



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Auswirkungen der Bauträger-Insolvenz
auf den Bauträgervertrag“

verfasst von / submitted by

Mag. Alexander Hock

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Dr. Herbert Gartner

1. EINLEITUNG

Es dürfte kaum jemandem entgangen sein, dass wir in Österreich aktuell einen regelrechten „Bauboom“ erleben. Die schon seit Jahren andauernde Niedrigzinspolitik bewirkt einen starken Anstieg des Baugewerbes, was nicht zuletzt die Arbeitslosigkeitsraten bestätigen. Laut den Berechnungen des Arbeitsmarktservice Österreich¹ profitiert etwa die Bauwirtschaft in Wien 2019 von einem Rückgang der Arbeitslosigkeit um 8,1 % im Vergleich zum Vorjahr.

Gerade vor diesem Hintergrund verwundert es doch ein wenig, dass große „Pleiten“ und Insolvenzen in der Baubranche – auch in den letzten Jahren – omnipräsent sind. Dass die Bauwirtschaft auch bei guter Konjunkturlage und nachhaltig positiven Wachstumszahlen vor Insolvenzen nicht gefeit ist, bewies vor allem die Insolvenz des Baukonzerns Alpine hierzulande eindrucksvoll.

Diese Inkohärenz zwischen allgemeiner Wirtschaftslage und Insolvenzanfälligkeit im Baugewerbe rief den Gesetzgeber schon vor mehr als 20 Jahren auf den Plan. Am 01.01.1997 trat das Bauträgervertragsgesetz (BTVG) in seiner ersten Fassung in Kraft mit dem erklärten Ziel, den Erwerberschutz gerade in jenen Konstellationen zu stärken, in denen dem vom Liegenschaftserwerber zu zahlenden Kaufpreis noch keine angemessene bauliche Leistung gegenübersteht, damit also den Erwerber die Insolvenz besonders hart treffen würde.

Den wirtschaftlichen Unwägbarkeiten der Bauindustrie Rechnung getragen wurde ebenso mit Einführung des am 01.01.2007 in Kraft getretenen § 1170b ABGB, wonach der Werkunternehmer vom Bauherrn eine Sicherstellung des vereinbarten Werklohns in Höhe von 20 bzw 40 % einfordern darf. In Anlehnung an die deutsche Bauhandwerkersicherung des § 648a BGB sollte diese – durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG) 2005 eingeführt – Bestimmung die Insolvenzrisiken im Bau- und Baunebengewerbe vermindern.²

¹ <https://arbeitsmarktdatenbank.at/>

² ZRB 2013/1 (Skarics).

Gesetzliche Schutzinstrumente vor Bau-Insolvenzen bekämpfen freilich – medizinisch formuliert – nur die Symptome, nicht jedoch die Ursachen. Im Rahmen meiner Master-Thesis untersuche ich daher die Auswirkungen einer Bauträgerinsolvenz auf den Bauträgervertrag. Zu unterscheiden ist dabei zwischen jenen Bauträgerverträgen, die – und das ist wohl der Regelfall – noch nicht beidseitig erfüllt sind und jenen, die zumindest einseitig bereits vollständig erfüllt sind. Eingehen möchte ich dabei insbesondere auf die Handlungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters, dem im Hinblick auf die Zukunft des Bauprojekts eine entscheidende Bedeutung zukommt. Zu guter Letzt gilt es, um eine möglichst abschließende Übersicht über diese Thematik zu schildern, weitere insolvenzspezifische Besonderheiten im Zusammenhang mit dem BTVG aufzuarbeiten.

1.1. Insolvenzgeneigtheit der Bauindustrie

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob und inwieweit der in der Einleitung geschilderte allgemeine Eindruck der „Insolvenzgeneigtheit“ des Baugewerbes empirisch belegt werden kann.

Die aktuellsten Zahlen aus den ersten drei Quartalen 2019 zeigen grundsätzlich, dass die Zahl der insolventen Unternehmen in Österreich mit insgesamt 3.808 praktisch gleichauf gegenüber dem Vergleichszeitraum des Vorjahres (3.773) ist. Dabei stehen einem neuerlichen kleinen Plus von über einem Prozent bei den Eröffnungen (2.282 Fälle) mit 0,3% praktisch unveränderte mangels Vermögens nicht eröffnete Verfahren gegenüber (1.526 Fälle). Dabei kann man keinesfalls sagen, dass 2019 arm an großen Insolvenzfällen wäre: die Liste der Pleiten mit Passiva über 10 Millionen umfasst bereits 24 Fälle und dabei ist der üblicherweise „heiße“ Insolvenzherbst noch gar nicht ins Land gezogen. Zum Vergleich: Im gesamten Jahr 2018 gab es überhaupt nur 17 Fälle über diesem Schwellenwert. Dennoch gleicht es sich bislang in den Summen aller Verfahren weitgehend aus.³

Insgesamt zeigt sich, dass sich das österreichweite Insolvenzgeschehen wohl auf dem Niveau des Vorjahres einpendeln wird. Die weiterhin aktuelle politische Unsicherheit ist und bleibt aber Gift für die Wirtschaft, die sich in solchen Phasen eher einigelt. Es verbleibt daher

³ <https://www.ksv.at/KSV1870> Insolvenzstatistik Unternehmen QI-III2019 final

der Befund: Ein weiteres Jahr des Wartens und der Ungewissheit scheint vorprogrammiert, beides keine guten Boten für die Insolvenzfront.⁴

Sowohl wien-, als auch österreichweit versammelte dabei die Bauwirtschaft im vergangenen Jahr als „Branchenprimus“ die meisten Insolvenzeröffnungen in sich. So waren es im Jahr 2018 582 eröffnete Fälle mit Passiva in Höhe von Mio EUR 303,7.⁵

Auch die Daten der ersten drei Quartale 2019 liefern diesbezüglich keine Überraschungen. Nach der Anzahl der Fälle liegt die Bauwirtschaft wiederum mit 596 Fällen in den Top drei der insolvenzgeneigten Branchen.⁶ Gemessen an den Passiva liegt die Bauwirtschaft derzeit mit Mio EUR 150,5 gar an zweiter Stelle.

Doch warum ist gerade die Bauwirtschaft derart insolvenzanfällig? Die Bauwirtschaft ist einerseits sehr kleinteilig, und andererseits auch eine Branche mit hohen Verbindlichkeiten. Das hat mit dem Geschäftsmodell und den hohen Bilanzsummen zu tun. Nicht selten war die Bauwirtschaft auch doppelter Spitzenreiter in den Statistiken zu Insolvenzfällen und den Passiva.⁷

Für die – vergleichsweise – hohe Anzahl der Unternehmensinsolvenzen im Baugewerbe sind freilich mehrere Faktoren mitursächlich. Neben der Abhängigkeit von der allgemeinen Marktlage und dem Bestehen von Überkapazitäten sind hier noch (zumindest) zwei weitere Besonderheiten maßgeblich. Zum einen sind hier die Kapitalausstattung der Unternehmen, zum anderen die schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber zu nennen.⁸

Die meisten Unternehmen im Baugewerbe verfügen über eine vergleichsweise „dünne“ Kapitaldecke. Dies ist etwa aus einem Vergleich der Eigenkapitalquote von Unternehmen im Baugewerbe mit der durchschnittlichen Eigenkapitalquote von Unternehmen in Österreich insgesamt ersichtlich. Während nach Berechnungen der KMU Forschung Austria kleine und

⁴ https://www.ksv.at/KSV1870_Insolvenzstatistik_Unternehmen_QI-III2019_HR

⁵ <https://www.ksv.at/media/940/download>

⁶ https://www.ksv.at/KSV1870_Insolvenzstatistik_Unternehmen_QI-III2019_final

⁷ <https://www.ksv.at/media/940/download>

⁸ Ries, Insolvenzen in der Bauindustrie 6.

mittlere österreichische Unternehmen eine durchschnittliche Eigenkapitalquote von 32 % aufweisen, beträgt diese im Bausektor lediglich 26 %. Es zeigt sich, dass Unternehmen des Bausektors eine deutlich geringere Eigenkapitalquote aufweisen, als der Durchschnitt der österreichischen KMUs anderer Wirtschaftszweige.⁹

Anhand der Eigenkapitalquote lässt sich im Allgemeinen die Fähigkeit von Unternehmen, Risiken und Verluste zu tragen, bewerten¹⁰ und ist damit zentraler Indikator für die Bonität von Unternehmen und damit auch für die Kreditbeurteilung.¹¹

Einerseits folgt daraus der Schluss, dass Unternehmen des Baugewerbes tendenziell wohl größere Schwierigkeiten haben, an Fremdkapital zu gelangen. Die Bonität wird schließlich – im Hinblick auf die Eigenkapitalquote – eher gering einzustufen sein. Im Falle „verschärfter“ bzw ungünstiger Finanzierungsbedingungen müssen die Unternehmen sohin eigene Kapitalreserven aufwenden, um das laufende Geschäft und allenfalls notwendige Investitionen zu finanzieren. Dementsprechend nahe liegt, dass Unternehmen mit geringer Eigenkapitalquote von nicht einkalkulierten Risiken, wie etwa einer größeren Verlustbaustelle oder auch verzögerter Zahlungen, erheblich getroffen werden.¹²

Ein weiterer Grund für die hohe Anzahl an Unternehmensinsolvenzen im Baugewerbe ist die Zahlungsmoral bzw die Dauer der Rechnungsbegleichung, die wiederum negative Auswirkungen auf die Liquidität hat. Je länger der Zeitraum zwischen Rechnungslegung, die nach allgemeinem Werkvertragsrecht erst nach Leistungserbringung erfolgt, desto länger wird freilich die Leistung durch den Auftragnehmer vorfinanziert. Dies hat in der Regel Folgen für alle Nachunternehmer in der Leistungskette, da die Kapitaldecke der einzelnen Unternehmen häufig so dünn ist, dass sie ihre Nachunternehmer erst bezahlen können, wenn sie selbst ihren Werklohn von ihrem Auftraggeber erhalten haben.

⁹ <https://www.kmuforschung.ac.at/zahlen-fakten/kmu-daten/>

¹⁰ Beurteilung der Bonität von Unternehmen, Broschüre der Deutschen Bundesbank, 13.

¹¹ Reize/Zimmermann, KfW Research Nr 36, Juni 2008, 2; Ries, Insolvenzen in der Bauindustrie 6.

¹² Ries, Insolvenzen in der Bauindustrie 6.

Laut einer Erhebung der Wirtschaftsauskunftei CRIF Österreich hat sich das Zahlungsverhalten der österreichischen Unternehmen von 2016 auf 2017 leicht verbessert. Der Anteil der Unternehmen mit eröffneten Inkassofällen sei im Erhebungszeitraum von 3,78 % auf 3,75 % zurückgegangen. CRIF hat in der Erhebung auch die drei Branchen Bau, Handel und Gastronomie verglichen, wo es erfahrungsgemäß zu den meisten Zahlungsausfällen kommt. Das Ergebnis: Der durchschnittliche Mahnbetrag betrug 2017 zwischen EUR 800 und EUR 1.400. Wie bereits 2016 wurden auch 2017 die meisten Inkassofälle zwar im Handel eröffnet. Im Negativranking folgen aber sogleich Bauunternehmen. Beispielsweise in Wien hätten 9,42 % aller Bauunternehmen eröffnete Inkassofälle. Im Branchenvergleich waren es im ersten Halbjahr 2018 Wiener Bauunternehmen, die das schlechteste Zahlungsverhalten an den Tag legten. Der Anteil der Firmen mit eröffneten Inkassofällen lag hier bei 5,61 %.¹³

Es ist somit erkennbar, dass Unternehmen im Bausektor von vergleichsweise längeren, nicht selten auch unfreiwillig eingeräumten Zahlungszielen betroffen sind.

Die vorgenannten Daten betreffen freilich größtenteils die gesamte Bauwirtschaft. Aussagekräftige (Insolvenz-)Daten, die spezifisch das Bauträgergewerbe im Blick haben, gibt es nicht. Dennoch besitzen sie auch in Bezug auf das Bauträgergewerbe Aussagekraft. Gemäß § 117 Abs 4 Gewerbeordnung (GewO) umfasst der Tätigkeitsbereich des Bauträgers „die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch berechtigt diese Gebäude zu verwerten.“

Nach dem Berufsbild des Bauträgers trägt dieser die umfassende und unteilbare Verantwortung für alle Aspekte des Bauvorhabens, egal ob technisch, rechtlich oder wirtschaftlich. Im Bauträger konzentriert sich außerdem die gesamte Organisation des Bauvorhabens. Übernimmt er die Leistungen anderer Gewerbe wie Planung oder Ausführung, entsteht daraus keine Teilung, sondern nur eine Ergänzung seiner Verantwortlichkeit mit der Gefahr von

¹³ <https://www.crif.at/pr-events/pressemitteilungen/2018/august/29/crif-erhebung-leichte-verbesserung-der-zahlungsmoral-oesterreichischer-unternehmen/>

Interessenkollisionen.¹⁴ Im Berufsbild des Bauträgers konzentriert sich daher gewissermaßen die Bauwirtschaft. Aus den erwähnten Statistiken lassen sich insofern auch Rückschlüsse auf die prinzipielle Insolvenzgeneignetheit der Bauträgerbranche ziehen.

Zusammenfassend kann daher vorläufig festgehalten werden, dass die Anzahl an Unternehmensinsolvenzen in der Baubranche signifikant höher ist in anderen Wirtschaftsbereichen. Wenn freilich jeder Insolvenzfall im Detail eigenständig zu bewerten ist, so zeigt sich dennoch, dass vor allem die niedrigen Eigenkapitalquoten und die schlechte Zahlungsmoral gerade in der Baubranche durchaus ausgeprägt und damit einer gesunden wirtschaftlichen Lage sicherlich nicht zuträglich sind.

2. DAS BAUTRÄGERVERTRAGSGESETZ (BTVG) UND ANDERE ERWERBERSCHUTZINSTRUMENTE

Nachdem die besonderen Merkmale des Baugewerbes geschildert wurden, die – im Vergleich zu anderen Branchen – eine höhere Zahl an Insolvenzen mit sich bringen, ist nun ein Blick auf die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen zu werfen. Wie bereits ausgeführt, versuchte der Gesetzgeber vor allem mit dem Bauträgervertragsgesetz, die nachteiligen Insolvenzfolgen für die Erwerber so gut wie möglich einzudämmen.

Vorrangiges Ziel des BTVG ist die Absicherung des Vorauszahlungsrisikos des Erwerbers von Eigentum oder von Nutzungsrechten an noch nicht fertiggestellten Objekten. Insoweit handelt es sich um privatrechtlichen Konsumentenschutz (etwa auch Ausweitung des Rücktrittsrechts des Erwerbers), der sich insbesondere in Richtung Bestreben zur ausgewogenen und fairen Verteilung der Risiken und Lasten sowie am Transparenzgebot orientiert. Das Gesetz soll den Erwerber vor allem vor dem Verlust seiner Vorleistungen, insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauträgers schützen. Erreicht soll dies dadurch werden, dass Ansprüche auf Zahlungen eines Erwerbers vor Fertigstellung des Vertragsobjekts von Gesetzes wegen erst dann fällig sein sollen, wenn der Bauträger den Erwerber gegen den Verlust seiner

¹⁴ Skript Projektentwicklung und Projektmanagement (Kallinger) 9.

Zahlungen sichergestellt hat, wobei die hierfür vorgesehenen Bestimmungen im Verbrauchergeschäft zwingend sein sollen. Es trägt aber auch dem Interesse der Bauträger Rechnung, indem die Vorfinanzierung durch den Erwerber (als oft wichtige Voraussetzung für eine wirtschaftliche rentable Unternehmertätigkeit) grundsätzlich weiterhin zugelassen wird. Die damit bewirkte Verringerung der Finanzierungskosten kommt letztlich auch dem Erwerber zugute. Dabei werden verschiedene Systeme zur Sicherung der vom Erwerber geleisteten Vorauszahlungen vorgesehen, allerdings mit durchaus unterschiedlichem Erfolg.¹⁵

Bauträgerverträge sind Verträge über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen (§ 2 Abs 1 BTVG). Das BTVG selbst ist dabei – wenn der Erwerber Verbraucher iSd Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) ist, verpflichtend – auf jene Bauträgerverträge anzuwenden, „bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 Euro pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 2 Abs 7 und § 7 WEG 2002) an den Bauträger oder an Dritte entrichten muss. Dabei sind auch solche Zahlungen an den Bauträger oder an Dritte zu berücksichtigen, die der Erwerber für vom Bauträger angebotene oder vorgegebene Sonder- oder Zusatzleistungen entrichten muss“ (§ 1 Abs 1 BTVG).

Der Bauträgervertrag als solcher war der Vertragspraxis natürlich schon vor Inkrafttreten des BTVG (BGBl I 1997/7), vor allem in Verbindung mit der grundbücherlichen Sicherung und Vereinbarung der Zahlung nach Baufortschritt, bekannt und wurde schon vor Inkrafttreten des BTVG als besonders risikoreich eingestuft. Gerät der Bauträger in Insolvenz und war der Erwerber einer Liegenschaft, Wohnung, Reihenhaus etc, bereits in Vorleistung getreten, so stellen seine Forderungen gegen den Bauträger bloße Insolvenzforderungen dar, die – wenn überhaupt – nur anteilig befriedigt werden.¹⁶

¹⁵ Würth in Rummel, ABGB³ Vor § 1 BTVG mwN (Stand 1.1.2003, rdb.at).

