber eine **Sicherheit** stellt, muss diese im Bauvertrag **vereinbart** sein. Derartige Pflichten aus dem Bauvertrag sollten, wenn man sie vereinbart hat, seitens des Auftragnehmers auch nicht stiefmütterlich behandelt werden. Die Stellung der Zahlungsbürgschaft kann selbständig eingeklagt werden, selbst noch im Stadium nach Fertigstellung und Schlussrechnungslegung, je nach Vereinbarung im Bauvertrag. Damit dieser Sicherungsmechanismus seinen Zweck erfüllt, sich für den späteren Insolvenzfall des Auftraggebers abzusichern, sollte der Auftragnehmer nicht bis zur Bauinsolvenz abwarten und dann eine Klage versuchen, sondern die Bürgschaft vor Aufnahme der Arbeiten fordern und bei Nichterbringung die Leistung verweigern; §§ 273 Abs. 1, 320 Abs. 1 BGB
2. Die Kenntnis des § 648 a BGB (**Bauhandwerkersicherung**) ist für den Auftragnehmer wichtig, die Vorschrift kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden, weshalb es tatsächlich, sofern Voraussetzungen gegeben sind, ein wirksames Instrument sein kann, wenn dies rechtzeitig und richtig eingesetzt wird. Zwar gibt § 648 a BGB kein einklagbares Recht auf Stellung einer Zahlungsbürgschaft. Leistet der Auftraggeber trotz angemessener Frist keine Sicherheit (im Regelfall Bürgschaft), kann bei entsprechender vorangegangener Ankündigung der Auftragnehmer seine **Leistung verweigern**, bzw. den Bauvertrag sogar **kündigen**. Lieber eine Ende mit Schrecken, als ein Schrecken ohne Ende. Stellt der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Zahlungsbürgschaft, so ist dadurch der Vergütungsanspruch abgesichert und der Auftragnehmer nicht mehr gefährdet. Diese Vorschrift des § 648 a BGB wurde durch den BGH nach langem Streit mit Urteil vom 22.01.2004, VII ZR 183/02, VII ZR 267/02 und VII ZR 68/03 aufgewertet, weil § 648 a BGB nun auch **nach** Abnahme gilt und das **Leistungsverweigerungsrecht** des Auftraggebers wegen

Mängel (angebliche) **eingeschränkt** wird, so lange der Auftragnehmer nachbesserungsbereit ist.

3. Sofern die VOB/B wirksam<sup>2</sup> vereinbart wurde, gewährt die VOB/B dem Auftragnehmer ein **Leistungsverweigerungsrecht**, solange der Auftraggeber trotz Nachfristsetzung fällige Abschlagsrechnungen nicht bezahlt hat. Hier sollte der Auftragnehmer entsprechend frühzeitig, richtig und beweisbar vorgehen; vgl. § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B.  
Sofern nur das BGB gilt, hat der Auftragnehmer ohne vertragliche Vereinbarungen zwar auch ein Leistungsverweigerungsrecht, das aber stark eingeschränkt ist. Abschlagszahlungen können nur gefordert werden für „in sich abgeschlossene Teile des Werks“, vgl. § 632 a BGB, gegenüber der VOB/B die jeden Leistungsstand genügen lässt.
4. Bei Vertragsketten, z.B. Auftraggeber, Hauptunternehmer und Nachunternehmer, gibt § 9 Nr. 1 a, Nr. 2 VOB/B, §§ 642 Abs. 1, 643 BGB dem Nachunternehmer die Möglichkeit, sich vom Bauvertrag mit dessen Auftraggeber, d.h. einem Generalunternehmer bzw. Hauptunternehmer zu lösen (**Auftragnehmerkündigung**). Sofern der Bauherr als Auftraggeber seinen Vertrag mit dem Generalunternehmer bzw. Hauptunternehmer gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B gekündigt hat, haben zwangsläufig der Generalunternehmer/Hauptunternehmer und die ihm nachfolgenden Nachunternehmer keinen Anspruch mehr darauf, die Baustelle noch zum Zwecke der Baufertigstellung zu betreten. Da aber der Generalunternehmer/Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer nicht mehr seiner Bereitstellungspflicht hinsichtlich des Grundstücks genügen kann, ist der Anwendungsbereich der oben erwähnten Regelungen eröffnet. Da im Regelfall die Baustelle schnell fortzuführen ist und Vertragsfristen laufen, kann der Nachunternehmer dem Generalunternehmer/Hauptunternehmer enge Fristen setzen zusammen mit der Ankündigung, dass er nach fruchtlosem Ablauf den Vertrag kündigen wird, und nach Fristablauf den Vertrag berechtigt kündigt.
5. Auftragnehmer können trotz des meist eher vorzugswürdigen § 648 a BGB auf die **Bauhandwerkersicherungshypothek** nach § 648 BGB zurückgreifen, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Hier ist es besonders wichtig, zunächst Einsicht in das Grundbuch zu nehmen. Sofern dies erst jetzt erfolgt und man nun überraschend feststellt, dass der Auftraggeber nicht Eigentümer des Grundstückes ist, ist eine Möglichkeit der Eintragung der Bauhandwerkersicherungshypothek nur noch im Ausnahmefall gegeben. In der Krisensituation sollte der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek per einstweilige Verfügung durch Eintragung einer Vormerkung sichern. Die Vorgehensweise setzt eine Reihe von Informationen voraus, die der Auftraggeber möglichst schnell einholen sollte, um diese Maßnahme frühzeitig ergreifen zu können.

