

Autor:	Samira Bagaric, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und FA'in für Bau- und Architektenrecht
Datum:	15.08.2019
Quelle:	
Normen:	§ 103 InsO, § 632a BGB, § 650u BGB, § 3 GewO§34cDV, § 650m BGB ... mehr
Fundstelle:	AnwZert MietR 16/2019 Anm. 1
Herausgeber:	Dr. Oliver Elzer, RiKG Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin
Zitiervorschlag:	Bagaric, AnwZert MietR 16/2019 Anm. 1

Insolvenz des Bauträgers: Auswirkungen der Insolvenz auf die Situation des Erwerbers

A. Einleitung

Trotz des anhaltenden Bau-Booms im Bauträgergeschäft kommt es immer wieder zum Stillstand von Bauvorhaben und schlussendlich zu Insolvenzen von Bauträgern und damit zu vielfachen Abwicklungsschwierigkeiten. Der Erwerber ist insoweit daran interessiert, genau die Immobilie „zu erhalten“, die er bestellt hat. Ist dies aufgrund der Insolvenz des Bauträgers und der Wahl der Nichterfüllung durch den Insolvenzverwalter ausgeschlossen (§ 103 Abs. 1 InsO), besteht das Interesse auf Schadloshaltung oder darin, sich durch Kündigung vom Vertrag zu lösen. Dies ist unter der geltenden Rechtslage nahezu ausgeschlossen, da verschiedene rechtliche und wirtschaftliche Verflechtungen zusammenkommen. Außerdem wäre das Zusammenwirken verschiedener Beteiligter notwendig, was in der Praxis kaum umzusetzen ist.

B. Rechtslage

I. Der Bauträgervertrag

1. Überblick

Beim Bauträgervertrag handelt es sich in Fortführung des § 632a BGB a.F. gemäß § 650u Abs. 1 BGB um einen typengemischten Vertrag, welcher aus zwei Teilen besteht, nämlich einem kaufvertragsrechtlichen Teil, mit dem der Veräußerer verpflichtet wird, dem Erwerber Eigentum am Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen und einem baurechtlichen Teil, der eine Errichtung oder einen Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Werkes zum Gegenstand hat. Im Falle der Insolvenz wird dieser Vertrag in diese beiden Teile aufgespalten. Die Besonderheit des Bauträgervertrages besteht darin, dass die Erwerber ihre Finanzmittel bereits vor der endgültigen Fertigstellung und Übergabe des Objekts, in der Regel Wohnungs- oder Teileigentum, einsetzen. Wegen der damit verbundenen Vorleistungspflicht des Erwerbers sind durch den Bauträger besondere Sicherungspflichten wie etwa die in § 3 MaBV oder § 650m Abs. 2 Satz 1 BGB zu beachten.

2. Sicherungspflichten

Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV sieht die allgemeine Zahlungspflicht des Erwerbers erst vor, wenn zu seinen Gunsten eine Vormerkung eingetragen wurde. § 3 Abs. 2 MaBV soll den Erwerber davor schützen, Teile der Vergütung zu zahlen, ohne einen dieser nahezu entsprechenden

Wert zu erhalten. Weiter hat der Bauträger dem Erwerber eine Sicherheit i.H.v. 5% der Vergütung für die rechtzeitige Herstellung des versprochenen Werkes ohne wesentliche Mängel zur Verfügung zu stellen. Alternativ besteht die Möglichkeit einer Sicherung durch die Stellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV, von der in der Praxis jedoch selten Gebrauch gemacht wird. Fällt der Bauträger in die Insolvenz, sind die Sicherungsrechte allerdings ungenügend und stellen den Erwerber sowohl finanziell als auch psychisch vor eine große Herausforderung.

II. Ausgangssituation in der Insolvenz

Der Bau ist längst in Stillstand geraten und in der Zwischenzeit ist der Insolvenzantrag gestellt oder das Verfahren gar eröffnet. Für die Erwerber laufen in der Regel die Kosten weiter, so dass immense finanzielle Schäden entstehen. Bei diesen handelt es sich meist um Zwischenumzugskosten, höhere Ausgaben für Zwischenunterkünfte, Zwischenlagerungskosten, Bereitstellungszinsen, Aufwand für rechtliche Beratung etc. Aus diesem Dilemma einen Ausweg zu finden, gestaltet sich meist schwierig. Das liegt u.a. daran, dass der Bauträger weder tatsächlich noch rechtlich in der Lage ist, konstruktive Lösungen anzubieten. Denn bereits mit der Antragstellung bzw. mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert er als Schuldner die Befugnis, über die dem Insolvenzbeschluss unterliegenden Gegenstände seines Vermögens zu verfügen.¹ Hinzukommt, dass weitere Beteiligte wie der Insolvenzverwalter und vor allem die Globalgrundschuldnerin (die finanzierende Bank des Bauträgers) nunmehr eine wichtige Rolle spielen. Um den Schaden zu begrenzen besteht ein gesteigertes Interesse daran, schnellstmöglich mit allen Beteiligten eine Lösung zu finden. Bei den nachfolgenden Ausführungen wird stets davon ausgegangen, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, wie üblich in der Praxis, ablehnt.