¹⁶ Siehe RV 312 BlgNR 20.GP 10; Zu Risiken und Finanzierung, vgl auch Noichl, Der private Bauträger im österreichischen und deutschen Recht (2010) 18ff; Pittl, BTVG Vor § 1 BTVG.

Mit dem BTVG¹⁷ wurde schließlich aber ein gesetzlicher, zugunsten von Erwerbern als Verbrauchern zwingender Mindeststandard hinsichtlich der Gestaltung von Bauträgerverträgen geschaffen. Hier sind insbesondere der zu vereinbarende Mindestinhalt des Bauträgervertrags (§ 4 BTVG), besondere Rücktrittsrechte (§§ 5 f BTVG), ein spezieller Rückforderungsanspruch des Erwerbers (§ 14 BTVG) sowie vor allem bestimmte Sicherungsmodelle, die einzeln oder in Kombination dem jeweiligen Vertrag zugrunde zu legen sind.¹⁸

Aufgrund des erklärten Gesetzeszwecks des BTVG sowie dem Verweis auf die Bestimmungen des KSchG in seinem § 1 Abs 2, kann das BTVG als Verbraucherschutzgesetz bezeichnet werden. Die meisten Normen des BTVG fußen auf (allgemeinem) Zivilrecht, vor allem auf dem Schuld- und Sachenrecht. Außerdem weist das Gesetz vielerorts Verbindungen zum Exekutions- und Insolvenzrecht auf. Mit § 17 BTVG hat auch eine dem Verwaltungsstrafrecht zuzuordnende Bestimmung Eingang in das BTVG gefunden.

Als zusätzliches Erwerberschutzinstrument vor Inkrafttreten des BTVG ist vor allem die für die (treuhändige) Abwicklung von Liegenschaftskaufverträgen bedeutsame Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung nach den §§ 53 ff GBG zu erwähnen, die nach Maßgabe des § 56 Abs 3 GBG die Insolvenzfestigkeit des Eigentumserwerbs des Käufers sicherstellen kann. Diese Anmerkung kann nunmehr auch zugunsten einer bestimmten Person („Namens-Rangordnung“) beantragt und ausgestellt werden - auch eine sogenannte „Treuhänder-Rangordnung“ zugunsten eines, eben als Treuhänder agierenden Notars oder Rechtsanwalts, ist zulässig. Diese Anmerkung lässt sich ebenso mit rangwahrender Wirkung auf eine andere Person übertragen.¹⁹ Die Anmerkung schützt den Erwerber einer Liegenschaft insbesondere vor nach der Anmerkung erfolgten Verfügungen des Liegenschaftseigentümers (zB Doppelverkauf)²⁰. Der Erwerber hat sodann die Möglichkeit, mit dem Rechtserwerb sämtliche im Rang nach der Anmerkung eingetragene Verfügungen löschen zu lassen.

¹⁷ Degelsegger, WoBl 1997, 1; Böhm, immolex 1997, 50.

¹⁸ Pittl, BTVG Vor § 1.

¹⁹ vgl Verweijen in Kodek, Grundbuchsrecht^{1.01} (1.5.2009) § 35 GBG Rz 18 ff (Stand 1.5.2009, rdb.at).

²⁰ vgl Pittl, BTVG Vor § 1.

Aus wohnungseigentumsrechtlicher Perspektive kam dem Wohnungseigentumsbewerber (also demjenigen, dem schriftlich, sei es auch bedingt oder befristet, von einem Wohnungseigentumsorganisator die Einräumung von Wohnungseigentum an einem bestimmt bezeichneten wohnungseigentumstauglichen Objekt zugesagt wurde – vgl § 2 Abs 6 WEG 2002) bereits im Regime des WEG 1975 durch eigene insolvenzrechtliche Sonderbestimmungen ein gewisser Schutz zugute. Dementsprechend lag auch nach der Wohnrechtsnovelle 2006 das Schwergewicht des wohnungseigentumsrechtlichen Erwerberschutzes auf der Rangwahrung (vgl §§ 40 Abs 2 bzw 42 WEG) und klagsweiser Erzwingbarkeit der Einverleibung nach Maßgabe des § 43 WEG, der Ermöglichung der Fertigstellung der Wohnungseigentumsanlage und der Bereitstellung der dafür notwendigen zusätzlichen Finanzierung.²¹ Ein Verbot der Annahme von Vorauszahlungen außerhalb des BTVG sieht auch § 37 Abs 1 WEG vor: Vor Eintragung der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG werden die vereinbarten Zahlungen des Wohnungseigentumsbewerbers nicht fällig. Entgegen diesem Verbot angenommene Zahlungen können – mit einem den Basiszinssatz (§ 1 Abs. 1 1. Euro-JuBeG) um sechs Prozentpunkte übersteigenden Zinssatz – zurückgefordert werden.²²

Im Sinne des § 1 IRÄG 1982 wird einem Wohnungseigentumsinteressenten, dem die Einräumung von Miet- oder sonstigen Nutzungsrechten schriftlich zugesichert wurde und der dem Bauträger hierfür Vorauszahlungen leistete, bei Insolvenz des Bauträgers ein gesetzliches Pfandrecht an der Liegenschaft bzw am Baurecht des Bauträgers zum Zweck der Sicherung seiner Rückzahlungsforderung eingeräumt.²³ Dieses gesetzliche Pfandrecht berührt allerdings die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Pfandrechte nicht und hat daher als nachrangiges Pfandrecht in der Regel kaum eine realistische Chance auf Befriedigung.²⁴

All diesen zusätzlichen Erwerberschutzbestimmungen ist gemein, dass sie zwar die Rückzahlungsansprüche des Erwerbs in der Insolvenz des Bauträgers nicht unmittelbar und direkt

²¹ Pittl, BTVG Vor § 1.

²² zur Frage der Insolvenzfestigkeit der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum vor Inkrafttreten des WEG 2002, vgl Wilhelm, ecolex 1997, 557.

²³ dazu Meinhardt, WuS 1982, 37; Wilhelm, ecolex 1996, 729; Gartner, Musterverträge im Rahmen des BTVG, 40f.

²⁴ vgl Böhm, immolex 1997, 51; Pittl, BTVG Vor § 1; siehe auch RV 312 BlgNR 20. GP 10.

schützen, wohl aber bei Vorliegen aller notwendigen Voraussetzungen Schutz hinsichtlich der Sicherung des Rechtserwerbs gewährleisten. Im Anwendungsbereich des BTVG kommt insofern dem Erwerber, dem die Einräumung von Wohnungseigentum schriftlich zugesagt wurde, durch die zusätzlichen Schutzmechanismen des WEG ein „doppelter“ Schutz zugute. Das BTVG in seiner Stammfassung hat sich vielfach bewährt. In einigen Fällen hat sich jedoch auch gezeigt, dass der gesetzlich intendierte Schutz der Erwerber durchaus lückenhaft ist. In seiner von der Arbeiterkammer Tirol in Auftrag gegebenen Untersuchung „Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf?“ machte Univ.-Prof. Dr. Böhm einige Schwachstellen des Gesetzes aus, die nach den Forderungen der Interessenvertreter, insbesondere der Arbeiterkammer, geschlossen werden sollten. So kam es etwa bei vereinbarter grundbücherlicher Sicherstellung zu Baueinstellungen und -verzögerungen sowie damit einhergehenden Zusatzkosten. Projektfinanzierende Banken stimmten weiters Lastenfreistellungen nicht zu.²⁵ Auf dieser Grundlage sowie nach Beratungen der Ergebnisse dieses Gutachtens mit einer Arbeitsgruppe, bestehend aus Verbrauchervertretern, Vertretern der Bau- und Immobilienwirtschaft, der Sozialpartner, der rechtsberatenden Berufe und der Rechtswissenschaft und nach Ablauf eines Begutachtungsverfahrens wurde das BTVG im Jahre 2008 novelliert. Der Gesetzgeber beschränkte sich dabei bewusst auf die Lösung bloß der wichtigsten Probleme, um die im Ergebnis den Käufern aufzubürdenden Kosten nicht unangemessen zu vergrößern.²⁶

Die von der Novelle geschlossenen Lücken betreffen insbesondere die gesetzlich vorgegebenen Vertragsinhalte. Diese Änderungen sollten in der Praxis zu verständlicheren Verträgen beitragen. Dabei sollte im Besonderen klargestellt werden, welche Zahlungen des Erwerbers an dritte Professionisten dem Regelungsregime des BTVG unterliegen. Zudem sollten die Rücktrittsrechte des Erwerbers besser ausgestaltet werden, vor allem durch eine Verlängerung der Rücktrittsfrist auf 14 Tage.²⁷

Weiterer Schwerpunkt der Novelle waren die Sicherungsinstrumente. Insbesondere das grundbücherliche Sicherungsmodell in Verbindung mit der ratenplanmäßigen Auszahlung

²⁵ Böhm, Lücken im Erwerberschutz beim Wohnungskauf? (2004).

²⁶ siehe dazu RV 432 BlgNR 23. GP3.

²⁷ Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008) Allgemeines.

sollte verfeinert werden. Es sollte den wirtschaftlichen Risiken und „Reibungsverlusten“, die aus einem allfälligen Baustopp in der Insolvenz des Bauträgers entstehen, begegnet werden. Die einzelnen Raten wurden daher so umgestaltet, dass den Erwerber infolge derartiger Reibungsverluste keine zusätzlichen Zahlungspflichten treffen. Bei Wahl des Ratenplans A hat der Bauträger nunmehr das verbleibende Risiko des Erwerbers durch eine Zusatzsicherheit abzusichern, sofern die Wohnung der Befriedigung eines dringenden Wohnbedürfnisses dient. Im Ratenplan B wurden die jeweiligen Raten so ausgestaltet, dass „Reibungsverluste“ weitgehend abgefangen werden.²⁸

2.1. BTVG-Sicherungsinstrumente

„Herzstück“ des BTVG ist gewiss die verpflichtende Sicherstellung des Erwerbers gegen den Verlust seiner Zahlungen bzw die Sicherstellung der Erfüllung des Bauträgervertrags. Das Gesetz gibt dabei drei Alternativen vor: das schuldrechtliche, das grundbücherliche und das pfandrechtliche Sicherungsmodell. Letzteres kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch weitestgehend außer Acht gelassen werden, da es aus Kostengründen in der Praxis kaum Anwender findet. Gesichert werden beim schuldrechtlichen und pfandrechtlichen Modell die Rückzahlungsansprüche des Erwerbers, beim grundbücherlichen Modell der Anspruch des Erwerbers auf Verschaffung des vertraglich geschuldeten Objekts und der vertraglich geschuldeten Rechtsposition.

Daneben finden sich im novellierten § 7 Abs 6 BTVG drei Sondersicherungsmodelle: die Tätigkeit einer Gebietskörperschaft als Bauträger, die wohnbauförderte Errichtung eines Bauträgerprojekts, bei dem die Objekte den jeweiligen Erwerbern in Bestand gegeben werden und bei denen die Bonität des Bauträgers geprüft und bestätigt sowie durch Haftungserklärung abgesichert wurde und das sogenannte „Bauträgerbankkonto“ gemäß § 7 Abs 6 Z 3 BTVG.

Die Sicherungspflicht trifft den Bauträger, der im Rahmen der Gestaltung des Bauträgervertrags über die Wahl des Sicherungsmittels in der Regel frei entscheidet. Es ist auch zulässig,

²⁸ Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008) Allgemeines; Pittl, BTVG Vor § 1.

mehrere Sicherungsmittel zu kombinieren. Die Sicherungspflicht umfasst dabei sämtliche Zahlungen, die der Erwerber „auf Grund des Bauträgervertrags“ geleistet hat. Mit dem Verweis des § 7 Abs 1 BTVG auf seinen § 1 Abs 1 ist klargestellt, dass davon auch jene Zahlungen umfasst sind, die der Erwerber an vorgegebene Dritte zu leisten hat. Vor Einräumung der Sicherheit werden Zahlungen an den Bauträger keinesfalls fällig.

2.1.1. Schuldrechtliche Sicherung

Allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers können durch eine ihm eingeräumte Garantie oder eine geeignete Versicherung gesichert werden (§ 8 Abs 1 S 1 BTVG).

Diese durch die Novelle 2008 neu gefasste Bestimmung stellt klar, dass vor allem die Bankgarantie nur auf den Namen des Erwerbers ausgestellt werden darf. Eine auf den Namen eines allfälligen Treuhänders ausgestellte Bankgarantie erfüllt sohin nicht die gesetzlichen Anforderungen. Explizit offen gelassen hat der Gesetzgeber²⁹ aber die Möglichkeit der treuhänderischen Verwahrung einer auf den Namen des Erwerbers lautenden Bankgarantie. In der Praxis ist eine derartige Ausgestaltung durchaus mit einem Haftungsrisiko des Treuhänders verbunden, wenn dieser die Garantie nicht bedingungslos auf Aufforderung des Begünstigten ausfolgt.

Das Wesen einer Bankgarantie liegt vor allem darin, dass das Bankinstitut dem Begünstigten ohne nähere Überprüfung auf die bloße Behauptung des Eintritts des Garantiefalles die Zahlungen leisten muss. Jedwede Einwendungen sind grundsätzlich ausgeschlossen. Auszahlungen können lediglich in Fällen der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des Begünstigten verweigert werden. Von rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Begünstigten ist nach der Judikatur dann die Rede, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis besteht. Der Schädigungszweck muss dabei augenscheinlich im Vordergrund stehen und die anderen Ziele der Rechtsausübung völlig verdrängen.³⁰

²⁹ RV 432 GP 23.

³⁰ OGH 1 Ob 66/04v = bbl 2004/175.

Die Inanspruchnahme der Bankgarantie (oder einer der Bankgarantie gleichgestellten Garantie eines Versicherungsunternehmens) bewirkt gemäß § 8 Abs 5 BTVG ex lege die Auflösung des Bauträgervertrags. Einer gesonderten Rücktrittserklärung gegenüber Bauträger oder Treuhänder bedarf es daher nicht.

Einschränkend auszulegen ist § 8 Abs 5 S 2 BTVG allerdings dahingehend, dass es zu einer ex-lege-Vertragsauflösung wohl dann nicht kommen kann, wenn dem Erwerber eine „echte“ Fertigstellungsgarantie iSd § 8 Abs 2 BTVG eingeräumt wurde.³¹ § 8 Abs 2 BTVG regelt nicht den Umfang einer solchen Fertigstellungsgarantie, sondern ordnet als Zusatzvoraussetzung an, dass jedenfalls auch die Rückforderungsansprüche des Erwerbers gesichert werden müssen; denkbar ist daher sowohl die Garantie der Bereitstellung jener Geldsumme, die voraussichtlich für die Fertigstellung des Bauvorhabens aufzubringen sein wird als auch die Garantie der tatsächlichen Fertigstellung selbst. Jedenfalls hat die Fertigstellungsgarantie vorzusehen, dass auch die Rückforderungsansprüche umfasst sind, weshalb ihr ebenso die Funktion einer „normalen“ Garantie im Rücktrittsfall zukommen muss.³² Tritt also der Erwerber vor Inanspruchnahme der Fertigstellungsgarantie nicht selbst vom Vertrag zurück, ist davon auszugehen, dass der Vertrag nicht ex-lege aufgelöst wird, soll doch mit der Fertigstellungsgarantie selbst die tatsächliche Fertigstellung des Objekts gesichert werden.

2.1.2. Grundbücherliche Sicherung

Ziel der grundbücherlichen Sicherstellung gemäß § 9 BTVG ist – im Gegensatz zur schuldrechtlichen Sicherung – nicht die Sicherung des Rückforderungsanspruchs, sondern des Interesses des Erwerbers am Erwerb des Vertragsobjekts.³³ Dieses Modell ist auf jene Bauträgerverträge beschränkt, die den Erwerb des Eigentums, Wohnungseigentums und des Baurechts zum Gegenstand haben und ist stets in Verbindung mit der ratenplanmäßigen Auszahlung gemäß § 10 BTVG anzuwenden.

³¹ Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008) § 8 Rz 9.

³² Böhm, Studie 80 f; Engin-Deniz, BTVG² § 8 Rz 7.

³³ Böhm, wobl 1999, 109; Fellner, NZ 1999, 3; 8 Ob 42/04s = EvBl 2005/14.