<sup>2</sup> An diesem Punkt scheitern bereits viele Auftragnehmer am Bau. Sie glauben der bloße Verweis auf die VOB/B im Vertrag bzw. der Hinweis in einer Rechnung genüge für die Geltung. Weit gefehlt. Grundsätzlich muss die VOB/B, die nichts anderes ist als eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB), dem Auftraggeber zumutbar zur Kenntnis gebracht werden. Dies bedeutet, dass die VOB/B in ihrer jeweiligen Fassung *bei* Vertragsabschluss dem Auftraggeber nachweisbar *auszuhändigen* ist. Nur dann ist die VOB/B tatsächlich vereinbart. Es gibt keine Sitte/Handelsbrauch am Bau, wonach die VOB/B automatisch gilt. Es gibt eine Reihe von Ausnahmefällen, so wenn der Vertragspartner in der VOB/B bewandert ist, wie es z.B. der öffentliche Auftraggeber, Bauunternehmer oder Architekten ist, bei denen der bloße Hinweis auf die Einbeziehung genügt. Man sollte sich aber nicht auf diese Ausnahmefälle verlassen und es zur Routine werden lassen, die VOB/B in ihrer jeweils gültigen Fassung (jetzt VOB/B 2002) beizufügen. Ebenfalls dringendst abzuraten ist davon, selbst Änderungen an der VOB/B vorzunehmen oder im Bauvertrag Ergänzungen vorzusehen, die in die VOB/B eingreifen. Die Rechtsprechung hat die Anforderungen verschärft. Für die Altfassung der VOB/B wurde kürzlich erst entschieden durch den BGH am 22.01.2004, VII ZR 419/02, dass jeglicher Eingriff in die VOB/B und sei er noch so geringfügig, dazu führt, dass die gesamte VOB/B der AGB Kontrolle unterliegt. Dies führt zur Unwirksamkeit einer Reihe von Klauseln, die für den Auftragnehmer günstig sind.

## 2.1. Alarmsignale

Auftragnehmer, Architekten und Ingenieure, sollten ihr Personal, sei es im Büro als auch auf der Baustelle auf Krisenfrüherkennung schulen. Es gibt eine Reihe von deutlichen Alarmsignalen, die häufig mit einer Bauinsolvenz einhergehen wie folgt:

- Zahlungstermine werden nur schleppend eingehalten
- Neuverhandlung von Zahlungszielen ohne entsprechende „Marktmacht“
- Telefonische Erreichbarkeit des Auftraggebers verschlechtert sich
- Anstieg von Mängelrügen, die unbegründet sind
- verstärkte Ablehnung von Nachträgen, auch wenn berechtigt
- auffälliger Personalwechsel, Abwanderung von Fachkräften bei Auftraggeber
- Abschottung des Auftraggebers
- zögerlicher Baufortschritt der Baustelle, Gerüchte auf der Baustelle

Vorstehende Alarmsignale sind besonders zu beachten, wenn mehrere der genannten Merkmale innerhalb kürzesten Zeitraums zusammentreffen. Bei Vorliegen derartiger Krisenindikatoren sollte oberstes Ziel des Auftragnehmers nun sofortige Informationsbeschaffung sein.

### TIPP:

Der Auftragnehmer könnte beispielsweise folgendes unternehmen:

1. Kontaktaufnahme mit Lieferanten des Auftraggebers und anderen Auftragnehmerfirmen.
2. Eigene Sicherheiten checken (Bürgschaften, Eigentumsvorbehalt etc.).
3. Aktuelle Auskünfte einholen (Creditreform).
4. Keine Zugeständnisse mehr hinsichtlich Zahlungsfristen (Debitorenmanagement).
5. Direktzahlungsmöglichkeit des „Bauherrn“ nach § 16 Zf. 6 VOB/B prüfen.

Bei einzelnen Maßnahmen ist aber auch Vorsicht geboten. Schnell können sich Gerüchte verbreiten, die gar nicht wahr sind. Hier können auch dem Auftragnehmer Konsequenzen drohen, wenn er dessen Liquidität grundlos in Frage stellt. Bei der Informationsbeschaffung ist daher Diskretion geboten.

## 2.2. Auskunft über Insolvenzverfahren

Der Auftragnehmer kann sich Gewissheit über ein ggf. schon anhängiges Insolvenzverfahren verschaffen, in dem er beim zuständigen Insolvenzgericht nachfragt. Meist genügt bereits ein Anruf. Zuständig ist das Amtsgericht am Betriebssitz des Auftraggebers. Aber Achtung, nicht jedes Amtsgericht ist auch gleichzeitig Insolvenzgericht.

### TIPP:

Wenn das zuständige Insolvenzgericht dem Auftragnehmer nicht bekannt ist, hilft eine Internetrecherche, z.B. unter <http://www.insolvenzbekanntmachungen.de>

## 2.3. Rückholaktionen

Der Auftragnehmer kann Produkte/Waren, die bereits auf die Baustelle geliefert sind und noch *nicht eingebaut* sind, zurückholen, *sofern* ein Eigentumsvorbehalt besteht oder die Sachen noch nicht an den Auftraggeber oder Bauherrn vollständig übereignet waren.

**TIPP:**

Richtig ist zwar der Spruch, dass „da wo kein Kläger auch kein Richter ist“. Dennoch ist dringend abzurufen von den öffentlichkeitswirksamen Baustellenräumungen, wie sie insbesondere anlässlich des Insolvenzantrags der Philipp Holzmann AG 1999 geschehen sind. für Dies kann für den Auftragnehmer sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtliche Konsequenzen haben.

Ohne rechtlich abgesichertes Leistungsverweigerungsrecht oder Kündigung sind solche Räumungsaktionen rechtswidrig, was Schadensersatzforderungen nach sich ziehen kann, wenn der totgesagte Auftraggeber länger lebt. Rechtswidrig ist es auch, wenn der Auftragnehmer die von ihm im Auftrag des Auftraggebers bereits eingebauten Materialien, die wesentliche Bestandteile des Gebäudes geworden sind (Eigentumsübergang!) wegen des Insolvenzantrags wieder ausbaut. Hier bestehen Schadensersatzansprüche gegen den Auftragnehmer in Höhe der Kosten, die zur Wiederherstellung der wirtschaftlich vernünftigen Vorgehen aufgewendet werden müssen.

„Selbstjustiz“ kann daher für den Auftragnehmer erhebliche Konsequenzen haben.