III. Vormerkung/Eigentumsübertragung

1. Überblick

Die für den Erwerber eingetragene Vormerkung ist meist die einzige Sicherheit, die er hat. Diese muss allerdings entweder bereits im Grundbuch eingetragen oder zumindest die Bewilligung und der Eintragungsantrag müssen beim Grundbuchamt zeitlich vor der Verfahrenseröffnung gestellt worden sein; dann ist ebenso eine spätere Eintragung unschädlich.² Nach den Voraussetzungen des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO kann der Erwerber gegen den Insolvenzverwalter aufgrund der insolvenzfesten Auflassungsvormerkung den Anspruch auf Übereignung des Eigentums geltend machen. Ein Wahlrecht, welches der Insolvenzverwalter bei der Fertigstellung der Bauleistungen gemäß § 103 InsO hat, besteht nicht. Der Insolvenzverwalter ist daher bei Erfüllung der Voraussetzungen zur Eigentumsübereignung verpflichtet.

2. Globalgrundpfandrechte

Allerdings ist zu beachten, dass die Eigentumsübereignung nur insoweit unproblematisch ist als keine Globalgrundpfandrechte für die den Bauträger finanzierenden Banken eingetragen sind. Ist dies der Fall, gehen die Grundpfandrechte der Vormerkung des Erwerbers vor. Diese ist daher gut beraten auch mit der Bank Verhandlungen zu führen und diese bei einer Gesamtlösung zu beteiligen. Zwar sieht § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV zur Sicherheit des Erwerbers eine Freistellungssicherheit hinsichtlich aller vorrangigen Grundpfandrechte vor. Allerdings kann sich die Bank gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV vorbehalten, anstelle der Freistellungserklärung alle vom Erwerber vertragsgemäß bereits geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts zurückzuzahlen. Ob die Bank diese Rückzahlungsoption wählt, hängt von dem jeweiligen Baufertigstellungsstand und den geleisteten Zahlungen ab. Erfahrungsgemäß ist dies selten der Fall, da die Bank in der Regel ebenfalls kein gesteigertes In-

teresse an einer Bauruine hat, zumal sich die geflossenen Beträge häufig nicht in dem Baufortschritt widerspiegeln und die Bank bei der Rückzahlung ein schlechtes Geschäft machen würde.

IV. Ansprüche des Erwerbers bei Verhandlungen

1. Allgemeines

Mit der Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters steht fest, dass der Erwerber eine Erfüllung nicht mehr verlangen kann. Er kann lediglich noch seinen Nichterfüllungsschaden geltend machen. Zum Nichterfüllungsschaden zählen sämtliche Schäden, die nicht entstanden wären, wenn der Bauträger ordnungsgemäß erfüllt hätte.³ Bei den Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter stellt sich somit die Frage, welche Ansprüche der Erwerber entgegenhalten kann und ob diese mit einer etwaigen Kaufpreisforderung des Bauträgers aufgerechnet werden können. Der einzelne Erwerber hat sowohl Ansprüche aus seinem Sondereigentum als auch solche, die aus dem Gemeinschaftseigentum herühren. Bei der Frage der Aufrechnung kommt es darauf an, wann die Ansprüche des Erwerbers einerseits fällig werden und ob das Vertragsverhältnis im insolvenzrechtlichen Sinne als im Synallagma stehend betrachtet wird. Die Problematik der Aufrechnung stellt sich allerdings nur, wenn der Bauträger mehr geleistet hat als der Erwerber bereits an Zahlungen erbracht hat. Nur dieser Aspekt wird nachfolgend betrachtet. Hat hingegen der Erwerber mehr geleistet als der Bautenstand hergibt, kann er seine Forderung lediglich noch zur Insolvenztabelle anmelden.⁴