Gesetzliche Festlegungen, welche bürgerliche Sicherstellung als ausreichend iSd § 10 Abs 1 BTVG anzusehen ist, gibt es nicht. Nur bei Erwerb von Wohnungseigentum sieht das Gesetz als „Mindestsicherung“ die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG vor. Die Einverleibung von Eigentum wird somit stets ausreichend sein.³⁴

Die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum ist, wenn zugunsten des Erwerbers auch das schlichte Miteigentum einverleibt wurde, mit diesem Miteigentumsanteil untrennbar verbunden. Eine selbständige Verfügung über die Anwartschaft gemäß § 40 Abs 2 WEG ist damit ausgeschlossen, auch für den Fall der Zuschlagserteilung im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens. Hier kommt es zu einem vollständigen Rechtsübergang der Position des angemerkten Wohnungseigentumsbewerbers auf den Ersteher gemäß § 156 EO.³⁵ Wird daher ein Liegenschaftsanteil (zwangs)versteigert, geht das Anwartschaftsrecht gleich dem Eigentum an einem Zubehörstück mit dem Zuschlag auf den Ersteher über.³⁶ Die insofern insolvenzfesten Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum (siehe dazu unten Punkt 4.6) schützt das Recht des Erwerbers auf Wohnungseigentumsbegründung und kann nötigenfalls gegen jeden (späteren) Eigentümer gerichtlich durchgesetzt werden.

Neben der grundbücherlichen Sicherstellung hat der – bei Wahl des grundbücherlichen Sicherungsmodells verpflichtend zu bestellende – Treuhänder (§ 12 BTVG) auch für die Herstellung der Lastenfreiheit der jeweiligen Miteigentumsanteile bzw der Sicherstellung der künftigen Lastenfreiheit zu sorgen. Wenn auch der Gesetzeswortlaut (§ 9 Abs 3 BTVG) vermuten lässt, dass eine obligatorische Lastenfreistellungsvereinbarung zwischen Bauträger und projektfinanzierendem Hypothekargläubiger ausreicht, sprach sich der OGH gegen diese Annahme aus. In seiner Entscheidung 8 Ob 57/15p schloss sich der OGH dem überwiegenden Teil der Lehre an und entschied, dass der Treuhänder vor der ersten Auszahlung der Rate laut Ratenplan in Besitz einer derartigen Löschungserklärung der Bauträgerfinanzierungsbank sein, die auch eine Aufsandungserklärung enthält.³⁷

³⁴ vgl OGH 6 Ob 89/04p mwN.

³⁵ *Aufner/Bydlinski*, BTVG² (2008) § 9 Rz 5.

³⁶ OGH 5 Ob 273/05s = immolex 2006/75 = NZ 2006/657 [GBSlg]; *Angst in Angst*, EO § 133 Rz 27.

³⁷ *Pittl*, BTVG² 101 f mwN.

Eine Einschränkung der Freistellungsverpflichtung besteht nur hinsichtlich jener Beträge, die der Erwerber trotz Fälligkeit noch nicht geleistet hat. Der durchaus problematischen Ansicht eines Teils der Lehre, dass sich der Pfandgläubiger nur hinsichtlich jener Beträge zur Freistellung zu verpflichten hat, die er bereits erhalten hat, wurde mit der Novelle 2008 und Neufassung des § 9 Abs 3 BTVG ein Riegel vorgeschoben.³⁸

§ 9 Abs 1 BTVG bestimmt, dass bei Wahl des grundbücherlichen Sicherungsmodells der Kaufpreis nur ratenplanmäßig iSd § 10 BTVG ausgezahlt werden kann. § 10 BTVG stellt den Anwendern zwei verschiedene Ratenpläne (Ratenplan A, § 10 Abs 2 Z 1; Ratenplan B, § 10 Abs 2 Z 2) zur Verfügung, nach denen der Treuhänder die Teil-Auszahlungen an den Bauträger vorzunehmen hat. Sinn des Ratenplanmodells ist somit die Schaffung einer Balance zwischen den Zahlungen des Erwerbers und der Erhöhung des Wertes der Liegenschaft durch die zwischenzeitig erbrachten Bauleistungen des Bauträgers.³⁹ Vorleistungspflichtig für den jeweiligen Bauabschnitt bleibt jedoch der Bauträger.

Bezüglich des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnitts verweisen die Materialien⁴⁰ auf die allgemeine Verkehrsauffassung in der Baubranche. Die Kontrollen des Baufortschritts sollen keine „Qualitätskontrollen“ darstellen, sondern nur die Sicherung des Erwerbers durch den Wertzuwachs der Liegenschaft aufgrund der Bauarbeiten gewährleisten. Das BTVG sichert demnach nicht das Gewährleistungsrisiko, was auch der eigens vorgesehene Haftrücklass in den Ratenplänen bestätigt.⁴¹ Nach den ErlRV aus dem Jahre 1997 sollen geringfügige Mängel die Beurteilung der Fertigstellung eines Bauabschnitts nicht hindern. Bei „gravierenden“ Mängeln hingegen kann ein Bauabschnitt nicht positiv beurteilt werden, hier könne schon nach der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht von dem Erreichen eines bestimmten Fertigstellungsgrades gesprochen werden. Als Beispiel, welcher Mangel als „gravierend“ iSd BTVG einzustufen ist, nennen die Materialien den Fall der Unverhältnismäßigkeit des zur

³⁸ Aufner/Bydlinski, BTVG² (2008) § 9 Rz 7.

³⁹ Böhm/Pletzer in Schwimann IV² § 10 BTVG Rz 3; ErläutRV 312 BlgNR 20. GP 21.

⁴⁰ RV 312 BlgNR 20 GP 22.

⁴¹ vgl Pittl, BTVG² § 10 117.

Mängelbehebung erforderlichen Aufwands im Verhältnis zu den für den jeweiligen Bauabschnitt zu entrichtenden Zahlungen.⁴²

Die Feststellung des Abschlusses eines Bauabschnitts obliegt grundsätzlich dem Treuhänder, doch ist dieser aufgrund der für gewöhnlich mangelnden technischen Expertise regelmäßig gut beraten, einen für Hochbau zuständigen Ziviltechniker, einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Bauwesen oder eine im Rahmen der Förderung des Bauvorhabens tätigen inländische Gebietskörperschaft beizuziehen (§ 13 Abs 2 BTVG).

3. INSOLVENZERÖFFNUNG

Der „Probe auf das Exempel“ unterliegen die verschiedenen Sicherungsinstrumente insbesondere, wenn der Erwerber einem insolventen Bauträger gegenübersteht. Freilich wirkt sich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht nur auf die Gläubiger, sondern zunächst vor allem auf den Schuldner selbst aus und bringt drastische Einschnitte in deren Rechtspositionen mit sich. Die Insolvenzeröffnung ist daher nur unter bestimmten, gesetzlich klar definierten Voraussetzungen zulässig.

Neben gewissen formellen Voraussetzungen, wie zum Beispiel der Antragstellung durch eine hierfür legitimierte Person (Gläubiger bzw der Schuldner selbst), kennt die österreichische Insolvenzordnung (IO) zwei materielle Insolvenzgründe: Einerseits die Zahlungsunfähigkeit, andererseits die Überschuldung. Letzterer Insolvenzgrund betrifft ausschließlich juristische Personen, Verlassenschaften und eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist („kapitalistische Personengesellschaften“). Für Bauträger wird daher auch der Insolvenzgrund der Überschuldung regelmäßig anwendbar sein.

Der IO kann keine exakte Begriffsdefinition der Zahlungsunfähigkeit entnommen werden. Nach § 66 Abs 2 IO ist „Zahlungsunfähigkeit ... insbesondere anzunehmen, wenn der

⁴² RV 312 BlgNR 20 GP 22.

Schuldner seine Zahlungen einstellt.“ Nach ständiger Rechtsprechung liegt Zahlungsunfähigkeit dann vor, „wenn der Schuldner durch dauernden Mangel an flüssigen Mitteln nicht im Stande ist, alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen“.⁴³ Mit Aufnahme des Elements der Dauerhaftigkeit wird die Trennlinie zur – keinen Insolvenzgrund bildenden – bloßen Zahlungsstockung gezogen. Auf die Frage, wann die Grenze der Dauerhaftigkeit als überschritten gilt, soll in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden.

Die in § 67 Abs 1 IO normierte Überschuldung ist streng genommen bereits dann gegeben, wenn die Passiven die Aktiven übersteigen. Nachdem dies alleine kein den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasster Bewertungsmaßstab sein kann, besteht die Judikatur zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf eine hinzutretende negative Fortbestehensprognose: *„Diese (Anm.: Überschuldung) ist nicht schon bei Überwiegen der Passiven über die Aktiven anzunehmen (buchmäßige Überschuldung), weil sonst auch wirtschaftlich durchaus gesunde, aber fremdfinanzierte Unternehmen insolvenzrechtlich überschuldet wären. Zur rechnerischen Überschuldung (Überschuldungsstatus nach Liquidationswerten) muss eine ungünstige Fortbestehensprognose hinzutreten, die eine künftige Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinlich erscheinen lässt. Der Vorwurf schuldhafter Unkenntnis der Überschuldung im Sinne des erläuterten insolvenzrechtlichen Begriffsinhalts setzt den tatsächlichen Eintritt der Überschuldung voraus.“*⁴⁴

Können die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens aus dem schuldnerischen Vermögen gedeckt werden oder wird rechtzeitig ein entsprechender Kostenvorschuss erlegt (§ 71a IO), wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Rechtswirkungen der Eröffnung treten mit Beginn des Tages ein, der der öffentlichen Bekanntmachung des Edikts folgt (§ 2 Abs 1 IO). Mit diesem Zeitpunkt verliert der Schuldner die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über das massezugehörige Vermögen, die damit dem gerichtlich zu bestellenden Insolvenzverwalter übertragen wird. Für die Insolvenzverfahren von Unternehmern (Bauträgern) sind die Gerichtshöfe erster Instanz sachlich zuständig (§§ 63 f IO). Das Insolvenzgericht hat bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Amts wegen einen Insolvenzverwalter zu bestellen (§ 80

⁴³ bspw RIS-Justiz RS0118268.

⁴⁴ siehe etwa OGH 6 Ob 235/99y = SZ 73/37.

Abs 1 IO). Unterschieden wird bei Insolvenzverwaltern zwischen Sanierungsverwaltern (Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung) und Masseverwaltern (Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung sowie Konkursverfahren).

4. BAUTRÄGERVERTRAG UND INSOLVENZ – DER BEIDSEITIG UNERFÜLLTE BAUTRÄGERVERTRAG

Wie bereits erörtert, soll das BTVG Erwerber von Wohn- und Geschäftsräumen, die Vorauszahlungen an den Bauträger leisten, vor den Folgen einer Insolvenz des Bauträgers bestmöglich schützen. Wenngleich die gesetzlichen Vorkehrungen eine nicht zu unterschätzende Stütze darstellen, so ergeben sich in der Abwicklung einige Problemfelder, die im Rahmen dieser Arbeit dargestellt werden sollen. Insbesondere soll geklärt werden, wie sich § 21 IO in das Regelungsregime des BTVG einordnet.

§ 21 Abs 1 IO: „Ist ein zweiseitiger Vertrag von dem Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.“

Ein Vertragspartner ist (bloßer) Insolvenzgläubiger, wenn er seine Leistung bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht hat, die Gegenleistung des nunmehr insolventen Schuldners aber noch ausständig ist. Obwohl er seine Pflichten vollständig erfüllt hat, trifft ihn das Vorleistungsrisiko: Er muss sich mit einer quotenmäßigen Befriedigung seiner Ansprüche begnügen. Hat hingegen der Schuldner bereits vollständig erfüllt, der Gläubiger aber noch nicht, so hat letzterer dennoch die vollständige Gegenleistung zu erbringen.

Besonderes gilt allerdings, wenn zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beide Seiten einen zweiseitigen Vertrag noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt haben. In derartigen Fällen wäre es unbillig, vom solventen Teil die vollständige Erfüllung seiner Pflichten zu verlangen und diesen sodann auf eine bloße Quote zu verweisen. § 21 IO räumt in derartigen Fällen dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht ein: Er kann entweder am – beidseitig noch nicht vollständig erfüllten – Vertrag festhalten und damit seinerseits voll erfüllen, oder er

tritt vom Vertrag zurück. Macht der Insolvenzverwalter von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, ist der Erwerber der Gefahr ausgesetzt, das Kaufobjekt nicht mehr zu erlangen, da es durch den Rücktritt in die Masse fällt. Die Ansprüche des Erwerbers könnten somit nur noch als bloße Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.

Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der insolvente Bauträger in den meisten Fällen zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung mit der Erbringung seiner Leistungen in Verzug sein wird. Dem Erwerber kommt also zumeist auch das Recht zu, nach Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurückzutreten. Dieses Recht kann der Erwerber auch nach Insolvenzeröffnung unbeschränkt ausüben. Ein Rücktritt unter Berufung auf ein besonderes Rücktrittsrecht für den Fall der Insolvenzeröffnung wird spätestens mit dem IRÄG 2010 meistens nicht mehr möglich sein.⁴⁵

4.1. „Ex-tunc“ oder „ex-nunc“ Wirkung des Rücktritts nach § 21 IO?

Bevor – je nach Fallgestaltung – auf die unterschiedlichen Auswirkungen der Insolvenz konkret eingegangen werden kann, ist zunächst die Rechtswirkung der allfälligen Rücktrittserklärung selbst zu untersuchen. Ob der Rücktritt des Insolvenzverwalters ex nunc oder ex tunc wirkt, ist umstritten. Nach *Böhm*⁴⁶ geht es nicht um die Frage nach ex nunc oder ex tunc Wirkung, sondern vielmehr darum, ob der Rücktritt nach § 21 IO überhaupt ein „echter“ Rücktritt ist und nicht bloß eine Verweigerung der künftigen Leistungserbringung des Schuldners sein soll.

Der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, dass der Rücktritt des Insolvenzverwalters nur ex nunc wirkt. So etwa OGH in 8 Ob 45/09i: *Die wesentliche Rechtsfolge des „Rücktritts“ nach § 21 KO liegt nun nicht darin, dass der Vertrag aufgehoben würde, sondern im Wesentlichen darin, dass die „weitere“ Erfüllung und damit auch jene der Gewährleistungsansprüche bzw der offenen Kaufpreisansprüche zu unterbleiben hat. Eine Rückforderung der bereits erbrachten Leistung kommt nicht in Betracht. Vielmehr*

⁴⁵ vgl zum früheren Rechtssand *Wilhelm*, Kündigung des Bauvertrages wegen Konkurses des Bauunternehmers? RdW 1986, 363, 365 f; *ecolex* 1992, 846; siehe dazu näher Punkt 4.4.3.

⁴⁶ *Böhm*, wobl 1999, 109.

kann vom Masseverwalter nur eine „Bereicherung“ des Vertragspartners geltend gemacht werden, die darin liegen kann, dass der Wert der vom Gemeinschuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Gegenleistungen des anderen Vertragspartners sowie dessen allfällige weitere Schadenersatzansprüche nach § 21 Abs 2 zweiter Satz KO übersteigt (zuletzt etwa 8 Ob 29/09m; RIS-Justiz RS0064453; RS0064493; Widhalm-Budak aaO § 21 KO Rz 191 ff; Gamerith aaO § 21 KO Rz 24). § 21 Abs 2 letzter Satz KO sieht ja in diesem Zusammenhang vor, dass im Falle des Rücktritts der andere Vertragsteil den Ersatz des ihm verursachten Schadens verlangen kann. Dieser Schaden - hier im Wesentlichen aus der mangelnden Erfüllung der Gewährleistungsansprüche - ist für die Beurteilung einer allfälligen Bereicherung des Vertragspartners des Gemeinschuldners vom Wert der vom Gemeinschuldner erbrachten „Teilleistungen“ im Sinne der „Differenztheorie“ ebenfalls abzuziehen (zuletzt etwa 8 Ob 29/09m; Gamerith aaO Rz 24; ebenso Widhalm-Budak aaO Rz 184 jeweils mwN).

Die vom Gemeinschuldner erbrachten Leistungen werden dabei im Ergebnis nach ihrer vertragsmäßigen Vergütung bewertet (Widhalm-Budak aaO Rz 186 mzwN; allgemein zur bloßen ex tunc-Wirkung auch Rz 187 ff; so im Ergebnis schon 4 Ob 583/80 = SZ 54/168), geht es doch nur darum, es dem Masseverwalter durch das Rücktrittsrecht nach § 21 Abs 1 KO zu ermöglichen, eine weitere unangemessene Belastung der Masse durch ein ungünstiges Vertragsverhältnis zu vermeiden, nicht aber rückwirkend - über das Anfechtungsrecht hinaus - das Ergebnis ungünstiger Verträge zu beseitigen (in diesem Sinne schon Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 279 f)“.

Der „Rücktritt“ bzw die schlichte „Leistungsverweigerung“ erfasst nach diesem Ansatz den Bauträgervertrag nur in jenem Umfang, in welchem die Bau- und Kaufpreiszahlungsfristen noch ausstehen. Diese Leistungsverweigerung führe schließlich zu einer Umwandlung des Erfüllungsanspruchs in einen – als Insolvenzforderung geltend zu machenden – Schadenersatzanspruch.⁴⁷ Nach diesem Lösungsansatz stünde dem Insolvenzverwalter in Ermangelung einer Vertragsauflösung kein Rückforderungsrecht hinsichtlich der erbrachten Leistungen,

⁴⁷ Holzhammer, Insolvenzrecht⁵, 43; OGH SZ 56/78 = EvBl 1983/166 = RdW 1984, 206 = MietSlg 35.908.

sondern ein Bereicherungsanspruch insoweit zu, als die Leistungen des Bauträgers die Gegenleistungen des Erwerbers übersteigen. Die Schadenersatzansprüche des Erwerbers seien bei dieser Berechnung in Abzug zu bringen.⁴⁸

*Böhm, F. Bydlinski*⁴⁹ und *Iro*⁵⁰ halten der Lehrmeinung, § 21 IO beinhalte bloß ein Leistungsverweigerungsrecht, entgegen, dass ein „abgeschwächtes“ Rücktrittsrecht gerade nicht im Sinne der bestmöglichen Verwertung der Masse stünde. Die Lehre vom bloßen Wegfall der Erfüllungspflicht sei eine unreflektierte Rezeption der deutschen Lösung. Im Ergebnis bestünde kein Grund, von allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien Abstand zu nehmen.