**2.4. Gerichtsweg**

Denkbar ist es für den Auftragnehmer schnell und kostengünstig einen gerichtlichen Titel über die ausstehenden Werklohnforderungen zu schaffen, in dem ein Mahnbescheid erwirkt wird. Wehrt sich hiergegen der Auftraggeber nicht innerhalb von 2 Wochen ab Zustellung des Mahnbescheides, so kann ein Vollstreckungsbescheid ergehen, der die gleiche Wirkung hat wie ein Gerichtsurteil, d.h. er bildet die unmittelbare Grundlage für Vollstreckungshandlungen. Nach Zustellung des Vollstreckungsbescheides hat aber der Auftraggeber nochmals 2 Wochen Gelegenheit, Einspruch einzulegen, so dass das Verfahren immer noch in ein normales Gerichtsverfahren übergehen kann.

Im eröffneten Insolvenzverfahren ist es nicht entscheidend, ob die Forderung seitens des Auftragnehmers zuvor tituliert (z.B. Vollstreckungsbescheid, Urteil) wurde, da auch nicht titulierte Forderungen vom Insolvenzverwalter anerkannt werden können. Ein derartiger Titel bringt daher nur den Vorteil, dass der Insolvenzverwalter in derartigen Fällen nur unter bestimmten Umständen die Forderungen des Auftragnehmers bestreiten kann.

Empfehlenswert ist eine gerichtliche Geltendmachung meist dann, wenn man dann Zeit für die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen *vor* Beginn des Insolvenzverfahrens gewinnt und so seine *Forderung vor der Insolvenzmasse „rettet“*.

**TIPP:**

Der Auftragnehmer hat zwei Situationen zu unterscheiden, wobei die Abgrenzung mangels Informationsstand über den Auftraggeber meistens schwierig ist.

1. Befindet sich der Auftraggeber lediglich in Liquiditätsschwierigkeiten, ohne dass die Anzeichen für eine Insolvenz vorliegen, sollte die Auftragnehmer versuchen, durch ein gerichtliches Mahnverfahren einen Vollstreckungstitel zu erwirken und damit so schnell wie möglich die Zwangsvollstreckung (z.B. durch Kontenpfändung) einzuleiten.
2. Befindet sich der Auftraggeber nicht nur in Liquiditätsschwierigkeiten, sondern steht die Insolvenz unmittelbar bevor, so ist es für den Auftragnehmer nicht ratsam, noch weitere Kosten zu produzieren, die im Insolvenzverfahren - wenn überhaupt - nur quotenmäßig zu realisieren sind. Außerdem ist zu beachten, dass nicht nur laufende Gerichtsverfahren unterbrochen werden, sondern selbst begonnene Zwangsvollstreckungsmaßnahmen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingestellt werden.

### 3. Verhalten im Insolvenzverfahren

Auftragnehmer haben eine weit verbreitete Unkenntnis über die richtige Verhaltensweise im Insolvenzverfahren. Einerseits stellt sich die Frage, ob begonnene Bauaufträge zu Ende geführt werden müssen, andererseits stellt sich die Frage, was mit offenen Werklohnforderungen geschieht.

#### 3.1. Phasen des Insolvenzverfahrens

##### 3.1.1 Phase zwischen Insolvenzantrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Im vorgeschalteten Eröffnungsverfahren ändert sich für den Auftragnehmer rein formell nichts. Vertragliche Verpflichtungen aus dem Bauvertrag müssen eingehalten werden. Der begonnene Auftrag muss nach den Bestimmungen des Vertrages zu Ende geführt werden. Der Auftragnehmer hat hier in dieser Phase die Möglichkeit, die eingangs beschriebenen Rechte zu nutzen, um so sein Vorleistungsrisiko zu minimieren (z.B. Leistungsverweigerungsrechte wegen Zahlungsverzug, § 648 a BGB, Kündigungsrechte etc.), sofern die Voraussetzungen bereitet werden bzw. gegeben sind. In dieser Phase wird meist ein vorläufiger Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht eingesetzt, dessen Befugnisse sich aus dem Beschluss des Insolvenzgerichtes ergeben.