2. Sondereigentum

a) Gegenforderung des Erwerbers wird vor der Hauptforderung des Bauträgers fällig

Hat der Bauträger die bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung abgelieferte Leistung nicht ordnungsgemäß erfüllt und/oder sind dem Erwerber bis dahin etwa Verzugsschäden entstanden, so kann er, soweit die sog. Aufrechnungslage gemäß § 94 InsO bestand, mit seinen bereits entstandenen und fälligen Ansprüchen problemlos die Aufrechnung erklären. Die Vorschrift des § 94 InsO setzt voraus, dass sich gleichartige Forderungen gegenüberstehen: Die Forderung des Gläubigers muss fällig, die des Schuldners zumindest erfüllbar sein.⁵ Einigkeit besteht insoweit als die Aufrechnung immer möglich ist, wenn der Anspruch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig wird. Gleiches gilt, wenn die Forderung des Erwerbers bereits vor der Verfahrenseröffnung bestand, diese jedoch nach Verfahrenseröffnung vor der Gegenforderung des Bauträgers fällig wird (Umkehrschluss aus § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO).⁶

b) Gegenforderung des Erwerbers wird nach der Hauptforderung des Bauträgers fällig

Streitig ist allerdings, ob der Erwerber auch mit dem übrigen Ersatzanspruch aus 103 Abs. 2 Satz 1 InsO, welcher erst durch die insolvenzrechtliche Situation (Nichterfüllungswahl des Insolvenzverwalters) entsteht und fällig wird, mit einer bereits fälligen Kaufpreisforderung aufrechnen kann. Dem steht grundsätzlich die Vorschrift des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO entgegen. Nach einer Ansicht kommt es auf die Aufrechnungslage nicht an. Ob die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO erfüllt seien oder nicht, spiele keine Rolle.⁷ Gegenseitige Ansprüche aus dem synallagmatischen Vertragsverhältnis bedürften keiner Aufrechnung; sie seien Rechnungsposten bei der Ermittlung des Ersatzanspruches.⁸ Diese Ansicht geht folglich selbstverständlich davon aus, dass das Synallagma des Vertrages aufrechterhalten bleibt.

Dies dürfte allerdings nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr zutreffend sein. Danach wird das Synallagma aufgehoben, wie Wegener⁹ zutreffend darstellt. Dieses wird bei allen teilbaren Leistungen, zu denen auch die Bauleistungen aus dem Bauträgervertrag gehören, aufgehoben. Die Eröffnung bewirkt, dass der Vertrag quasi in zwei selbstständige Verträge aufgespalten wird. Einerseits

handelt es sich dabei um den bereits vor Insolvenzeröffnung erfüllten Teil und den nicht erfüllten Teil durch die Insolvenzeröffnung. Im Ergebnis können Ansprüche aus dem nicht erfüllten Teil einem fälligen Kaufpreisanspruch aus dem ersten erfüllten Teil nicht entgegengehalten werden. Somit kann mit dem Ersatzanspruch wegen anfallender Fertigstellungsmehrkosten nicht mehr die Aufrechnung mit einem bereits fälligen Kaufpreisanspruch für bereits erbrachte Leistungen erklärt werden. Nach anderer Auffassung ist folglich sowohl ein synallagmatisches Vertragsverhältnis als auch die Fälligkeit vor Verfahrenseröffnung und vor allem vor der Fälligkeit der Hauptforderung für die Zulässigkeit einer Aufrechnung erforderlich.¹⁰ Nach dieser Auffassung tritt die Fälligkeit des Ersatzanspruches des Erwerbers erst mit der Nichterfüllungswahl und somit Erfüllungsverweigerung des Insolvenzverwalters ein und im Ergebnis somit nach der Insolvenzeröffnung. Eine Aufrechnung scheitert nach dieser Auffassung an § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO. Der Nichterfüllungsschaden, welcher erst nach der Insolvenzeröffnung und nach Fälligkeit der Gegenforderung fällig wird, stellt somit lediglich eine Insolvenzforderung dar, die zur Insolvenztabelle (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) anzumelden ist.¹¹ Sieht der Erwerber von der Anmeldung ab, bleibt diesem der Erfüllungsanspruch grundsätzlich erhalten¹², den er nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens theoretisch noch gegen den Bauträger geltend machen könnte.