Böhm legt dar, dass die herrschende Ansicht spätestens mit Inkrafttreten des BTVG obsolet geworden sei. Abgesehen vom grundbücherlichen Sicherungsmodell haben alle Sicherungsmodelle zum Ziel, die Rückforderungsansprüche des Erwerbers zu sichern. Da es nach der herrschenden Ansicht zu keiner Vertragsauflösung komme, entstünden auch keine Rückforderungsansprüche und der Erwerber wäre auf seine bloße Insolvenzforderung gegen den Bauträger beschränkt. Es käme somit zu einer völligen „Aushebelung“ der Schutzmechanismen des BTVG. Jedenfalls im Anwendungsbereich des BTVG sei die herrschende Ansicht damit nicht mehr vertretbar.⁵¹

Die von *Böhm* vertretene Ansicht, der Rücktritt nach § 21 IO sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zu behandeln, würde jedoch nach *Gartner*⁵² bei Anwendung des grundbücherlichen Sicherungsmodells zu dem Ergebnis führen, dass der Erwerber Zug um Zug seine Leistungen zurückzustellen hätte und mit seinen Rückforderungsansprüchen auf eine Konkursforderung gegen die Masse angewiesen wäre. Dieses Ergebnis wäre für den Erwerber nicht sachgerecht.

⁴⁸ *Böhm*, wobl 1999, 111 mwN.

⁴⁹ *Bydlinski* in Klang², IV/2, 541, FN 517.

⁵⁰ *Iro*, RdW 1985, 104 f.

⁵¹ *Böhm*, wobl 1999, 111.

⁵² *Gartner* BTVG § 7 Rz 35.

Meines Erachtens sind die Diskussionen über die ex-nunc oder ex-tunc-Wirkung der Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters gerade bei Bauträgerverträgen weitgehend bloß theoretischer Natur. Schließlich ist in den meisten beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen von der (zumindest streckenweisen) Teilbarkeit der Leistung auszugehen. Dies führt sowohl bei einer Annahme der Aufhebung ex tunc als auch bei einer Aufhebung ex nunc zu demselben Ergebnis, nämlich, dass die teilbaren erfüllten Abschnitte nach dem Vertrag abzurechnen seien und nur für die nicht teilbaren Abschnitte eine bereicherungsrechtliche Abwicklung vorzunehmen ist.⁵³ In diesem Sinne legt auch *Böhm* dar, dass der Rücktritt des Insolvenzverwalters lediglich die vom Erwerber noch nicht entlohten Bauphasen erfasse.⁵⁴ Hat der Bauträger bereits Vorleistungen auf die nächste Bauetappe erbracht, stehe der Masse ein Bereicherungsanspruch zu, da der Vertrag ja insoweit durch den Rücktritt aufgelöst wurde.

Dass dieser „Theorienstreit“ wohl kaum praktische Bedeutung hat, zeigt sich auch daran, dass die Lösungen der Rechtsprechung, wonach jeder Vertragspartner die ihm bis zur Insolvenzeröffnung erbrachten Leistungen behält und die wechselseitigen Leistungen vertragsgemäß abzurechnen und nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (allenfalls) auszugleichen sind,⁵⁵ ohnedies sachgerecht sind. Im Übrigen ist den zentralen Bedenken der Anhänger der ex-nunc Wirkung zu entgegnen, dass die Rücktrittserklärung schon nach § 21 Abs 4 IO bei Teilbarkeit der Leistungen nicht hinsichtlich des gesamten Vertrags ausgesprochen werden und gelten kann. Eine gänzliche Rückstellung aller bereits erhaltenen Bauträgerleistungen und Verbleiben einer bloßen Insolvenzforderung gegen den Bauträger wird daher ein unwahrscheinliches Szenario sein. Andererseits ist der Ansicht *Böhms* insoweit entgegenzutreten, als die Ziehung der Bankgarantie selbst auch zur automatischen Vertragsauflösung und daher zu einem Rückforderungsanspruch führt.

⁵³ *Hock*, ÖJZ 1991, 298 f; *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 291 ff mwN (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁵⁴ *Böhm*, wobl 1999, 109.

⁵⁵ *Widhalm-Budak in Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 298 mwN (Stand 1.10.2017, rdb.at).

4.2. (Un)teilbarkeit der Leistungen des Bauträgers

Erst mit der Novelle 1934 (BGBl II 1934/178) wurde die Bestimmung des § 21 IO um die Regelung ergänzt, dass bei teilbaren Leistungen der Gläubiger mit dem Betrag seiner Forderung, welcher seinen von ihm vor Insolvenzeröffnung erbrachten Teilleistungen entspricht, Insolvenzgläubiger wird. Die so vorgesehene Teilung des Vertrages verringert für den Fall des Vertragseintrittes die Masseverbindlichkeiten, da nicht auch Rückstände aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung voll bezahlt werden müssen, um den Vertrag (weiterhin) aufrecht zu erhalten.⁵⁶

Wann eine insolvenzverfangene Leistung teilbar ist, ist in den Insolvenzgesetzen nicht gesondert geregelt, so dass auf die Regelung im bürgerlichen Recht zurückzugreifen ist.⁵⁷ So beurteilt sich die Teilbarkeit einer Leistung primär nach dem Willen der Vertragsparteien. Subsidiär entscheidet die Verkehrsauffassung. Maßgebend ist der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille der Parteien.⁵⁸ Wurde der Konfliktfall dabei nicht bedacht, so ist nach einer hypothetischen Vertragsauslegung vorzugehen.⁵⁹

Teilbarkeit ist vor allem anzunehmen, wenn sich der Vertrag in „verselbständigte, wenn auch ungleichartige Teile aufspalten lässt und die teilerbrachte Gläubigerleistung wirtschaftlich einem bestimmten Teil der Gegenleistung zuzuordnen ist“.⁶⁰

Bei Bauverträgen ist nach *Kepplinger/Duursma*⁶¹ grundsätzlich dann von der Teilbarkeit auszugehen, wenn das nur teilweise fertiggestellte Objekt von einem Dritten vollendet werden kann. Ist dies ohne gravierenden Nachteil für den Gläubiger möglich, so kann jedenfalls eine Teilbarkeit des Bauvertrages angenommen werden, auch wenn das bei Insolvenzeröffnung noch unvollendete Werk nur einen erheblich geringeren Wert für den Bauherrn hat als

⁵⁶ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 380 (Stand 1.10.2017, rdb.at); der Gesetzgeber dachte dabei insb an die Energielieferungsverträge; vgl 5 Ob 146/65 SZ 38/117; 5 Ob 242, 292/65 JBl 1966, 376; *F. Bydliniski* in *Klang/Gschnitzer*² IV/2, 207 f; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 21 KO Rz 33.

⁵⁷ OGH 8 Ob 22/94 ZIK 1996, 25 = ecolex 1995, 556 = wbl 1995, 378.

⁵⁸ *Kepplinger/Duursma*, wbl 2001, 36; *Reidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ V § 918 Rz 105 ff mwN.

⁵⁹ OGH 2 Ob 625/90 wbl 1991, 270 = ecolex 1991, 531 = RdW 1991, 230 = EDVuR 1991, 148.

⁶⁰ *Tintelnot* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO II § 105 Rz 20.

⁶¹ wobl 2001, 36.

ein fertiggestelltes. Nach *Tintelnot*⁶² ist Teilbarkeit dann gegeben, wenn das herzustellende Gewerk in sinnvolle Bauabschnitte oder Teilprojekte abgeteilt werden kann.⁶³

Nach *Gartner*⁶⁴ ist zutreffend davon auszugehen, dass die Leistungen des Bauträgers – so wie jede andere Bauleistung, die mehrere Gewerke vereinigt – bautechnisch teilbar ist.⁶⁵ *Friedl*⁶⁶ differenziert zur Frage, ob eine Leistung als teilbar oder unteilbar anzusehen ist, danach, ob eine Partei den Vertrag über einen Teil für eine entsprechend geringere Gegenleistung unter sonst gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte.

Gerade vor dem Hintergrund, dass das BTVG in § 10 selbst die Leistungen des Bauträgers in mehrere und aufeinander aufbauende Bauabschnitte unterteilt, deuten meines Erachtens sowohl der Zweck des Gesetzes, als auch der typische Wille der Bauträgervertragsparteien eindeutig auf Teilbarkeit der Bauträgerleistungen hin. Demgemäß erstreckt sich das Wahlrecht des Insolvenzverwalters regelmäßig nur auf die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht wechselseitig erbrachten Leistungen. Der Vertragspartner ist mit der seiner Teilleistung entsprechenden Gegenforderung nur Insolvenzgläubiger.⁶⁷

Die prinzipielle Teilbarkeit der Leistungen des Bauträgers gilt meines Erachtens aber nur, solange der Erwerber bereits als (Mit)Eigentümer einverleibt ist oder ihm diesbezüglich eine insolvenzfeste Anwartschaft verschafft wurde (siehe dazu unten Punkt 4.6). Ist dies nicht der Fall, macht es aus Sicht des Erwerbers keinen Sinn, wenn der Insolvenzverwalter vom grundbücherlichen Geschäftsteil und den noch ausstehenden Bauleistungen zurücktritt. Unter Berücksichtigung des Parteiwillens ist in diesen Fällen ein Teilrücktritt mangels erwerberseitigen Interesses auszuschließen.

⁶² *Kübler/Prütting/Bork*, InsO II § 105 Rz 58.

⁶³ vgl. *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 390 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁶⁴ *Gartner*, BTVG3 § 7 Rz 35.

⁶⁵ vgl. auch *Böhm/Pletzer*, Rz 97 zu § 7.

⁶⁶ *Friedl*, BTVG in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar², § 4, Rz 16.

⁶⁷ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 391 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

4.3. Erfüllung des Bauträgervertrags

Nachdem diese zentrale Bestimmung der IO zur Wahlmöglichkeit des Insolvenzverwalters nur dann zur Anwendung gelangt, wenn ein beidseitig noch nicht bzw noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vorliegt, bleibt weiters zu klären, ob bzw in welchem Umfang der Bauträgervertrag als noch nicht beidseitig erfüllt anzusehen ist. Typisch ist dabei die Fallkonstellation, dass der Bauträger während laufender Bauarbeiten insolvent wird und der Erwerber bereits das Entgelt (oder nach dem Ratenplanmodell einen Teil des Entgelts) gezahlt hat. Je nach Vertrags- bzw Baufortschritt und dem gewählten Sicherungsmodell gibt es zahlreiche verschiedene Auswirkungen, die die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers auf den – beidseitig noch nicht vollständig erfüllten – Bauträgervertrag haben kann. Die „Zwischenschaltung“ eines Treuhänders (§ 12 BTVG) bietet dabei zusätzliche Unklarheiten, die im Rahmen dieser Arbeit ebenso zu beleuchten sind.

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers kommt es zwangsläufig zur Einstellung der Zahlungen an die bauausführenden Professionisten. Diese werden wiederum regelmäßig ihre Tätigkeiten einstellen – Folge ist also ein gänzlicher Baustopp. Es ist sohin evident, dass seitens des insolventen Bauträgers der Bauträgervertrag zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung regelmäßig noch nicht erfüllt ist. Der Kunde des Bauträgers kann in den meisten Fällen wohl kaum mehr mit einer vertragskonformen Fertigstellung der geschuldeten Leistungen rechnen – weder, was den Übergabetermin anbelangt, noch hinsichtlich etwaiger zusätzlicher Verspätungskosten.

Zu beurteilen bleibt schließlich die Erfüllung der Leistungen des Erwerbers. Die den Erwerber treffenden zentrale Vertragspflicht ist vor allem die Pflicht zur Kaufpreiszahlung. Je nach Wahl des Sicherungsmodells bzw des vereinbarten, im Voraus zu bezahlenden Kaufpreises, wird die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 21 IO anders ausfallen.

4.3.1. Grundbücherliches Sicherungsmodell

Bei Wahl des grundbücherlichen Sicherungsmodells in Verbindung mit der Zahlung nach Ratenplan ist gemäß § 12 BTVG zwingend ein Treuhänder zu bestellen. Als Treuhänder können nur Rechtsanwälte oder Notare bestellt werden.

Üblicherweise vereinbaren die Parteien Vorauszahlung des gesamten Kaufpreises auf ein eigens eingerichtetes Treuhandkonto. Der Treuhänder ist – wie bereits erläutert – dazu berufen, die Kaufpreistraten nach Erhalt entsprechender Baufortschrittmeldungen des Baufortschrittsprüfers an den Verkäufer auszuzahlen. Nicht selten überweist der Treuhänder auf Wunsch des Bauträgers die Teilbeträge direkt an ein Konto des projektfinanzierenden Bankinstituts, welchem die Kaufpreisforderungen zediert wurden.

Der Bauträger hat nicht nur die Pflicht, dem Erwerber Eigentum am Kaufgegenstand zu übertragen, sondern auch, das Werk vereinbarungsgemäß zu errichten. Aus Sicht des Erwerbers stellt sich jedoch die Frage, ob dieser bereits mit Zahlung des Kaufpreises auf ein Konto des Treuhänders seine Pflichten vollständig erfüllt hat, oder hierfür der tatsächliche Zufluss in das Vermögen des Bauträgers maßgeblich sein soll.

Grundsätzlich kommt dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht nach § 21 IO zu, wenn der Bauträgervertrag beidseitig unerfüllt ist. Bei einer treuhändigen Abwicklung erbringen einander die Vertragsparteien die Leistungen aber nicht direkt wechselseitig, sondern dem Treuhänder, der unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung an den Vertragspartner weitergeben darf bzw muss. Die treuhändige Abwicklung hat damit in den meisten Fällen den Zweck, die Zug-um-Zug-Abwicklung unter den Parteien zu ersetzen.⁶⁸

*Böhm*⁶⁹ differenziert in diesem Zusammenhang zwischen – den Anforderungen des BTVG genügenden – Überwachungstreuhändern und Abwicklungstreuhändern. Das BTVG verlange nicht, dass der Treuhänder nach § 12 BTVG auch die Abwicklung der Leistungen

⁶⁸ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 397 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *Bollenberger*, ÖBA 1994, 830; *König*, JBl 1995, 39; *Maschke*, immolex 2010, 42.

⁶⁹ *Böhm*, wobl 1999, 69.

übernimmt oder den Vertrag für eine oder beide Parteien errichtet, wenngleich dies in der Praxis häufig der Fall ist, ja sogar die Regel darstellt. Das BTVG erlege dem Treuhänder im Wesentlichen Überwachungs- und Belehrungspflichten auf („Überwachungstreuhänder“); die Abwicklung der Leistungen oder die Errichtung des Vertrages könne er „freiwillig“ mitübernehmen. Zivilrechtlich könne nur dann von einer Treuhandschaft gesprochen werden, wenn ein Treugut übertragen wird – was das BTVG eben nicht verlange. Die insolvenzrechtlichen Problemstellungen würden somit nur bei „echten“ Abwicklungstreuhändern auftreten. In der Praxis ist freilich davon auszugehen, dass der von den Parteien bestellte Treuhänder über die bloße Überwachungsfunktion auch die Abwicklung des Vertrages übernimmt.

Mit der Bestellung eines Treuhänders soll das Zug-um-Zug Element, das vor allem bei Liegenschaftskaufverträgen kaum aufrechtzuerhalten ist, gewährleistet bleiben. Es wird verhindert, dass eine Partei in Vorleistung treten muss. Bei ordnungsgemäßer Zug-um-Zug-Abwicklung gibt es daher im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung über einen Vertragspartner nur zwei mögliche Vertragsstadien: Es wurde noch von keinem Vertragsteil die Leistung erbracht oder es wurde von beiden Seiten vollständig erfüllt.⁷⁰ Der erste Fall ist aus Sicht des nicht insolventen Vertragspartners unproblematisch, da er noch nicht erfüllt hat und ihn insofern bei Rücktritt des Insolvenzverwalters kein Insolvenzrisiko treffen würde. Im zweiten Fall stünde dem Insolvenzverwalter kein Rücktrittsrecht zu.