##### 3.1.2 Phase nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzverwalter die Schlüsselfigur. Er allein entscheidet, ob und in welcher Form der Bauauftrag weitergeführt wird (Wahlrecht des Insolvenzverwalters). Verlangt er die Vertragsfortführung bleiben die Rechte und Pflichten des Auftragnehmers – wie vor der Eröffnung – bestehen. Wählt der Verwalter die Beendigung des Vertrages, muss der Auftragnehmer etwaige Schadensersatzansprüche als Insolvenzgläubiger zur Tabelle anmelden. Wichtig ist in jedem Fall, unmittelbar nach Bekanntwerden des Eröffnungsbeschlusses den Insolvenzverwalter zur Ausübung seines Wahlrechts aufzufordern, damit möglichst schnell Rechtsklarheit geschaffen wird. Nichts ist schädlicher als ein Schwebezustand. Äußert sich der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich, kann er nicht mehr auf Vertragserfüllung bestehen.

##### 3.1.3 Phase ohne Eröffnung Insolvenzverfahren, Ablehnung mangels Masse

Die meistens Insolvenzverfahren enden mangels Masse, d.h. das Insolvenzverfahren wird erst gar nicht eröffnet, weil das Vermögen des Auftraggebers voraussichtlich nicht einmal die Verfahrenskosten decken wird. In diesem Falle ist auch kein Insolvenzverwalter als Ansprechpartner vorhanden. Eine Gesellschaft wird letztendlich liquidiert, wozu ein Liquidator bestellt wird. Meist ist dies z.B. bei GmbH's, der frühere Geschäftsführer.

#### **TIPP:**

Der Auftragnehmer sollte sich hier in den verschiedenen Phasen eines Insolvenzverfahrens genau auskennen. Es ist entscheidend für die Rechte und Pflichten, in welchem Stadium sich das Verfahren befindet. Fehler können bereits passieren, wenn man nicht den richtigen Ansprechpartner wählt, z.B. Kündigungen, Bedenkenanzeigen etc. an die falsche Person richtet. Im eröffneten Insolvenzverfahren ist Ansprechpartner und Entscheidungsträger allein der Insolvenzverwalter. An diesen sind Erklärungen zu richten.

Vorsicht ist geboten mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter. Hier sollte unbedingt der Beschluss des Insolvenzgerichtes zu dessen Bestellung eingesehen werden, da man im Insolvenzrecht sogenannte „schwache“ Insolvenzverwalter und sogenannte „starke“ Insolvenzverwalter unterscheidet. Dies hat nichts mit der Qualifikation des vorläufigen Insolvenzverwalters zu tun, sondern mit dessen Rechtsstellung. Während der „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter nur wenige Befugnisse hat, ist der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter dem richtigen Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stark angelehnt. Im Kern geht es insbesondere um die Frage, inwieweit ein vorläufiger Insolvenzverwalter überhaupt berechtigt ist, zu Lasten der Insolvenzmasse Ver-

pflichtungen zu übernehmen. Im Regelfall wird lediglich ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, so dass es zur Begründung verpflichtender Rechtsgeschäfte (für die Masse) eines meist gesonderten Beschlusses des Insolvenzgerichtes für das konkrete Geschäft bedarf.

### 3.2. Forderungsanmeldung und Sicherheitseinbehalt

Der Auftragnehmer sollte wissen, dass noch offene Werklohnforderungen vom Insolvenzverwalter nicht automatisch berücksichtigt werden. Selbst wenn eine Forderung bereits gegenüber dem insolventen Auftraggeber geltend gemacht worden ist, muss sie nochmals beim Insolvenzverwalter erneut angemeldet werden.

Diese offene Forderung muss der Auftragnehmer als Insolvenzgläubiger *schriftlich* beim *Insolvenzverwalter* anmelden. Normalerweise schreibt der Insolvenzverwalter die ihm anhand der Unterlagen des insolventen Auftraggebers bekannten Gläubiger an und fordert sie auf, ihre noch offenen Forderungen anzumelden.