Ob ein vollständiger Ausschluss der Aufrechnung tatsächlich sachgerecht ist, scheint im Lichte einer bereits ergangenen höchstrichterlichen Entscheidung¹³ zumindest fragwürdig. Danach soll ausnahmsweise eine Aufrechnung entgegen § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO auch dann möglich sein, wenn die zur Aufrechnung gestellte Forderung nach der Hauptforderung fällig wird.¹⁴ Dies sei dann der Fall, wenn der Werklohn für mangelhaft erbrachte Leistungen verlangt wird, dem Erwerber jedoch ein Schadenersatzanspruch in Höhe der erforderlichen Mangelbeseitigungskosten zustehe. Nach zutreffender Auffassung des BGH entspreche eine formelhafte Anwendung der Vorschrift nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Nach der Vorschrift soll die Aufrechnung ausgeschlossen sein, wenn ein Gläubiger eine fällige und durchsetzbare Forderung nicht bezahlt, sondern die Erfüllung hinauszögert und es infolgedessen später zum Eintritt einer Aufrechnungslage kommt.¹⁵ Es soll folglich verhindert werden, dass der Insolvenzgläubiger mit der Erfüllung seiner Schuld so lange zuwartet, bis er mit einer Gegenforderung aufrechnen kann.¹⁶ Richtigerweise ist die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gegen den Werklohnanspruch nicht ausgeschlossen, wenn dem Erwerber wegen der Mängel, aus denen er den Schadenersatzanspruch herleitet, ein Leistungsverweigerungsrecht zustand. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, wann die Mängel zu Tage treten. Maßgebend soll allein das objektive Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts sein. In dieser Entscheidung ist der BGH von dem Fälligkeitserfordernis nach § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO folglich abgerückt. Es ist somit anzunehmen, dass der BGH diese teleologische Reduktion auch auf den Aspekt des oben dargestellten Synallagmas – wenn die Ansicht der Aufhebung des Synallagmas geteilt würde – anwenden würde, mit der Folge einer Zulässigkeit der Aufrechnung. Dies ist zumindest für die Aufrechnung mit einem Anspruch wegen bestehender Mängel sachgerecht. Eine höchstrichterliche Entscheidung bleibt abzuwarten.

3. Gemeinschaftliches Eigentum

Noch um ein zusätzliches Problem komplizierter ist die Situation bei Ansprüchen hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums. Hierbei stellt sich zusätzlich die Frage, ob der Erwerber – unabhängig von den soeben erörterten Problemen der Aufrechnungslage – den Nichterfüllungsschaden am Gemeinschaftseigentum zur Aufrechnung stellen kann.

a) Aufrechnungssituation außerhalb des Insolvenzverfahrens

Es ist anerkannt, dass eine Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Mängeln des gemeinschaftlichen Eigentums nicht möglich ist. Aufgrund der Gemeinschaftsbezogenheit der sekundären Ansprüche ist die erforderliche Gegenseitigkeit nicht gegeben.¹⁷ Die Voraussetzung der Gegenseitigkeit könnte al-

lerdings nur dadurch herbeigeführt werden, dass sämtliche Erwerber ihre Ansprüche auf Mängelbeseitigung an den jeweiligen Erwerber abtreten. Nicht möglich ist hingegen, die Ansprüche nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zu vergemeinschaften mit dem Ziel, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dem Erwerber die Ansprüche abtritt. Einerseits bleiben die einzelnen Erwerber nämlich ungeachtet einer Vergemeinschaftung materiell-rechtlich Anspruchsinhaber. Und andererseits dürfte die Vergemeinschaftung nichtig sein.¹⁸ Genauso wenig dürfte durch die vielfach praktizierte „Ermächtigungslösung“ die Gegenseitigkeit hergestellt werden. Zutreffend führt Vogel¹⁹ aus, dass die Einziehungsermächtigung nur zur Aufrechnung gegen einen Anspruch ermächtigt, der gegenüber dem Ermächtigenden besteht, nicht aber gegenüber dem Ermächtigten. Die Restvergütung steht dem Bauträger aber nicht gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu.

b) Leistungsverweigerungsrecht

(1) Allgemein

Dem Erwerber steht bei Mängeln an der Werkleistung hinsichtlich des Sonder- und Gemeinschaftseigentums grundsätzlich ein Leistungsverweigerungsrecht zu.²⁰ Gleiches gilt, wenn die geschuldete Leistung nicht vollendet wird. Macht lediglich ein Erwerber von seinem Leistungsverweigerungsrecht wegen vorhandener Mängel Gebrauch, so kann er seine Leistung in doppelter Höhe der für die Mangelbeseitigung benötigten Kosten verweigern.²¹ Die Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht der Höhe nach zu reduzieren ist, stellt sich nur, wenn noch andere Erwerber von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen.²²