Dasselbe Ergebnis soll nun auch bei einer treuhändigen Abwicklung erreicht werden, indem der Treuhänder für die Aufrechterhaltung des Zug-um-Zug Charakters sorgt. Der Treuhänder hat die bei ihm hinterlegte Leistung einer Vertragspartei solange zurückzuhalten, bis die Gegenleistung erbracht wurde. Er übt im Namen des „Vorleistenden“ insofern das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB aus. Bis zur Erbringung der Gegenleistung gilt damit die zeitlich erste Leistung nicht als schuldbefreiend erbracht. Erst im Zeitpunkt der Hinterlegung der zweiten Leistung findet die beiderseitige Erfüllung statt.⁷¹

⁷⁰ Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 398 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁷¹ Bollenberger, ÖBA 1994, 830; König, JBl 1995, 39; Maschke, immolex 2010, 42.

Die Hinterlegung der Leistung beim Treuhänder gilt als Besitzanweisung, sodass nach Erbringung der Gegenleistung ein unmittelbarer Eigentumsübergang erfolgen kann. Der Vertragspartner desjenigen, der zuerst geleistet hat, hat sodann ein Ausfolgungsrecht an der Sache, welches bedingt ist durch die Erbringung der eigens geschuldeten Leistungen.

Nach *Bollenberger*⁷² habe der Vertragspartner des insolventen Schuldners, der wiederum vor Insolvenzeröffnung bereits an den Treuhänder geleistet hat, ein insolvenzsicheres Anwartschaftsrecht. Der Insolvenzverwalter könne die Leistung nicht mehr widerrufen und es läge alleine am Vertragspartner, durch eigene Leistungserbringung die beidseitige Erfüllung herbeizuführen.

*König*⁷³ vertritt eine andere Ansicht. Der Vertrag ist nach König nämlich solange als beidseitig unerfüllt zu qualifizieren, bis nicht die Leistungen beider Vertragsteile beim Treuhänder vollständig hinterlegt sind. Entgegen der Ansicht Bollenbergers stehe dem Insolvenzverwalter das Rücktrittsrecht nach § 21 IO also selbst dann noch zu, wenn der Schuldner seinerseits bereits an den Treuhänder geleistet hat.

Ob die Leistung des insolventen Schuldners tatsächlich ein insolvenzfestes Anwartschaftsrecht begründet, hängt vor allem davon ab, ob die Leistung später, jedoch vor Gegenleistung, vom Treuhänder noch zurückverlangt werden kann. *Bollenberger* verneint dies. Für die Möglichkeit der Rückforderung wird hingegen ins Treffen gebracht, dass eine – wenngleich insolvenzfeste – Anweisung, an den Treuhänder zu leisten, nicht die Unmöglichkeit der Rückforderbarkeit nach sich zieht. Schließlich hält der Treuhänder bis zur Gegenleistung die Leistung noch für den Schuldner.⁷⁴

Die auch von *Proksch*⁷⁵ aufgeworfene Frage, ab welchem Zeitpunkt der Bauträgervertrag als (einseitig) vollständig erfüllt anzusehen und damit ein Rücktritt nach § 21 IO ausgeschlossen ist, ist zumindest im Fall der Bauträgerinsolvenz auch ohne letztgültige Lösung

⁷² *Bollenberger*, ÖBA 1994; JBl 1995, 398.

⁷³ JBl 1995, 38.

⁷⁴ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 405 ff mwN (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁷⁵ *Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 169 f.

des Meinungsstreits zwischen *König* und *Bollenberger* zu beantworten. *Bollenberger* zufolge begründet (nur) die vollständige und unwiderrufliche Leistungserbringung des späteren Insolvenzschuldners an den Treuhänder ein insolvenzsicheres Anwartschaftsrecht, wodurch § 21 IO nicht zur Anwendung gelange. In der Insolvenz des Bauträgers hingegen, der seinerseits noch nicht vollständig geleistet haben wird, stellt sich typischerweise die Frage, ob der Käufer mit Kaufpreiszahlung an den Treuhänder den Rücktritt des Insolvenzverwalters verhindern kann. Diese Frage ist im Ergebnis also zu verneinen.⁷⁶

4.3.2. Schuldrechtliche Sicherstellung

Bei der schuldrechtlichen Sicherung nach § 8 BTVG sind allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers durch eine ihm eingeräumte Garantie oder eine geeignete Versicherung zu besichern. Wenn Bauträger und Erwerber vereinbaren, dass der Käufer den gesamten Kaufpreis vor auszahlt, und dem Käufer im Gegenzug eine geeignete Sicherung (im Regelfall eine abstrakte Bankgarantie) übergeben wird, so hat der Käufer seinerseits bereits vollständig erfüllt und gelangt § 21 IO nicht zur Anwendung.

Anders gelagert wäre die Situation allenfalls dann, wenn der Käufer – gegen ausreichende Sicherung nach § 8 BTVG – etwa nur einen Teil des Kaufpreises im Voraus zu bezahlen hat und den anderen Teil nach Erlangung des Eigentums und Fertigstellung der Bauarbeiten zu bezahlen hat.

4.4. Verhältnis zwischen Erfüllung und Schlechterfüllung im Lichte des § 21 IO

Der (teilweise) Rücktritt des Insolvenzverwalters gemäß § 21 IO ist nur solange möglich, als beide Vertragsteile ihre jeweiligen Vertragspflichten noch nicht vollständig erfüllt haben. Während der Erfüllungsbegriff nach allgemeinem Zivilrecht vergleichsweise durchaus klar zu sein scheint, zeigt sich, dass die insolvenzrechtliche Literatur und Judikatur im Zusammenhang mit dem Erfüllungsbegriff nach § 21 IO den Rückgriff auf zivilrechtliche Grundsätze überwiegend ablehnen.

⁷⁶ so auch *Maschke*, immolex 2010, 42.

Nach § 1412 ABGB wird *die Verbindlichkeit vorzüglich durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst (§ 469)*. Wenn also der Schuldner seine Leistung vertragskonform, das heißt zur bedungenen Zeit, am bedungenen Ort und auf die bedungene Weise (zur weitgehenden Einzelfallproblematik, was eine aliud-, und was eine Schlechterfüllung ist, ist hier nicht näher einzugehen) erbringt, hat er erfüllt. Die leistungsstörungsrechtliche Frage, ob er mangelhaft erfüllt hat, knüpft an die Erfüllung an und ist von der Erfüllung an sich losgelöst zu beurteilen. Mit anderen Worten: Die Schlechterfüllung bedingt die vorangehende Erfüllung und unterliegt einer gesonderten Beurteilung.

Insolvenzrechtlich liegt nach herrschender Ansicht hingegen keine Erfüllung vor, wenn die Leistung des Schuldner (sach- oder rechts)mangelbehaftet ist, sodass der Vertragspartner noch Gewährleistungsansprüche hat.⁷⁷ Dem Insolvenzverwalter steht damit das Rücktrittsrecht des § 21 IO nach herrschender Ansicht auch dann noch zu, wenn die Leistung des Insolvenzschuldners mangelhaft war und das geschuldete Entgelt noch nicht vollständig beglichen wurde.⁷⁸

*T. Rabl*⁷⁹ verweist auf die oben erläuterte allgemein zivilrechtliche Differenzierung zwischen Erfüllung und Schlechterfüllung: Würde ein Werk vorbehaltlos abgenommen, so habe der Werkunternehmer erfüllt, ungeachtet des Umstandes, dass er noch gewährleistungspflichtig werden kann. *T. Rabl* räumt ein, dass man argumentieren könne, dass Gewährleistungsansprüche gewissermaßen "verkappte" Erfüllungsansprüche sind, diese formale Unterscheidung bloße Haarspalterei ist und der Rücktritt bis zur Verbesserung (im Sinne vollständiger Erfüllung) möglich ist.

Es gebe jedoch auch in der Judikatur Ansätze, die dieser Sichtweise nicht uneingeschränkt folgen, etwa die (unveröffentlichte) Entscheidung des OLG Wien 25.03.1999, 15 R 38/99i.

⁷⁷ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 21 KO Rz 8; *Kepplinger*, Synallagma 27; *Lehmann* I 142; zu § 103 InsO: *Huber*, MünchKommInsO³ II § 103 Rz 129; *Tintelnot* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO II § 103 Rz 199 ff.

⁷⁸ OGH 1 Ob 710/87 SZ 61/31 = wbl 1988, 203; 4 Ob 541/88 SZ 61/170 = EvBl 1989/62 = RdW 1988, 452 = wbl 1988, 439 = RZ 1988/61; 8 Ob 45/09i ZIK 2010/92, 66 = ecolex 2010/84 = HS 40.334 = bbl 2010/57; 9 Ob 63/11x ZIK 2012/264, 186 = NZ 2012/130.

⁷⁹ ecolex 2001, 518.

Danach sei der Rücktritt des Insolvenzverwalters nur dann möglich, wenn überhaupt noch "Erfüllungsansprüche" (im engeren Sinn) in Form der Verbesserung oder in Form des Nachtrags von Fehlendem bestehen. Ist – wie zB bei unbehebbarren Mängeln – nur Preisminderung möglich, so käme ein Rücktritt nach § 21 Abs 1 KO (nunmehr IO) nicht (mehr) in Betracht. Das OLG Wien hat – ohne von der Rsp des OGH abzugehen – den Erfüllungsbegriff des § 21 Abs 1 IO damit um eine weitere Facette bereichert, indem zwischen „tatsächlichen“ Erfüllungsansprüchen und „sonstigen“ Erfüllungssurrogaten unterschieden wurde. Nach *T. Rabl* sei dies aber „nur eine Krücke für die Begründung (eines richtigen Ergebnisses)“, da die vom OLG Wien getroffene Differenzierung weder dem ABGB noch der KO zu entnehmen sei.⁸⁰ Es sei richtigerweise auch im Anwendungsbereich von § 21 IO "Erfüllung" des Werkvertrags dann anzunehmen, wenn eine (rügelose) Abnahme durch den Besteller erfolgt. Ein Rücktritt des Insolvenzverwalters käme danach nicht mehr in Betracht.

Nach *Jaeger/Henckel*⁸¹ spreche der Zweck von § 17 dInso (§ 21 IO) für die vom OLG vorgenommene Differenzierung. Der Übernehmer einer mangelhaften Leistung könnte seine Zahlung verweigern – genauso wie der Vertragspartner desjenigen, der noch gar nicht geleistet hat. Die Ähnlichkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages würden insofern die unterschiedliche Anwendbarkeit von § 21 IO nicht rechtfertigen. Die Schutzfunktion von § 21 IO müsse daher in beiden Fällen greifen.

Lediglich wenn nur noch ein einseitiger Anspruch bestehe, sei das Rücktrittsrecht nach § 21 IO ausgeschlossen. So etwa in dem Fall, dass der Vertragspartner „nur“ noch einen Preisminderungsanspruch hat: Hat dieser bislang weniger als den geminderten Kaufpreis bezahlt, stünde der Masse ein Anspruch auf den (geminderten) Restkaufpreis zu. Hat der Vertragspartner bereits mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, müsse er den überschüssigen Betrag als Insolvenzforderung anmelden. Dieselben Überlegungen wären auch bei den anderen möglichen Folgen der Schlechterfüllung anzustrengen: Käme es etwa zur Wandlung des ursprünglichen Vertrages, sei § 17 dKO (bzw § 21 IO) nur mehr auf das Rückabwicklungsschuldverhältnis anwendbar.⁸²

⁸⁰ vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 173 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁸¹ KO⁹ § 17 Rz 91.

⁸² *Jaeger/Henckel*, KO⁹ § 17 Rz 92 ff.

Macht der Vertragspartner jedoch Verbesserungsansprüche geltend, bestehen mit dem Zahlungs- sowie dem Leistungsanspruch zwei Ansprüche, die grundsätzlich die Anwendbarkeit von § 21 IO nach sich ziehen. Nachdem § 21 IO somit (nur) dann nicht mehr anzuwenden ist, wenn dem Vertragspartner keine Zurückbehaltungsrechte mehr zukommen, sei nach *Widhalm-Budak* dieser Ansicht, und damit auch der vom OLG Wien (15 R 38/99i) vertretenen, zuzustimmen.

Meines Erachtens gibt es – wie *T. Rabl* zutreffend ausführt – keinen Grund, einen vom allgemeinen Zivilrecht losgelösten Erfüllungsbegriff zu konstruieren. Überdies gilt es wohl zu bedenken, dass den Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Übergabe allfällige Gewährleistungsansprüche noch gar nicht bekannt sind oder sein können. Gerade in Fällen, in denen Gewährleistungsansprüche erst nach mehreren Jahren auftreten, wäre es – auch wenn der Vertragspartner noch nicht das volle Entgelt entrichtet hat – höchst unbillig, dem Insolvenzverwalter das Rücktrittsrecht zuzugestehen.

Die höchstgerichtliche Judikatur hat den Ansatz des OLG (bislang) noch nicht aufgegriffen und geht – undifferenziert – davon aus, dass das Wahlrecht dem Insolvenzverwalter auch noch dann zusteht, wenn der Gemeinschuldner den Werkvertrag nur mangelhaft erfüllt und der andere Teil noch keine oder noch nicht vollständige Zahlung auf den vereinbarten Werklohn geleistet hat.⁸³

4.5. Folgen der Insolvenz des Bauträgers auf den beidseitig unerfüllten Bauträgervertrag

Nachdem nun zentrale Rechtsfragen, die für die Beurteilung der Anwendbarkeit von § 21 IO und Rechtsfolgen von Rücktrittserklärungen nach dieser Bestimmung, so weit wie möglich geklärt sind, ist nun auf das Schicksal der Bauträgerverträge, die beidseitig noch nicht erfüllt sind und somit unter § 21 IO fallen, näher zu beleuchten. Konkret sind nunmehr jene – häufigen und weniger häufigen – Fallvarianten zu untersuchen, in denen das Insolvenzverfahren über den Bauträger zu einem Zeitpunkt eröffnet wird, in dem der Bauträgervertrag

⁸³ RIS-Justiz RS0064553; OGH 4 Ob 541/88 = SZ 61/170; OGH 19.11.2009 8 Ob 45/09i = SZ 2009/153; OGH 29.03.2012 9 Ob 63/11x.

noch von beiden Seiten zumindest teilweise unerfüllt ist. Der nachstehende Überblick orientiert sich dabei am „Strukturpfad“ der Untersuchungen von *Böhm*⁸⁴ und soll ebenso von der typischen Ausgangssituation ausgehen, wonach der Bauträger mitten in der Bauphase insolvent wird. Er „hinterlässt“ also ein halbfertiges Gebäude. Der Erwerber hat demgemäß bereits einen Teil des vereinbarten Entgelts (entweder infolge der ratenplanmäßigen Auszahlung) an den Bauträger oder an einen Dritten (zumeist eine Bank), dem der Bauträger die Kaufpreisforderung zediert hatte, gezahlt.

4.5.1. Fälle schuld- oder pfandrechtlicher Sicherung bzw Fälle der Sicherung nach Sondermodell

Beim schuld-, pfand- und sonstigem Sicherungsmodell ist der Erwerber ausreichend geschützt, da gerade seine Forderung auf Rückzahlung des geleisteten Entgelts gesichert ist. Unter der herrschenden Annahme, dass der (Teil-)Rücktritt des Insolvenzverwalters als bloßes „Leistungsverweigerungsrecht“ ex-nunc-Wirkungen entfaltet, kann er zB die (den Rücktritt nach § 8 Abs 5 BTVG auslösende) Bankgarantie ziehen und auf diesem Weg sein eingesetztes Kapital zurückerhalten.

Wenn allerdings, etwa beim schuldrechtlichen Sicherungsmodell, der Erwerber nicht gänzlich aus dem Projekt „ausscheiden“ möchte und lediglich die Fertigstellung über die Ziehung der Bankgarantie finanzieren will, hat er explizit den Teilrücktritt von den ausstehenden Leistungen des Bauträgers wegen Verzugs oder wegen anderer wesentlicher Leistungsstörungen nach § 918 ABGB zu erklären.⁸⁵ Dies wird aus Sicht des Erwerbers allerdings nur in jenen Fällen interessant sein, in denen er bereits (Mit-)Eigentum oder eine insolvenzfeste Anwartschaft (siehe dazu sogleich) hat.

Möchte hingegen der Insolvenzverwalter zurücktreten, bleibt ihm meines Erachtens nur der Gesamtrücktritt offen. Ist der Erwerber ausschließlich schuldrechtlich besichert und sind Bauleistungen noch ausständig, ist kein Interesse des Erwerbers daran zu erkennen, dass der

⁸⁴ *Böhm*, wobl 1999, 109.

⁸⁵ *Gartner*, BTVG³ § 7 Rz 36.

Vertrag hinsichtlich der bereits erbrachten und abgegoltenen Leistungen aufrecht bleibt, hingegen der grundbücherliche Vertragsteil zusammen mit den übrigen Bauleistungen aufgelöst wird.