Man sollte auch nicht zuwarten, ob sich der Insolvenzverwalter an den Auftragnehmer wendet. Sobald man von der Bestellung eines Insolvenzverwalter erfährt bzw. der Stellung eines Insolvenzantrags, sollte man sich direkt an den vorläufigen bzw. späteren Insolvenzverwalter wenden.

Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass in den Unterlagen des insolventen Auftraggebers nicht sämtliche Auftragnehmer als Gläubiger verzeichnet sind und der Insolvenzverwalter deshalb keinerlei Kenntnis von Auftragnehmer hat.

Die Forderungsanmeldung des Auftragnehmers muss innerhalb einer *bestimmten Frist* geltend gemacht werden. Diese ergibt sich aus dem Beschluss des Insolvenzgerichtes. Auch nachträgliche Meldungen werden zwar berücksichtigt. Es besteht aber die Gefahr, dass der Auftragnehmer als Gläubiger die dadurch entstandenen zusätzlichen Kosten selbst tragen muss.

Bei der Forderungsanmeldung sind folgende *Angaben* notwendig:

1. Grund der Forderungen (etwa Werklohn oder Warenlieferung)
2. Höhe der Forderung in Euro
3. Zinsen bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens  
(als fester Betrag bereits ausgerechnet, anzugeben)
4. Kopien der Dokumente, mit denen die Forderung nachgewiesen werden kann  
(Verträge, Rechnungen, Titel etc.)

Teilweise sind die Insolvenzverwalter bzw. Justiz dazu übergegangen, Gläubigern des Insolvenzverfahrens zur Vereinfachung und Strukturierung der Anmeldung Vordrucke als Musterformulare auszugeben. Dies ist aber nicht in jedem Insolvenzverfahren der Fall, weshalb allein schon deshalb rechtliche Beratung sinnvoll ist.

#### **TIPP:**

1. Die Erfahrung zeigt, dass Auftragnehmer als Insolvenzgläubiger mit einer korrekten Forderungsanmeldung überfordert sind und deshalb häufig überflüssiger Schriftwechsel/Streit produziert wird. Zu beachten ist folgendes:
  - Anmeldung kann erst *nach Eröffnung* des Insolvenzverfahrens erfolgen, also nicht bereits nach Antragstellung.
  - Die Anmeldung ist nach der Insolvenzordnung *schriftlich beim Insolvenzverwalter* vorzunehmen und nicht wie früher nach der Konkursordnung beim Insolvenzgericht.
  - Die Forderung muss dem Grund und der Höhe nach *detailliert dargelegt* werden, wobei Belege beizufügen sind. Eine Nichtbeifügung der Belege macht die Anmeldung zwar nicht unwirksam, sie führt aber regelmäßig dazu, dass die Forderung vom Insolvenzverwalter zulässigerweise bestritten wird.
2. Dem Auftragnehmer ist zu raten, um keine Nachteile zu erleiden, bei der Forderungsanmeldung nicht bloß die Rechnung vorzulegen, sondern es ist auch mindestens der Bauvertrag komplett