(2) Nach der Vergemeinschaftung

Ob das Leistungsverweigerungsrecht nach der Vergemeinschaftung noch von den einzelnen Erwerbern ausgeübt werden kann, ist umstritten und bislang höchststrichterlich noch nicht entschieden. Nach einer Auffassung²³ geht das Leistungsverweigerungsrecht unter mit der nicht ganz nachvollziehbaren Ansicht, dass nach einer Vergemeinschaftung die Gemeinschaft das alleinige Recht zur Mangelausübung hat. Dies mag zwar stimmen, allerdings dürfte das Recht zur Leistungsverweigerung nicht bereits dadurch untergehen. Solange der Bauträger seiner Verpflichtung – entweder der Mangelbeseitigung oder der Zahlung einer Kompensation – nicht nachgekommen ist, würde im Falle eines Untergangs des Leistungsverweigerungsrechts das Insolvenzrisiko komplett auf die Erwerber verlagert werden. Denn der Untergang des Leistungsverweigerungsrechts hätte zur Folge, dass der Bauträger etwa noch offenen Werklohn einklagen und obsiegen könnte. Den Erwerbern hingegen wären die Hände gebunden, obgleich diese im Innenverhältnis der Gemeinschaft gegenüber verpflichtet wären, ihren Anteil an einer etwa beschlossenen Sonderumlage zur Beseitigung etwaiger Mängel zu erbringen. Daher dürfte die Auffassung, wonach das Leistungsverweigerungsrecht auch nach der Vergemeinschaftung durch die Gemeinschaft den Erwerbern erhalten bleibt²⁴, vorzuzugswürdig sein.

(3) In der Insolvenz

Am Leistungsverweigerungsrecht ändert sich in der Insolvenz des Vertragspartners grundsätzlich nicht viel. Das Leistungsverweigerungsrecht bleibt für den vor der Insolvenzeröffnung erbrachten Teil bestehen.²⁵ Dies bedeutet, dass der Erwerber bei Mängeln an der bereits erbrachten Leistung sein Leistungsverweigerungsrecht ausüben kann. Dieser kann jedoch nicht sein Leistungsverweigerungsrecht ausüben, soweit der Vertrag im Übrigen nicht vollendet bzw. nicht erfüllt wird. Insoweit ist die Regelung des § 320 BGB nicht anwendbar.²⁶

c) Aufrechnung in der Insolvenz

Zu diesem Themenkomplex sind bislang keine oder keine aussagekräftigen Entscheidungen ergangen. In der Praxis wird selbstverständlich davon ausgegangen, dass eine Aufrechnung möglich ist, ohne jedoch das Ergebnis konkret begründen zu können. Ausgehend davon, dass, wie soeben dargestellt, das Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum hinsichtlich bereits erbrachter Leistungen des Bauträgers bestehen bleibt, muss eine Aufrechnung des Erwerbers in der Insolvenz auch wegen Mängel am Gemeinschaftseigentum möglich sein. Anderenfalls würden Sinn und Zweck des Leistungsverweigerungsrechtes komplett ausgehöhlt. Die rechtliche Unzulässigkeit der Aufrechnung außerhalb der Insolvenz steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Die grundsätzlich fehlende Gegenseitigkeit der Forderungen dürfte in der Insolvenz hergestellt bzw. gegeben sein; die Gefahr unterschiedlicher Inanspruchnahmen des Bauträgers bzw. des Insolvenzverwalters ist in der insolvenzrechtlichen Situation nicht mehr gegeben. Die sonst fehlende Gegenseitigkeit der Forderungen ist – wie oben dargestellt – darauf zurückzuführen, dass der Schadenersatzanspruch hinsichtlich gemeinschaftlicher Mängel gemeinschaftsbezogen ist und eine Zahlung daher lediglich an die Gemeinschaft verlangt werden könnte. Dies wiederum ist u.a. mit dem Schutz des Bauträgers vor unterschiedlichen Inanspruchnahmen der Vielzahl der Erwerber zu begründen. Dieses Schutzes bedarf es in der Insolvenz nicht mehr, da nur noch der Nichterfüllungsschaden geltend gemacht werden kann.