Dem Erwerber steht gemeinsam mit dem Insolvenzverwalter natürlich frei, die Teilrücktrittserklärung gegen Einräumung einer Einverleibungserklärung zu seinen Gunsten gegen sich gelten zu lassen. Gerade in Fällen, in denen der Bau schon weit fortgeschritten ist und der Erwerber ein größeres Interesse hat, am Projekt festzuhalten, kann dies ratsam sein.⁸⁶

4.5.2. Erwerberseitige Rücktrittsrechte

Etwas fraglicher ist der Fall, wenn mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Schuldnerverzug einhergeht. In derart gelagerten Situationen ist es nicht eindeutig, ob der Erwerber sogleich seinen Rücktritt nach § 918 ABGB erklären kann oder die Erklärung des Insolvenzverwalters nach § 21 IO abzuwarten oder diesem allenfalls eine Frist einzuräumen hat. Nach der Mindermeinung⁸⁷ gilt Letzteres. Die Verzugsfolgen werden also gleichsam bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters „gehemmt“. Der Rücktritt des Erwerbers wäre also trotz bereits eingetretenen Verzuges ausgeschlossen, wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt und dann nicht neuerlich in Verzug gerät.

Nach herrschender Lehre⁸⁸ ist das Rücktrittsrecht des Erwerbers jedoch von der Entscheidung des Insolvenzverwalters völlig unabhängig. Der Fristsetzungsantrag nach § 21 Abs 2 S 1 IO hat also nur insoweit Bedeutung, als trotz Insolvenz des Bauträgers Verzug nicht vorliegt und auch keine vertraglich vereinbarte Kündigung greift oder ausgesprochen wird bzw wenn der Erwerber sein Rücktrittsrecht (einstweilen) nicht ausüben möchte, um dem Insolvenzverwalter eine vernünftige Prüfung der Entscheidungsalternativen und deren Bewertung im Hinblick auf die Sinnhaftigkeit für die Masse zu ermöglichen, was ja unter Umständen durchaus auch im Interesse des Erwerbers gelegen sein kann.

⁸⁶ Gartner, BTVG³ § 7 Rz 36.

⁸⁷ Böhm, wobl 1999, 109 mwN.

⁸⁸ Bydlinski in Klang² IV/2, 513; Wilhelm, RdW 1986, 363, 365; Böhm, wobl 1999, 109.

4.5.2.1. Rechtslage vor Insolvenzeröffnung

Davon zu unterscheiden ist die Situation vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also zu einem Zeitpunkt, zu dem eine etwaige Kollision mit insolvenzspezifischen Rücktritten keine Schwierigkeiten bereitet. Nachdem die Insolvenz des Bauträgers oftmals nicht überraschend kommt und der Bau in der Regel bereits vor Verfahrenseröffnung „ins Stocken geraten ist“, wird der Erwerber unter Umständen bereits zuvor seinen Rücktritt nach § 918 ABGB erklärt haben. Ein solcher Rücktritt setzt freilich voraus, dass zumindest Teilleistungen zu den vereinbarten Zwischenterminen (oder gar die Gesamtfertigstellung) nicht rechtzeitig erreicht wurden und dem Schuldner (vergeblich) eine angemessene Nachfrist gesetzt wurde. Wurde dem Gläubiger bereits Eigentum verschafft und ist der Bau nicht unbeträchtlich fortgeschritten, ist auch ein (bloßer) Teilrücktritt denkbar. Der Erwerber könnte diesfalls das Objekt behalten und mit dem nicht dem Bauträger zugeflossenen (bzw allenfalls kondizierten) Kaufpreis selbst fertigstellen.

Fraglich ist aber, ob der „vorahnende“ bzw gewarnte Erwerber, dessen Vertragspartner mangels Vereinbarung und Überschreiten von Zwischenterminen noch nicht im Verzug ist, dennoch nach § 918 ABGB zurücktreten kann. Nach *Böhm*⁸⁹ könne der Erwerber, wenn keine terminisierten Leistungsabschnitte vereinbart sind, im Falle des „Steckenbleibens“ des Baus dennoch (unter Umständen auch schon lange) vor dem vereinbarten Fertigstellungs- bzw Übergabetermin zurücktreten, nämlich dann, wenn aufgrund der bisherigen Entwicklung, insbesondere in Anbetracht der noch zur Verfügung stehenden Zeit, mit gehöriger Vertragserfüllung keinesfalls mehr gerechnet werden könne; in diesem Fall sei auch die Nachfristsetzung – da sinnlos – entbehrlich.

Anerkannt ist, dass schon vor Fälligkeit – allerdings bei ernsthafter Leistungsverweigerung – der Rücktritt nach § 918 ABGB gestattet.⁹⁰ Dem Gläubiger müssen die Dispositionsmöglichkeiten zur Interessenwahrung gelassen werden.⁹¹ (Sinnloses) Abwarten kann die Interessenwahrung vereiteln. Es handelt sich um einen Unterfall des Rücktritts aus wichtigem

⁸⁹ *Böhm*, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

⁹⁰ *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 918 ABGB Rz 26 mwN (Stand 1.5.2018, rdb.at).

⁹¹ idS auch: *P. Bydlinski in KBB*⁵ § 918 Rz 7 – vgl den Fall OGH 3 Ob 382/59 HS 273/42.

Grund. Der Rücktritt vor Fälligkeit der Hauptleistung kann insbesondere bei Werkverträgen vor Fertigstellung des Werks Bedeutung erlangen. Der Schuldner weigert sich vor Fälligkeit des geschuldeten Erfolgs, mit den Arbeiten – zB Bauarbeiten – zu beginnen oder die begonnenen Arbeiten fortzuführen.⁹²

Auch nach herrschender oberstgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre kann der Gläubiger bei ernsthafter Leistungsverweigerung des Schuldners auch schon vor Fälligkeit gemäß § 918 ABGB vom Vertrag zurücktreten, wenngleich der Schuldner die Erfüllung verweigert, also erkennen lässt, dass er die Vertragsverbindlichkeit nicht einhalten will.⁹³ Ein vorzeitiger Rücktritt vor Fälligkeit sollte meines Erachtens nicht nur dann möglich sein, wenn der Schuldner die Leistungserbringung verweigert, sondern auch dann, wenn aus anderen Gründen feststeht, dass eine rechtzeitige Erfüllung nicht möglich sein wird.⁹⁴ Wenn es also zu – im Vergleich zu typischen Bauvorhaben – überdurchschnittlich langen Stillständen oder Verzögerungen kommt, die eine rechtzeitige Erfüllung ausschließen, kann der Erwerber wohl auch ohne die Fälligkeit der Leistungen abwarten zu müssen, vom Bauträgervertrag zurücktreten.

4.5.2.2. Rechtslage nach Insolvenzeröffnung

Ist der Vertrag zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch aufrecht bzw befand sich der Bauträger bis dahin tatsächlich noch nicht in Verzug, kann auch das Erfüllungsverbot nach § 3 Abs 1 IO eine Leistungsstörung bewirken. Die Insolvenzeröffnung selbst zieht zwar nicht automatisch die Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach sich, doch kann der Erwerber dann, wenn trotz Fälligkeit bestimmte Termine nicht eingehalten wurden – unter Setzung einer angemessenen Nachfrist – oder aufgrund der Umstände zu erwarten ist, dass nicht rechtzeitig erfüllt werden wird – diesfalls auch ohne Nachfristsetzung – vom Vertrag zurücktreten.

⁹² vgl OGH 2 Ob 302/05m.

⁹³ OGH 6 Ob 6/10s; HS 273/42; SZ 32/118; HS 10.852; RIS-Justiz RS0018416.

⁹⁴ Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) zu § 918 ABGB Rz 7 mwN.

Nach Böhm⁹⁵ steht dem Erwerber auch ein eigens für den Fall der Insolvenzeröffnung vereinbartes Rücktrittsrecht zu. Solche Vereinbarungen wären im Sinne einer optimalen und flexiblen Wahrnehmung der Erwerberinteressen unbedenklich.

Insolvenzabhängige Lösungsklauseln, die dem anderen Vertragsteil für den Fall der Insolvenzantragstellung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder der Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit, sohin der materiellen Insolvenz des Vertragspartners, ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht einräumen, wurden vor dem IRÄG 2010 nicht gesetzlich erfasst. Diskutiert wurden sie allerdings im Lichte des § 25a KO im Zusammenhang mit der Frage, ob mit solchen Klauseln das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 KO unzulässigerweise beschränkt würde. Außerhalb der KO bestimmten die §§ 20e Abs 2 AO und der (weiterhin in Geltung befindliche) 19 URG sinngemäß: *Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens ist unzulässig, außer bei Verträgen nach § 20 Abs. 3.*⁹⁶ Gegenstand der Untersuchungen waren daher einerseits die Unzulässigkeit von der Anwendung der §§ 21 bis 25 und damit auch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 KO beschränkenden Vereinbarungen sowie die Frage, ob und inwieweit das Fehlen einer dem § 20e Abs 2 AO entsprechenden Bestimmung in der KO eine planwidrige Lücke darstellt.⁹⁷

In der österreichischen Lehre setzte sich zunächst Wilhelm⁹⁸ mit dieser Thematik auseinander. Unter Bezugnahme auf ein Urteil des deutschen BGH⁹⁹ setzte er sich – vor Einführung des § 20e Abs 2 AO – für die Zulässigkeit von Lösungsklauseln ein. In diesem Sinne vertrat auch der OGH in ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln für den Fall der Konkurseröffnung.¹⁰⁰ Trotz gegenteiliger Ansichten in der Lehre vermochte auch der im Zuge des IRÄG 1997 eingeführte § 20e Abs 2 AO an der Judikaturlinie des OGH nichts zu ändern. Diese erfuhr nur insofern eine Anpassung, als der OGH

⁹⁵ Böhm, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

⁹⁶ Bei Verträgen nach § 20 Abs 3 KO handelte es sich um in der Anlage 2 zu § 22 BWG genannte außerbilanzielle Finanzgeschäfte (Z 1), um verschiedenste Wertpapieroptionen uä (Z 2), um Pensionsgeschäfte uä (Z 3) und um Wertpapierleihgeschäfte und -verleihgeschäfte (Z 4).

⁹⁷ Foglar-Deinhardstein, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (819).

⁹⁸ Wilhelm, RdW 1986, 363 ff.

⁹⁹ BGH, Urteil v 26.9.1985 - VII ZR 19/85 (OLG Celle).

¹⁰⁰ vgl nur OGH 5.6.1984 1 Ob 593/84; OGH 17.12.1986 8 Ob 651/86; OGH 8 Ob 539/91 in ecolex 1992, 846.

insolvenzabhängige Klauseln einer Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 ABGB unterzogen.¹⁰¹

Mit dem IRÄG 2010 wurde die Auflösbarkeit von Verträgen im Zusammenhang mit der Insolvenz eines Vertragspartners neu konzipiert. § 25a IO regelt die Auflösung von Verträgen durch Vertragspartner des insolventen Schuldners, § 25b IO erklärt ergänzend zu dieser Norm bestimmte Vereinbarungen für unwirksam. Intention dieser Regelungen ist es, die Sanierung von Unternehmen durch Beschränkungen der Kündigungsmöglichkeiten der Vertragspartner zu fördern, da bislang Sanierungsbemühungen oft bereits durch den automatischen Wegfall oder die Kündigung von für die Fortführung des Unternehmens wesentlichen Verträgen erfolglos waren.¹⁰²

§ 25b Abs 2 IO übernimmt die Vorgängerbestimmung aus der AO und erklärt die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für unzulässig. Wenn sonst keine ausreichenden Gründe vorliegen, soll das bloße Faktum der Insolvenzeröffnung für eine Vertragsauflösung nicht ausreichen.¹⁰³ Gemäß § 25b Abs 2 IO sollen also nur jene insolvenzabhängigen Lösungsklauseln unzulässig sein, die einen Auflösungsautomatismus zum Gegenstand haben oder die Einräumung von Kündigungs- oder Rücktrittsrechten an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens knüpfen. Klauseln, die (nur) an die materiell-rechtlichen Insolvenzvoraussetzungen knüpfen, sind hingegen nach § 25a IO zu beurteilen.

Insolvenzabhängige Lösungsklauseln können daher nicht mehr rechtsgültig vereinbart werden und bieten dem Erwerber kein taugliches Mittel, sich vom insolventen Bauträger zu entbinden. Einzig das Kündigungsrecht, das an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens anknüpft, könnte womöglich umgedeutet werden in ein Kündigungsrecht, das an die wirtschaftliche Verschlechterung des Vertragspartners anknüpft. § 25b Abs 2 IO hat lediglich den Zweck, Automatismen zu verhindern, nicht aber den Vertragsparteien jede Möglichkeit

¹⁰¹ *Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (819) mwN.

¹⁰² EB zur RV 612 BlgNR 25. GP 12 f.

¹⁰³ EB zur RV 612 BlgNR 25. GP 13.

der Vertragsbeendigung nach Insolvenzeröffnung zu nehmen. Zudem entspricht eine Konversion typischerweise eher dem Parteiwillen als die gänzliche Nichtigkeit der Klausel. Weiterhin zulässig sind jedoch Rücktritts- bzw Kündigungsregelungen, die an die wirtschaftliche Verschlechterung des Vertragspartners, und damit etwa an bestimmte Kennzahlen, anknüpfen.¹⁰⁴

4.6. (Teilweise) Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs

Nach § 7 Abs 3 BTVG können, soweit der Sicherungszweck dadurch nicht beeinträchtigt wird, die im BTVG vorgesehenen Sicherungen auch nebeneinander eingesetzt oder nachträglich einvernehmlich ausgetauscht werden. Nicht selten kommt es vor, dass im Rahmen eines nicht-grundbücherlichen Sicherungsmodells zusätzlich ein grundbücherliches Sicherungsinstrument, etwa die Anmerkung über die Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 40 Abs 2 WEG, eingetragen wird. Dies nicht zuletzt aufgrund § 37 Abs 1 WEG. Nach dieser Bestimmung werden Zahlungen des Erwerbers an den Wohnungseigentumsorganisator nicht vor Eintragung der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum fällig. Der Wohnungseigentumsorganisator darf sie vor Fälligkeit weder fordern noch annehmen. Der Wohnungseigentumsbewerber kann alle Zahlungen, die entgegen diesem Verbot angenommen wurden, zurückfordern. Der Wohnungseigentumsorganisator hat die angenommenen Beträge ab dem Zahlungstag mit einem den jeweiligen Basiszinssatz (§ 1 Abs. 1 1. Euro-JuBeG) um sechs Prozentpunkte übersteigenden Zinssatz zu verzinsen. Sagt der Bauträger also die Einräumung von Wohnungseigentum zu, hat er auch bei Wahl des schuldrechtlichen Sicherungsmodells dafür zu sorgen, dass zugunsten des Erwerbes die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG für das Kaufobjekt eingetragen wird.

Ein typisches Szenario ist etwa, dass bei Wahl der schuldrechtlichen Sicherung und Begebung einer Bankgarantie, verbunden mit der Einräumung der „§ 40 Abs 2 – Anmerkung“, der Bauträger während der Bauphase insolvent wird. Freilich liegt dieser Fallkonstruktion die nur teilweise Vorauszahlung des Kaufpreises an den Bauträger zugrunde. Andernfalls könne nicht von einem beidseitig unerfüllten Geschäft ausgegangen werden.

¹⁰⁴ Foglar-Deinhardstein, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (823).

Fraglich ist, wie sich die erwirkte Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum zugunsten des Erwerbers auf die Rücktrittsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters auswirkt. Der Bauträgervertrag setzt sich typischerweise aus Bauleistungen einerseits, und (im Regelfall) Eigentumsverschaffung andererseits zusammen. Die Bauleistungen sind zumeist noch nicht abgeschlossen – doch ist der Bauträger seinen vertraglichen Verpflichtungen hinsichtlich Eigentumsverschaffung durch die Erwirkung der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG bereits vollständig nachgekommen?

Bis zur Wohnrechtsnovelle 2016 gewährleistete der (damalige) § 43 Abs 4 WEG 1975 dem Erwerber einen Aussonderungsanspruch auch aufgrund einer bloßen Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG. Dieses Aussonderungsrecht wurde in weiterer Folge gestrichen. Daraus könnte unter Umständen der Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber hätte damit auch den tauglichen Schutz vor den Folgen eines denkbaren Rücktritts des Insolvenzverwalters beseitigen wollen. Der Insolvenzverwalter könne so die Löschung der Anmerkung begehren, da infolge des Rücktritts die rechtliche Grundlage der Anmerkung weggefallen sei.¹⁰⁵

Zutreffend hält dem *Gartner*¹⁰⁶ entgegen, dass dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden kann, er wollte im Zuge der Wohnrechtsnovelle 2006 die Schutzmechanismen der Erwerber verschlechtern. So habe der Gesetzgeber gerade mit derselben Novelle die bis dahin bestehende Diskussion zur Frage, ob die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG in den Umfang der gemäß § 150 EO vom Erwerber in der Zwangsversteigerung zu übernehmen ist, durch entsprechend ausdrückliche Regelung zugunsten des Erwerberschutzes geklärt.

§ 43 Abs 4 WEG lautet: *„Wenn zu Gunsten des Wohnungseigentumsbewerbers eine Anmerkung nach § 40 Abs. 2 oder eine Streitanmerkung nach Abs. 3 eingetragen ist, hat im Fall der Zwangsversteigerung der Liegenschaft der Ersteher sowie im Fall der Verwertung der Liegenschaft in der Insolvenz des Liegenschaftseigentümers der Ersteher oder Erwerber die*

¹⁰⁵ vgl *Gartner*, BTVG³ § 7 Rz 39; siehe auch *Vonkilch*, Anmerkungen zum Ministerialentwurf für eine BTVG-Novelle wobl 2007, 281 derselbe in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, Rz 31 zu § 40 WEG; differenziert *Friedl*, BTVG in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrechts Kurzkommentar², § 7, Rz 7f.