- vorzulegen (umfängliche Aufmassunterlagen erst, wenn sie vom Insolvenzverwalter erbeten werden. Dies könnte evtl. in der Insolvenzanmeldung bereits angeboten werden.)
3. Der Auftragnehmer ist somit auch in der Insolvenz des Auftraggebers nicht der Mühe enthoben, eine *prüffähige Rechnung* gemäß § 14 Nr. 1 VOB/B als Grundlage seiner Forderungsanmeldung einzureichen.  
Der Insolvenzverwalter ist nämlich nicht verpflichtet, sich die Unterlagen irgendwo zusammen zu suchen, er ist dazu angesichts unvollständiger/nicht auffindbarer Akten des Auftraggebers oft auch gar nicht in der Lage.
  4. Der Auftragnehmer sollte im Zusammenhang mit der Forderungsanmeldung keinen zu kostenintensiven Aufwand betreiben, da meistens die Kosten in keinem Verhältnis zu einem tatsächlichen Ertrag (Insolvenzquote) stehen. Erfahrungsgemäß liegt diese meist zwischen zwei und bestenfalls 5 % der Forderung. Die Einholung baubetriebswirtschaftlicher Gutachten oder Mängelgutachten steht damit meistens völlig außer Relation.
  5. Der Auftragnehmer sollte im Insolvenzverfahren als Gläubiger seine Rechte wahrnehmen. Diesbezüglich sind in den Beschlüssen entsprechende Termine vorgesehen. Meist werden die Möglichkeiten, sich zu informieren, in der *Gläubigerversammlung* nicht wahrgenommen. In größeren Verfahren und bei größeren Forderungen macht es durchaus Sinn, als Auftragnehmer zu versuchen, Mitglied eines sogenannten *Gläubigerausschusses* zu werden. Ein Gläubigerausschuss kann von der Gläubigerversammlung gebildet werden, um den Insolvenzverwalter zu unterstützen und zu kontrollieren. Als Mitglied des Gremiums erhält man zumindest Information aus erster Hand, während dessen man als einfacher Insolvenzgläubiger kaum Hintergrundinformationen erhält. Dass mit dieser Stellung als Mitglied eines Gläubigerausschusses verbundene Haftungsrisiko kann durch den Abschluss entsprechender Versicherungen (wird meistens über den Insolvenzverwalter besorgt) verringert werden.  
Zumindest sollte der Auftragnehmer aber *Einsicht in die Insolvenzakte* nehmen, um so zumindest Einblick über die wirtschaftliche Situation der Schuldner zu gewinnen. Dies ist, sofern man schon an den entsprechenden Terminen nicht teilnimmt, nahezu die einzige Möglichkeit, Informationen zu erhalten. Hieraus können sich auch interessante Anhaltspunkt für eine sogenannte „*Durchgriffshaftung*“ ergeben. Durchgriffshaftung bedeutet, dass sich die hinter dem Auftraggeber befindlichen Personen, die sich hinter Kapitalgesellschaften, wie GmbH und AG häufig verstecken, evtl. als Vorstand oder Geschäftsführung persönlich in die Haftung genommen werden können. Beispielsweise ist zu denken an eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung (Geschäftsführer/Vorstand trifft die Pflicht eine Insolvenz zu beantragen, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt) oder dass gerade für den Bau interessante Gesetz zur Sicherung von Bauhandwerkerforderungen, (stammt von 1909 und ist fast in Vergessenheit geraten und kann im Einzelfall zu einer persönlichen Haftung der dahinter stehenden Personen führen).

#### 4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Auftragnehmer nicht hilflos der Bauinsolvenz ausgeliefert ist. Sicher ist es richtig, dass es eine Vielzahl von Fällen gibt, in denen ein Forderungsausfall unvermeidbar ist. Durch geschicktes *juristisches Projektmanagement* kann diese Gefahr erheblich minimiert werden. Ursache hierfür ist häufig, dass immer noch Bauverträge mehr unter dem kaufmännischen Blickwinkel betrachtet werden, als unter dem juristischen Blickwinkel. Sofern sich Auftraggeber oder Auftragnehmer entsprechend juristisch beraten lassen, kann, nicht nur in der Bauinsolvenz, großer finanzieller Schaden abgewendet werden. Prüfung von Bauverträgen bzw. Vereinbarungen über Sicherheiten sparen mehr Geld, als sie im Augenblick kosten. Selbst im Falle der Insolvenz ist juristischer Beistand noch sinnvoll, da zum einen bei der Forderungsanmeldung Fehler passieren können, die nachteilig sind, andererseits auch häufig noch Rechte vorhanden sind, von denen der Auftragnehmer keine Kenntnis hat. Es gilt hier seine Sicherungsrechte rechtzeitig und richtig zu verwerten und ggf. auch zu prüfen, ob die hinter den insolventen Gesellschaften stehenden Personen, seien es Geschäftsführer oder Vorstand in die Haftung genommen werden können. In Anbetracht der derzeitigen Situation in der Bauwirtschaft kann es sich im Grunde kein Auftraggeber oder Auftragnehmer mehr leisten, an der Schnittstelle zwischen Baurecht und Insolvenzrecht zu sparen.