Der Höhe nach dürfte das Recht zur Aufrechnung anders als beim Leistungsverweigerungsrecht von Anfang an lediglich auf die jeweilige Quote des Erwerbers reduziert sein. Dieser soll durch die Möglichkeit der Aufrechnung nicht bessergestellt werden als andere Insolvenzgläubiger. Den durch die Aufrechnung reduzierten Kaufpreis dürfte der Erwerber wohl behalten. Eine Pflicht zur Weiterreichung an die Gemeinschaft etwa zur Mangelbeseitigung kann nicht erkannt werden. Soweit etwa Pause²⁷ mit Verweis auf die Entscheidung des OLG München vom 22.05.2007²⁸ anderer Auffassung ist, ist nicht erkennbar, woher sich solch eine Verpflichtung ergeben soll. Das Vertragsverhältnis besteht lediglich zwischen dem Erwerber und dem Bauträger. Weder die einzelnen anderen Eigentümer noch die Gemeinschaft als solche sind in dieses Vertragsverhältnis einbezogen. Eine Verpflichtung zur Zahlung etwaiger Beträge zur Mangelbeseitigung kann sich lediglich aus § 16 Abs. 2 WEG ergeben. Danach ist jeder Erwerber in seiner Eigenschaft als Eigentümer der Gemeinschaft gegenüber zur Zahlung seiner Beiträge verpflichtet. Die Entscheidung des OLG München steht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH²⁹, wonach der Erwerber mit Ansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum gegen die von ihm geschuldete restliche Kaufpreisforderung nicht die Aufrechnung erklären kann. Daher ist die von Pause vertretene Auffassung wohl nicht haltbar. Das Ergebnis dürfte auch sachgerecht sein, denn der Schaden des Erwerbers bestimmt sich ebenfalls nach der Höhe seines Miteigentumsanteils und somit der Quote an den gesamten Mangelbeseitigungskosten.

V. Fertigstellung des Bauvorhabens

1. Überblick

Hält der Erwerber am Vertrag fest oder muss er an diesem festhalten, um nicht lediglich einen Anspruch zur Insolvenztabelle anmelden zu müssen, ist er an einer Fertigstellung des Bauvorhabens, des sog. „steckengebliebenen Baus“ interessiert. Da der Insolvenzverwalter die Fertigstellung abgelehnt hat, bleibt nur noch der Weg über die Erwerbergemeinschaft.

2. Erwerbergemeinschaft

Ist noch keine „werdende“ oder volle Wohnungseigentümergeinschaft entstanden, kennen sich die Erwerber in der Regel noch nicht, so dass bereits auf der tatsächlichen Ebene ein schneller Weiterbau nicht möglich ist. In einem solchen frühen Stadium bedürfte es daher einer Zusammenkunft aller Er-

werber, um entsprechende Regelungen hinsichtlich des Weiterbaus zu treffen. Dies dürfte in der Praxis kaum oder schwer umsetzbar sein.

3. Wirdende Wohnungseigentümergeinschaft

Daher wird ein Weiterbau in der Regel erst möglich sein, wenn zumindest eine sog. werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist. Eine solche dürfte spätestens durch die ersten Einnahmen und Übergaben der Wohnungen an die Erwerber entstehen. Spätestens jedoch mit den Eigentumsübertragungen durch Mitwirkung des Insolvenzverwalters entsteht eine Wohnungseigentümergeinschaft. Nach einer Auffassung kann die Fertigstellung nach § 21 Abs. 2, Abs. 4 WEG in jedem Fall verlangt werden.³⁰ Auf den bereits erreichten Fertigstellungsgrad des Gebäudes komme es folglich nicht an. Baumaßnahmen einer Restfertigstellung gehören danach zur ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 21 Abs. 5 WEG, da es keine Rolle spielen könne, ob ein ordnungsmäßiger Zustand erstmalig hergestellt oder infolge nachträglicher Veränderungen wiederhergestellt wird. Nach anderer und wohl überwiegender Auffassung ergibt sich der Anspruch auf Fertigstellung des Bauvorhabens gegen die übrigen Eigentümer aus § 21 Abs. 4 WEG, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.³¹ Danach muss das Gebäude allerdings zu mehr als der Hälfte fertiggestellt sein, anderenfalls bestehe ein Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft. In diesem Zusammenhang meint Elzer³², dass der Anspruch nur bestehe, wenn die Fertigstellung dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspreche. Dazu müsse das Ermessen der Wohnungseigentümer reduziert sein. Zudem sei eine Kosten-Nutzen-Analyse erforderlich.