¹⁰⁶ *Gartner*, BTVG³ § 7 Rz 39.

dem Wohnungseigentumsbewerber auf Grund dieser Anmerkungen zustehenden Rechte nach Maßgabe des § 150 der Exekutionsordnung zu übernehmen.“

Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber durch die Novelle generell den Schutzbereich des Wohnungseigentumsbewerbers ausdehnen, und nicht einschränken wollte.¹⁰⁷ Siehe dazu etwa die Entscheidung des OGH 5 Ob 18/09x:

„Diese Bestimmung [Anm.: § 40 Abs 2 WEG] dient(e) der (frühzeitigen) grundbücherlichen Sicherung des Wohnungseigentumsbewerbers, besonders der Sicherung seines Ranges zum Schutz gegen nachfolgende Veräußerung oder Belastung, also gegen jede nachrangige vereinbarungswidrige Vorgangsweise des mit der Anmerkung Belasteten. Die Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts bewirkt, dass in sinngemäßer Anwendung des § 57 Abs 1 GBG zur Umsetzung des Rangprinzips die Löschung sämtlicher, nicht nach § 24a Abs 3 Z 1 - 3 WEG 1975 bzw § 40 Abs 4 Z 1 - 3 WEG 2002 ausgenommener Eintragungen begehrt werden kann. Der durch die Anmerkung Gesicherte soll durch die Löschung der Zwischeneintragungen so gestellt werden, wie wenn sein Recht schon im Zeitpunkt der Anmerkung einverleibt worden wäre (RIS-Justiz RS0113522; 5 Ob 168/06a = wobl 2007/71 [Call] = NZ 2007/688 [Hoyer], 5 Ob 175/07g = wobl 2008/36 [Call], je mwN).“

In diesem Sinne führte der OGH auch in seiner nachfolgenden Entscheidung 1 Ob 11/12t vom 23.03.2012 aus:

„Die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 soll den Wohnungseigentumsbewerber vor Nachteilen im Fall der Insolvenz des Liegenschaftseigentümers und der Zwangsversteigerung der Liegenschaft schützen. § 43 Abs 4 WEG 2002 in der Fassung vor der Wohnrechtsnovelle (WRN) 2006 BGBl I 2006/124, räumte dem durch eine Anmerkung begünstigten Wohnungseigentumsbewerber Aussonderungs- bzw Exzindierungsansprüche ein, welche die WRN 2006 durch die Verpflichtung des Erstehers oder Erwerbers, die dem Wohnungseigentumsbewerber aufgrund der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 zustehenden Rechte

¹⁰⁷ Gartner, BTVG³ § 7 Rz 39; ErlRV 1183 BlgNR 22. GP 30; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Rz 31 zu § 40 WEG; Stabentheiner in wobl 2006, 277.

nach Maßgabe des § 150 EO zu übernehmen, ersetzt (vgl Vonkilch aaO Vor §§ 37-44 WEG, Rz 31 f). Darüber hinaus wahrt die Anmerkung dem Wohnungseigentumsbewerber den Rang für den späteren Erwerb des Eigentums am Mindestanteil und des Wohnungseigentums auch im Falle der nachträglichen Veräußerung oder Belastung der Liegenschaft (vgl RIS-Justiz RS0113522; vgl Vonkilch aaO Rz 27; vgl Dirnbacher WEG idF WRN 2009, 448; vgl Würth/Zingher/Kovanyi aaO § 40 WEG Rz 6). Auch die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum zu Gunsten schlichter Miteigentümer ist als tauglicher Gegenstand für eine Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG 2002 zu sehen, weil diese ja nicht nur den Schutz des Erwerbs des Mindestanteils, sondern auch des darüber hinausgehenden Erwerbs des Wohnungseigentums als beschränktes dingliches Nutzungs- und Verfügungsrecht bezweckt (Vonkilch aaO § 40 WEG Rz 12 mwN; vgl Illedits, Das Wohnungseigentum [2002] Rz 114). Sie bewirkt zusätzlich, dass sich ein späterer Erwerber der Liegenschaft oder von Liegenschaftsanteilen nicht auf seine Gutgläubigkeit berufen kann, soweit es die Begründung von Wohnungseigentum betrifft (die iSd § 3 Abs 2 WEG 2002 zwingend alle wohnungseigentumstauglichen, als Wohnungseigentumsobjekte gewidmete Objekte erfasst) und daher für die Klage der nach § 43 WEG 2002 durchsetzbaren Ansprüche des Wohnungseigentumsbewerbers passiv legitimiert ist (vgl Vonkilch aaO § 40 WEG Rz 28; Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht [2011] § 40 WEG Rz 16 und 19).“

Das Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 IO ist generell dann ausgeschlossen, wenn zumindest eine Vertragspartei vollständig geleistet hat. Dieses Rücktrittsrecht ist allerdings unter Umständen auch ausgeschlossen, wenn die vollständige Erfüllung durch den Bauträger iSd § 1412 ABGB (noch) nicht anzunehmen ist, insbesondere dem Erwerber das Eigentum noch nicht verschafft wurde.

Ganz allgemein gilt: Wenn die Einverleibung bei Insolvenzeröffnung noch nicht durchgeführt wurde, könnte sie gewissermaßen insolvenfest gesichert sein. Dies zum einen dadurch, dass – wenngleich dies in der Bauvertragspraxis selten vorkommt – das Einverleibungs- bzw Vormerkgesuch vor dem Tag der Insolvenzeröffnung eingelangt ist.¹⁰⁸

¹⁰⁸ vgl Bollenberger, ÖBA 1994, 825.

So bestimmt § 13 IO: *Einverleibungen und Vormerkungen in den öffentlichen Büchern über unbewegliche Sachen können auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewilligt und vollzogen werden, wenn sich der Rang der Eintragung nach einem vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegenden Tage richtet.*

Zum anderen ist die Einverleibung gemäß § 56 Abs 3 GBG auch dann zu bewilligen, wenn der Käufer (oder der Treuhänder für ihn) über einen Rangordnungsbeschluss verfügt, die Urkunde über das Geschäft schon vor dem Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgefertigt war und der Tag ihrer Ausfertigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan ist. Die Einverleibung kann somit auch ohne zusätzliche Zustimmung des Verkäufers oder des Insolvenzverwalters durchgesetzt werden. Insoweit geht § 56 Abs 3 GBG § 21 IO vor und verschafft dem Käufer eine insolvenzfeste Anwartschaft.¹⁰⁹ Ansonsten wäre wohl der Sicherungszweck des § 56 Abs 3 GBG, nämlich die Sicherung der Verbüchierung des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers, torpediert.¹¹⁰

Wenn nun aber – um zum hier interessierenden Ausgangsfall zurückzukehren – der Käufer zwar nicht über einen Rangordnungsbeschluss (§§ 53 ff GBG) verfügt, zu seinen Gunsten aber die Anmerkung über die Einverleibung von Wohnungseigentum eingetragen ist, ist § 56 Abs 3 GBG analog anzuwenden. So kann also nach der herrschenden Lehre auch ohne begleitende Anmerkung der Rangordnung unter der Voraussetzung, dass eine vor dem Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgefertigte Titelurkunde vorliegt, deren Ausfertigungsdatum durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan ist, die Einverleibung im Rang der Anmerkung in analoger Anwendung des § 56 Abs 3 noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollzogen werden.¹¹¹

Böhm¹¹² verweist in diesem Zusammenhang auf die Ähnlichkeit der Funktionen der beiden Anmerkungen sowie auf das (Anmerkung: seinerzeitige) Aussonderungsrecht nach § 25 Abs 4 WEG 1975, welchem ansonsten kein Sinn zukäme. Jedenfalls ginge auch der Gesetzgeber von der Insolvenzfestigkeit der Anmerkung über die Zusage zur Einräumung von

¹⁰⁹ K. Binder in *Kodek*, Grundbuchsrecht² (2016) § 56 GBG Rz 10; Bollenberger, *ecolex* 2004, 258 (259).

¹¹⁰ Bollenberger, *ÖBA* 1994, 825 (826f).

¹¹¹ K. Binder in *Kodek*, Grundbuchsrecht² (2016) § 56 GBG Rz 12 mwN.

¹¹² Böhm, *wobl* 1999, 109 mwN.

Wohnungseigentum aus, wenn er in § 9 Abs 2 BTVG normiert, dass bei einem Bauträgervertrag über den Erwerb von Wohnungseigentum die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum gemäß § 24a Abs 2 WEG eine ausreichende bürgerliche Sicherstellung des Erwerbers abgibt, und sie damit hinsichtlich ihrer Sicherungsgewähr der Vormerkung und der Ranganmerkung gleichstelle. Ohne Insolvenzfestigkeit der „§ 40 Abs 2 – Anmerkung“ wäre das grundbücherliche Sicherungsmodell im Standardfall des beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrages zum Zusammenbruch verurteilt.

Nicht zu verkennen ist auch der Wille des den § 24a WEG 1975 – also im Wesentlichen die „Vorgängerbestimmung“ zum heutigen § 40 WEG – einführenden Gesetzgebers. So zeigt der Justizausschussbericht zum IRÄG 1982 (1147 BlgNR 15. GP), dass mit beiden Anmerkungen durchaus ähnliche Schutzwirkungen erzielt werden sollten. Auf Seite 28 des Justizausschussberichts wird ausgeführt, dass *die neu geschaffene Bestimmung des § 24a WEG es ermöglichen soll, dem Wohnungseigentumsbewerber schon in einem möglichst frühen Zeitpunkt eine grundbücherliche Sicherung zu verschaffen...Wenngleich die Voraussetzungen für diese Eintragung und die Möglichkeiten ihrer Ausnützung ganz anders als bei der Anmerkung der Rangordnung im Sinn des Grundbuchgesetzes geregelt sind, entsprechen die im § 24a Abs 3 WEG umschriebenen Rechtswirkungen im wesentlichen dieser Art der Anmerkung.*

Es gilt somit die bisherige Rechtsansicht weiter, wonach einem Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Bauträgers jedenfalls ein Rücktrittsrecht gegenüber dem Erwerber nicht zusteht, sobald zu dessen Gunsten die Anmerkung der Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG eingetragen ist. Auch bei kridamäßiger Verwertung der Liegenschaft hat der Ersterer die Rechte und Pflichten aus dieser Anmerkung zu übernehmen. Dem Erwerber steht auch dann weiterhin das Recht zu, die Begründung von Wohnungseigentum im Rang seiner Anmerkung durchzusetzen.¹¹³

Die „§ 40 Abs 2 – Anmerkung“ sichert dem Erwerber also eine exekutions- und insolvenz-feste Rechtsposition, die seit der durch die Grundbuchsnovelle 2012 in Kraft getretene § 3

¹¹³ Gartner, BTVG³, § 7 Rz 39.

Abs 4 WEG, die eine weitgehend friktionsfreie Verbücherung von provisorischen Miteigentumsanteilen ermöglichen soll, noch verstärkt werden kann.¹¹⁴ Aufgrund des Fortbestehens der Anmerkung und ihrer Rechtswirkungen kann ein allfälliger Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 Abs 4 IO nur hinsichtlich der noch ausstehenden baulichen Leistungen, nicht jedoch hinsichtlich des „eigentumsverschaffenden“ Teils des Bauträgervertrags erklärt werden.

Wenn die Eintragung der Anmerkung verabsäumt wurde (obwohl sie nach dem grundbücherlichen Sicherungsmodell vorzunehmen gewesen wäre oder § 37 WEG es erfordert hätte) und auch kein provisorisches Miteigentum einverleibt wurde, kann der Insolvenzverwalter vom gesamten Vertrag zurücktreten. Wurde der Erwerber schuldrechtlich – etwa durch Begebung einer Bankgarantie – gesichert, kann er durch Ziehung der Garantie den Bauträgervertrag auflösen und sein eingesetztes Kapital zurückerhalten.

Hat der Treuhänder (§ 12 BTVG) allerdings bei Wahl der grundbücherlichen Sicherung die Eintragung der Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG nicht durchgeführt (und auch nicht schlichten Miteigentum des Erwerbers einverleibt), oder wurde überhaupt kein Treuhänder bestellt, stellt sich die Situation für den Erwerber, der ungesichert in Vorleistung getreten ist, katastrophal dar. Der Insolvenzverwalter kann vom Vertrag zurücktreten und die Übergabe der Liegenschaft oder der Liegenschaftsanteile bzw der Anwartschaftsrechte auf Wohnungseigentum verweigern. Der Erwerber hat lediglich einen Rückforderungsanspruch in Gestalt einer Insolvenzforderung und ist auf Schadenersatzansprüche gegen den – allenfalls bestellten – Treuhänder zu verweisen.¹¹⁵

4.7. Rücktrittsrecht bei Besitzverschaffung?

Die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG zugunsten des Erwerbers sichert diesem in Hinblick auf sein (Wohnungs-)Eigentumsrecht eine insolvenz sichere Position. Zu prüfen bleibt, ob auch die Besitzverschaffung ähnliche Wirkung entfalten kann und die Rücktrittsmöglichkeit nach § 21 IO ausschließt.

¹¹⁴ Gartner, BTVG³, § 7 Rz 39 mwN.

¹¹⁵ Gartner, BTVG³, § 7 Rz 42; OGH 5 Ob 193/10h.

Zutreffend zeigt in diesem Zusammenhang *Bollenberger*¹¹⁶ zunächst auf, dass der insolvenzrechtliche Erfüllungsbegriff von der rein zivilrechtlichen Erfüllung nach § 1412 ABGB zu unterscheiden ist. Mag zwar der Verkäufer aus allgemein zivilrechtlicher Perspektive erst mit Verschaffung der faktischen Innehabung und (lastenfreiem) Eigentum erfüllt haben, ist die Eigentumsverschaffung aus insolvenzrechtlicher Sicht als Erfüllung zu werten. Nach dem Vollzug der Einverleibung steht nämlich dem Käufer, sollte ihm der Besitz noch nicht übertragen sein, als Eigentümer ein Aussonderungsanspruch auf Räumung der Liegenschaft zu (§ 44 KO).

Dadurch erlange er auch im Konkurs die vollständige Gegenleistung. Dies gelte sogar, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt wurde: Es läge dann zwar ein beidseits nicht (vollständig) erfüllter Vertrag vor, doch sollte das Rücktrittsrecht nach § 21 IO, das die Vertragsdurchführung verhindern könnte, seinem Zweck nach nicht zur Anwendung gelangen: Das Insolvenzverfahren diene unter anderem der Realisierung des gemeinschuldnerischen Vermögens. Gehört zu diesem ein Anspruch aus einem beidseits unerfüllten Vertrag, lasse § 21 IO den Insolvenzverwalter die günstigste Art der Verwertung der vom Schuldner noch zu erbringenden Leistung wählen: Der Insolvenzverwalter könne die ausstehende Leistung bei Festhalten am Vertrag mit der Gegenleistung austauschen oder durch Rücktritt auf andere Weise verwerten. Der Rücktritt setze somit die anderweitige Verwertbarkeit des vom Schuldner noch zu erbringenden Leistungsteiles voraus.¹¹⁷ Da der bloße Besitz jedoch nicht verwertet werden kann, sei § 21 IO in teleologischer Reduktion nach vollzogener Eigentumsumschreibung nicht anzuwenden.¹¹⁸ Die Verschaffung von Eigentum bzw dessen insolvenz-sichere Anwartschaft schließt daher die Anwendbarkeit von § 21 IO aus.

Gemäß dem Postulat der „Unmaßgeblichkeit der Besitzverschaffung“ *Bollenbergers* zeigt auch *Böhm*¹¹⁹ zutreffend auf, dass der nachträgliche Eingriff in den bereits abgeschlossenen Vertrag im Wege eines Rücktritts erst nach Erlangung – bzw Sicherung – der dinglichen

¹¹⁶ *Bollenberger*, Treuhänder Liegenschaftsverkehr und Konkurs einer Partei, ÖBA 1994, 825 (826).

¹¹⁷ vgl *Jaeger/Henckel*, KO⁹ § 17 Rz 46.

¹¹⁸ *Bollenberger*, Treuhänder Liegenschaftsverkehr und Konkurs einer Partei, ÖBA 1994, 825 (826).

¹¹⁹ *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

Rechtsstellung unzumutbar wäre. Dies rechtfertige auch ein Vergleich auf die Rechtslage beim Eigentumsvorbehalt im Falle der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers, wo der Vorbehaltskäufer den Kaufgegenstand innehat. Nach herrschender Ansicht sei auch dieser dem Rücktritt des Insolvenzverwalters ausgesetzt, weshalb es keinen hinreichenden Grund gebe, dem Insolvenzverwalter den Rücktritt zu verwehren, nur weil der Partner des insolventen Schuldners bereits Innehabung an der verkauften unbeweglichen Sache und/oder Urkundenbesitz erlangt hat.