Im Ergebnis ist es folglich an den Wohnungseigentümern, Beschlüsse für den Fortgang der Maßnahmen zu beschließen. Ob bei den Beschlüssen hinsichtlich der Finanzierung die bereits getätigten, oftmals von Erwerber zu Erwerber unterschiedlichen, finanziellen Beiträge zu berücksichtigen sind, wird teils bejaht³³ und teils abgelehnt³⁴ und bedarf daher noch einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung. Vorzugswürdig erscheint die letztgenannte Auffassung, da die Überzahlung nicht ihren Grund im innergemeinschaftlichen Verhältnis, sondern im jeweiligen Erwerbsvertrag hat. Ein Anspruch eines einzelnen Erwerbers auf Berücksichtigung dürfte daher nicht bestehen, es sei denn, die Gemeinschaft macht von § 16 Abs. 4 WEG Gebrauch.³⁵

VI. Ausweg aus dem Bauträgervertrag

Ist der Erwerber am Bauträgervertrag nicht mehr interessiert, kann eine Loslösung äußerst riskant sein. Der bislang in Frage kommende Ausweg über die mögliche Teilkündigung³⁶ ist durch die Neuordnung der nichtanwendbaren Vorschriften in § 650u BGB gesperrt. So wird neben der allgemeinen Kündigungsmöglichkeit nach § 648 BGB auch die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nach § 648a BGB ausgeschlossen.

Dies verschlechtert die Situation der Erwerber in der prekären Situation noch weiter. Zwar hat der Erwerber die theoretische Möglichkeit des Rücktritts nach § 323 BGB oder den Anspruch auf großen Schadensersatz. Mit der Ausübung dieser Rechte entfällt aber die vertragliche Basis und der Auflassungsanspruch aus dem Vertrag sowie die Auflassungsvormerkung werden gegenstandslos.³⁷ Das Vertragsverhältnis wandelt sich in ein Rückgewährschuldverhältnis. Der Erwerber hat im Insolvenzfall ggf. nur noch einen Anspruch, den er zur Insolvenztabelle anmelden kann. Dies hängt insbesondere davon ab, ob die Freistellungserklärung der Bank mit einem Wahl- oder Ersetzungsrecht belegt ist. Erklärt der Erwerber den Rücktritt und ist die Freistellungsvereinbarung mit einer Ersetzungsbefugnis ausgestaltet, wird die Bauträgerbank bei Unmöglichkeit der primär geschuldeten Leistung (Lastenfreistellung) auch von der Erbringung der Ersatzleistung (Rückzahlung) befreit. Dem Erwerber steht nur noch der Weg über die Anmeldung seiner Ansprüche zur Insolvenztabelle zu. Im anderen Fall (Wahlschuld der Bauträgerbank) besteht der Anspruch auf Rückzahlung fort.³⁸

C. Auswirkungen für die Praxis

Der Erwerber ist nach aktuellem Recht im Falle der Bauträgerinsolvenz nicht ausreichend gesichert und der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität der Materie ausgesetzt. Die Beratungssituation für die Rechtsanwälte ist äußerst unbefriedigend, da lediglich Schadensbegrenzung betrieben werden kann. Eine Schadloshaltung ist unmöglich. Eine ausreichende Sicherheit für den Erwerber könnte meines Erachtens nur erreicht werden, wenn die Vorschrift des § 641 BGB, wonach die Vergütung erst bei der Abnahme des Werkes zu entrichten ist, auf die Bauträgerverträge entsprechend Anwendung fände. Zwangsläufig und langfristig würde dies sicher dazu führen, dass die Kaufpreise der Objekte steigen, da die Bauträger ein höheres Risiko und zusätzliche Kosten kalkulieren müssten. Allerdings dürfte dies unter Abwägung der Folgen im Falle der Insolvenz zu vernachlässigen sein.

D. Literaturempfehlungen

Kessler, Die Insolvenz des Bauträgers, RNotZ 2004, 176.

Ampferl, Insolvenz des Bauträgers Teil 1 bis Teil 3, ZWE 2006, 214; ZWE 2006, 268; ZWE 2006, 327.

Fußnoten

- 1) Mock in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 1.
- 2) BGH, Urt. v. 09.03.2006 - IX ZR 55/04 - NZI 2006, 350, 354 m. Anm. Spliedt, jurisPR-InsR 18/2006 Anm. 3; BGH, Urt. v. 10.12.2009 - IX ZR 203/06 - NZI 2010, 190.
- 3) Huber in: MünchKomm InsO, § 103 Rn. 185.
- 4) Kreft in: MünchKomm InsO, § 105 Rn. 36; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl., Rn. 1008.
- 5) Sinz in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 94 Rn. 6.
- 6) Sinz in: Uhlenbruck, InsO, § 94 Rn. 7.
- 7) Kreft in: MünchKomm InsO, § 103 Rn. 35.
- 8) Kessler, RNotZ 2004, 176, 196 f.
- 9) Wegener in: Uhlenbruck, InsO, § 103 Rn. 177.
- 10) Kreft in: MünchKomm InsO, § 103 Rn. 35.
- 11) BGH, Urt. v. 07.02.2013 - IX ZR 218/11 - NZI 2013, 296.
- 12) BGH, Urt. v. 07.02.2013 - IX ZR 218/11 - NZI 2013, 296.
- 13) BGH, Urt. v. 22.09.2005 - VII ZR 117/03 - NJW 2005, 3574 m. Anm. Cranshaw, jurisPR-InsR 2/2006 Anm. 1.
- 14) BGH, Urt. v. 07.02.2013 - IX ZR 218/11 - NZI 2013, 296.
- 15) BT-Drs. 12/2443, S. 141.
- 16) Sinz in: Uhlenbruck, InsO, § 94 Rn. 6.
- 17) BGH, Beschl. v. 26.09.1991 - VII ZR 291/90 - NJW 1992, 435; BGH, Urt. v. 12.04.2007 - VII ZR 50/06 - NJW 2007, 1957 m. Anm. Zepp, jurisPR-PrivBauR 8/2007 Anm. 5.
- 18) Vogel, NJW 2013, 656 m.w.N.
- 19) Sinz in: Uhlenbruck, InsO, § 94 Rn. 7.
- 20) OLG Köln, Urt. v. 13.05.2015 - 11 U 96/14 - ZMR 2016, 66 m. Anm. Döring, jurisPR-PrivBauR 11/2015 Anm. 5; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.03.2010 - I-21 W 8/10 - ZWE 2010, 267.
- 21) Elzer, MietRB 2013, 312; BGH, Urt. v. 25.02.1999 - VII ZR 208/97 - NJW 1999, 1705.

- 22) Elzer, MietRB 2013, 312.

- 23) Elzer, MietRB 2013, 312.

- 24) BGH, Beschl. v. 26.09.1991 - VII ZR 291/90 - NJW 1992, 435; BGH, Urt. v. 12.04.2007 - VII ZR 50/06 - NJW 2007, 1957 m. Anm. Zepp, jurisPR-PrivBauR 8/2007 Anm. 5.

- 25) Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 938.

- 26) Wegener in: Uhlenbruck, InsO, § 103 Rn. 21; Kreft in: MünchKomm InsO, § 103 Rn. 32.

- 27) Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn.1009.

- 28) OLG München, Urt. v. 22.05.2007 - 9 U 3081/06 - BauR 2008, 373.

- 29) BGH, Urt. v. 12.04.2007 - VII ZR 50/06 - BauR 2007, 1227 m. Anm. Zepp, jurisPR-PrivBauR 8/2007 Anm. 5.

- 30) OLG Hamm, Beschl. v. 06.02.1978 - 15 W 345/77, 15 W 346/77 - OLGZ 1978, 184; Ott, NZM 2003, 134, 136; Rix, Der steckengebliebene Bau, 48 ff.; Merle in: Bärmann, WEG, § 22 Rn. 397.

- 31) Elzer in: BeckOK-WEG, § 22 Rn. 343-345; BayObLG, Beschl. v. 20.11.2002 - 22 BR 144/01 - NZM 2003, 66; OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.11.1993 - 20 W 208/92 - WuM 1994, 36.

- 32) Elzer in: BeckOK-WEG, § 22 Rn. 344.

- 33) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 08.03.1979 - 11 W 98/78 - NJW 1981, 466; Bärmann, WEG, § 22 Rn. 402; Vandenhouten in: Niedenführ/Vandenhouten, WEG, § 22 Rn. 222.

- 34) Ott, NZM 2003, 134, 138; OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.03.1991 - 20 W 114/90 - OLGZ 1991, 293.

- 35) Elzer in: BeckOK-WEG, § 22 Rn. 349.

- 36) BGH, Urt. v. 21.11.1985 - VII ZR 366/83 - NJW 1986, 925.

- 37) Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 173.

- 38) BGH, Urt. v. 10.02.2005 - VII ZR 184/04 - NJW 2005, 1356 m. Anm. Nassall, jurisPR-BGHZivilR 16/2005 Anm. 4.