Hat also der Erwerber weder vollständig erfüllt, noch kommt ihm eine insolvenz sichere Anwartschaft zugute, ist der Insolvenzverwalter bei bloßer Besitzeinräumung am Vertragsobjekt und bei Übergabe sämtlicher Urkunden zum Rücktritt nach § 21 IO berechtigt. Dies bedeutet nach der Ansicht *Böhms* aber nicht in jedem Fall, dass der Erwerber infolge des Rücktritts die bereits geleisteten Zahlungen verliert bzw diesbezüglich auf eine etwaige Quote reduziert wird: Der Erwerber hat nach erfolgtem Gesamtrücktritt die Wohnung zwar grundsätzlich an die Masse zurückzustellen und hat selbst Anspruch auf Rückzahlung des an den Verkäufer bereits geleisteten Entgelts. Die für den Erwerber fatale Konsequenz der Rückstellung der Wohnung bei gleichzeitiger Anmeldung einer bloßen Insolvenzforderung könne jedoch vermieden werden, wenn man auch auf die Fälle „bloßer“, also grundbücherlich nicht gesicherter, Übergabe einer Wohnung jene Grundsätze anwendet, die für die ähnliche Situation beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt entwickelt wurden. Der Erwerber hätte also in derartigen „Pattstellungen“ die Wohnung nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises an die Masse herauszugeben.¹²⁰

Dieser Ansatz ist mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, die sich für eine *ex nunc*-Wirkung des Rücktritts durch den Insolvenzverwalter ausspricht, hingegen nicht vereinbar. Es kommt damit zu keiner Rückabwicklung, die dem Vertragspartner aufgrund ihres Zug-um-Zug Charakters bis zum Erhalt der vollen Gegenleistung ein Zurückbehaltungsrecht gewährt.¹²¹

¹²⁰ *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

¹²¹ aA *Riedler* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht^{IX} Rz 3/29.

4.8. Mangelnde oder gelungene Rangsisicherung – einzelne Fallvarianten

In den weitaus häufigsten Fällen wird die Insolvenz des Bauträgers jedoch in einem Zeitpunkt eintreten, zu dem an eine Übergabe des Kaufgegenstands noch nicht zu denken ist. Im Rahmen des grundbücherlichen Modells in Verbindung mit ratenplanmäßiger Auszahlung wird kommt es kaum zu einer vollständigen Vorleistung des Erwerbers, sind doch die Fälligkeiten der einzelnen Kaufpreistraten an das Erreichen gewisser Bauabschnitte gekoppelt. Umgekehrt wird der Erwerber – wenngleich er bei grundbücherlicher Sicherung zumindest im Wege der „§ 40 Abs 2 – Anmerkung geschützt ist bzw sein sollte – zumeist noch überhaupt keine Bauleistungen in Empfang genommen haben, da der Bau im Regelfall noch nicht fertiggestellt ist. Überhaupt kann bei Zwischenschaltung eines Treuhänders (siehe dazu oben Punkt 4.3.1) in den meisten Fällen davon ausgegangen werden, dass der Bauträgervertrag noch nicht als beidseitig vollständig erfüllt anzusehen ist.

4.8.1. Wohnung und Gesamtanlage noch nicht fertiggestellt, dingliche Rechtsposition noch nicht erhalten

Die in der Praxis am häufigsten auftretende Konstellation lässt sich wie folgt skizzieren: Der Kaufgegenstand (Wohnung) ist zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht fertiggestellt (und daher auch noch nicht übergeben). Der Erwerber (bzw der Treuhänder für ihn) hat nach Erhalt einzelner Baufortschrittsbestätigungen bereits einzelne Kaufpreistraten an den Bauträger oder den Zessionar gezahlt. Die vereinbarte Rechtsstellung hat der Erwerber noch nicht erlangt. Neben ihrer Verschaffung sind daher insbesondere noch die restlichen Bauarbeiten ausständig. Die Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung ist durch Ausnutzung der entsprechenden insolvenzfesten grundbücherlichen Sicherstellung möglich, der Anspruch auf Finalisierung der Bauarbeiten hingegen wird von den Insolvenzwirkungen voll erfasst.

Bereits aufgezeigt wurde, dass die rangwahrende Eigentumseinverleibung nach § 56 Abs 3 BGB gesichert ist, wenn der Erwerber über einen Rangordnungsbeschluss verfügt, die Urkunde über das Geschäft schon vor dem Tage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausge-

fertigt war und der Tag ihrer Ausfertigung durch eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung dargetan ist. Trotz Insolvenzeröffnung ist die Einverleibung gemäß § 13 IO auch dann gesichert, wenn sich der Rang der Eintragung nach einem vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegenden Tage richtet, das Eigentums- bzw Vormerkgesuch also vor Insolvenzeröffnung gestellt wurde. Im Einklang mit der herrschenden Meinung¹²² verdrängen die §§ 13 IO und 56 Abs 3 GBG in ihrem Anwendungsbereich § 21 IO.

Klar ist dabei aber, dass die Rücktrittsmöglichkeit nach § 21 IO nur in jenem Umfang verdrängt werden, wie die insolvenzfeste Sicherung reicht. Gesichert ist der Erwerber schließlich nur in seinem Recht auf (Wohnungs)Eigentumseinverleibung, und nicht auch auf die Fertigstellung der Bauarbeiten am Kaufgegenstand. Besteht zwar der Bauträgervertrag typischerweise aus den Bauträgerverpflichtungen Einräumung der vereinbarten Rechtsstellung und Errichtung bzw durchgreifende Erneuerung eines Bauwerks, erfährt nur Ersteres eine insolvenzfeste Sicherung. Das Insolvenzrisiko hinsichtlich des „Errichtungsteils“ wird insofern abgedeckt (abzufedern versucht), als die Ratenpläne nach § 10 BTVG die wechselseitigen Leistungen (Kaufpreiszahlung und Bauleistungen) in ein äquivalentes Verhältnis rücken sollen.

Wurde zugunsten des Erwerbers die Anmerkung über die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum eingetragen, verbleibt dem Insolvenzverwalter nur das Recht zum Teilrücktritt hinsichtlich der noch offenen Bauleistungen. Der Bauträgervertrag bleibt somit bezüglich der vom Erwerber bereits erbrachten Leistungen und der diesen entsprechenden oder dahinter zurückbleibenden Gegenleistungen des Bauträgers aufrecht. Insoweit die Leistungen des Bauträgers hinter denen des Erwerbers zurückbleiben (was bei gesetz- und ratenplankonformer Auszahlung nicht passiert), hat der Erwerber (ungesichert) vorgeleistet und ist mit dem der Vorleistung entsprechenden Teil seiner Forderung Konkursgläubiger.¹²³

¹²² Bollenberger, ÖBA 1994, 827 mit ausführlicher Begründung; Lehner, NZ 1986, 124 Fn 19; Engin-Deniz, Bauträgervertragsgesetz - Kurzkomentar (1997), Rz 13 zu § 12; im Ergebnis auch Schumacher, NZ 1991, 2 f; Böhm, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

¹²³ Böhm, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

Wesen des Ratenplans ist jedoch, dass der Bauträger in Vorleistung tritt und erst nach Erreichen gewisser Abschnitte auszahlungsberechtigt ist. Hinsichtlich dieser sowie der noch offenen (Vor)Leistungen steht nun dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht nach § 21 Abs 4 IO zu. Erklärt er den Rücktritt, steht der Masse im Umfang der Vorleistungen ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Erwerber zu, dem wiederum etwaige Schadenersatzansprüche nach § 21 Abs 2 IO gegenüberstehen. Die Sicherung des Erfüllungsinteresses durch die grundbücherliche Sicherung tritt deutlich zu Tage: Trotz Insolvenz des Bauträgers bleibt dem Erwerber die praxisgerechte Chance erhalten, doch noch zur fertigen Wohnung zu gelangen.

Ob dem Erwerber dabei die vereinbarte Rechtsposition bereits vor Insolvenzeröffnung verschafft oder diese durch rechtzeitige Anbringung des Gesuchs auf Einverleibung im Sinne der §§ 13 IO in Verbindung mit 29 Abs 1 GBG, durch Einverleibung von schlichtem Miteigentum, durch Erwirkung einer Veräußerungsrangordnung oder einer Anmerkung über die Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum insolvenzfest gesichert wurde, macht dabei keinen Unterschied. Wurde der Erwerber hingegen nicht insolvenzfest und rangwährend abgesichert und wurde ihm auch keine (zusätzliche) schuldrechtliche Sicherheit gewährt, ist seine Situation eine durchaus fatale. Er hat diesfalls noch keine Leistung erhalten und ist in womöglich beträchtliche Vorleistungen getreten. Mangels tatsächlicher Übergabe des Kauobjekts steht ihm auch kein „Druckmittel“ in Form eines Zurückbehaltungsrechts zu. Seine Forderungen gegenüber dem insolventen Bauträger wird er als bloße Insolvenzforderungen anzumelden haben. Eine Haftung des Treuhänders gegenüber dem Erwerber wird wohl nur schwer von der Hand zu weisen sein.

4.8.2. Sämtliche Bauleistungen abgeschlossen, grundbücherliche Durchführungen noch ausständig

Ist die gesamte (Wohnungseigentums-)Anlage bereits fertiggestellt – der Kaufpreis aber noch nicht vollständig ausgezahlt – und mangelt es bei Insolvenzeröffnung nur noch an faktischer Übergabe und grundbücherlicher Durchführung, ist der Erwerber idealerweise erneut durch die Sicherungsinstrumente geschützt. Der Erwerbsvorgang bleibt insolvenzfest und ist

vor einem Rücktritt des Insolvenzverwalters geschützt, sodass der Erwerber früher oder später jedenfalls seine ihm zugesagte Rechtsposition erhält.

Im Gegensatz zu der eben skizzierten Ausgangslage kommt dem Insolvenzverwalter allerdings hier nicht einmal das Teilrücktrittsrecht zu. Zur vollständigen bauträgerseitigen Vertragserfüllung fehlt schließlich nur noch die Übergabe des Kaufobjekts an den Erwerber. Diesen Anspruch auf Übergabe kann der Erwerber leicht durchsetzen, indem er seine rangwahrende Sicherung ausnutzt und die Wohnung in weiterer Folge aus der Masse aussondert. Andererseits sprechen gute Gründe dafür, § 21 IO insoweit teleologisch zu reduzieren, als der Rücktritt in solchen Konstellationen per se unzulässig ist. Da der bloße Besitz nicht selbständig verwertet werden kann, entspricht ein Teilrücktritt nicht der Zielsetzung des Gesetzgebers.

In der Regel wird der Bauträger zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung (oder auch erst später) mit der Erbringung seiner Leistungen in Verzug sein. Unabhängig von etwaigen Rücktrittsrechten des Insolvenzverwalters kann der Erwerber weiterhin von seinem Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB Gebrauch machen. Nachdem der Bauträgervertrag nicht sinnvollerweise in einen Übergabe- und einen Bauleistungs- und Rechtsverschaffungsteil aufgeteilt werden kann, wäre der Vertrag hier als unteilbar zu behandeln¹²⁴ und würde aus Sicht des Erwerbers nur ein Gesamtrücktritt infrage kommen. Bei dieser – in der Praxis wohl kaum interessierenden – Variante ist der Erwerber durch die Zug-um-Zug vorzunehmende Rückabwicklung gesichert. Er kann von der Einrede nach § 1052 ABGB Gebrauch machen und die Rückübereignung von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig machen (siehe dazu näher unten Punkt 5.2.2). Freilich ist die dadurch entstehende „Pattsituation“ nur bedingt empfehlenswert.¹²⁵

Wiederum ist die Lage für den Erwerber verheerend, wenn er über keine adäquate Sicherheit verfügt. Mangels vollständiger Erfüllung an den – nicht besitzenden – Erwerber könnte der Insolvenzverwalter vom gesamten Vertrag zurücktreten. Auch wenn es in den meisten Fällen eher den Masse- und Gläubigerinteressen entspricht, das ohnedies fertiggestellte Objekt zu

¹²⁴ vgl. RIS-Justiz RS0018438.

¹²⁵ Böhm, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109 mwN.

übergeben, (Wohnungs)Eigentum einzuräumen und den Kaufpreis einzuziehen, ist der Gesamtrücktritt damit nicht per se unzulässig und unmöglich. Neben der Insolvenzforderung ist der Erwerber auf Schadenersatzansprüche gegen den Treuhänder zu verweisen.

4.8.3. Wohnung bereits übergeben, grundbücherliche Rechtsstellung noch nicht verwirklicht

Wenn hingegen im umgekehrten Fall die Wohnung bereits übergeben wurde, der Erwerber aber die vereinbarte Rechtsposition noch nicht erlangt hat, schützt ihn freilich die im Rahmen des grundbücherlichen Modells zwingende grundbücherliche Sicherung, sodass der Bauträgervertrag trotz der Insolvenz– bei Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 21 IO – durchgeführt werden kann. Der Erwerber hätte dann vollständige vertragsgemäße Erfüllung erlangt.

Wurde die grundbücherliche Sicherung unterlassen, steht dem Insolvenzverwalter – trotz Besitzverschaffung (zur Unmaßgeblichkeit der Besitzverschaffung siehe oben Punkt 4.7) – aufgrund objektiver Leistungsunteilbarkeit die Möglichkeit offen, den Gesamtrücktritt zu erklären. Der Erwerber hat dann die Wohnung an die Masse zurückzustellen und selbst einen Anspruch auf Rückzahlung des an den Schuldner vorgeleisteten Entgelts. Nach zutreffender Ansicht *Böhms* kann die fatale Konsequenz der Rückstellung der Wohnung bei gleichzeitiger Anmeldung bloßer Insolvenzforderungen vermieden werden, wenn man auch auf die Fälle „bloßer“, also grundbücherlich nicht gesicherter, Übergabe einer Wohnung jene Grundsätze anwendet, die für die ähnliche Situation beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt entwickelt wurden. Der Erwerber hat also die Wohnung nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises an die Masse herauszugeben.¹²⁶

4.8.4. Wohnung wurde vor Fertigstellung der Bauarbeiten übergeben

Das Szenario der Übergabe der Wohnung vor restloser Erledigung der Bauarbeiten ist vor allem dann nicht unwahrscheinlich, wenn der eigentliche Vertragsgegenstand, nämlich (in

¹²⁶ *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

der Regel) die Wohnung bereits fertiggestellt wurde, die restlichen Arbeiten an der Gesamtanlage, deren Fertigstellung der Bauträger ebenso schuldet, jedoch noch ausständig geblieben sind. Die Insolvenzeröffnung wirkt sich vor allem dadurch auf den Erwerber aus, als es dem Bauträger nunmehr verwehrt ist, weiterzubauen und die Restarbeiten fertigzustellen.¹²⁷ Gemäß § 3 Abs 1 IO sind nämlich Rechtshandlungen des Schuldners, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesetzt werden und die Insolvenzmasse betreffen, den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam. Mit dieser Bestimmung soll die Masse gegenüber Handlungen des Schuldners rechtlich „abgeschirmt“ sein.¹²⁸

Wenn der Erwerber die vereinbarte Rechtsposition bereits erlangt hat oder entsprechend abgesichert wurde, kann der Insolvenzverwalter allenfalls nach § 21 Abs 4 IO von den noch ausstehenden Leistungen an der Gesamtanlage (zu denken ist hier etwa an Allgemeinflächen wie Stiegen, Gärten, Liftanlagen etc.) zurücktreten. Rückforderungsansprüche auf Rückzahlung von auf diese Arbeiten entfallende und bereits getätigte Zahlungen wären im Insolvenzverfahren anzumelden.

Fehlt die insolvenzfeste Sicherung, gilt prinzipiell das bereits oben Ausgeführte. Zumeist wird es sinnvoller sein, in den Bauträgervertrag einzutreten, die wohl nur geringfügigen Restarbeiten erledigen (zu lassen) und den gesamten Kaufpreis zu erhalten. Im Falle des Gesamtrücktritts wäre das Kaufobjekt nur gegen Bezahlung des gesamten Kaufpreises zurückzustellen. Anzudenken ist in diesem Fall der von *Böhm*¹²⁹ ins Treffen gebrachte Ansatz, dem Insolvenzverwalter eine Kombination aus Teilrücktritt und Eintritt zu ermöglichen. Ähnlich wie der Gläubiger nach § 918 Abs 2 ABGB bei Schuldnerverzug und Teilbarkeit der Leistung das Wahlrecht hat, bezüglich aller noch offenen Leistungsteile zurücktreten, auch soweit sie noch nicht fällig sind (auf die bereits vorher erbrachten Teilleistungen und die dafür geschuldete Gegenleistung bleibt der Rücktritt hingegen ohne Einfluss), oder den Rücktritt nur auf die verzögerte Teilleistung zu beschränken¹³⁰, soll der Insolvenzverwalter

¹²⁷ *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

¹²⁸ *Fink*, Insolvenzrecht¹⁰, 39.

¹²⁹ *Böhm*, Der beiderseits unerfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 109.

¹³⁰ *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg)*, Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017) zu § 918 ABGB Rz 17.

in die Eigentumsverschaffungspflicht eintreten und hinsichtlich der (insofern teilbaren) Arbeiten an der Gesamtanlage insoweit vom Vertrag zurücktreten können, als sie vom Erwerber noch nicht entgolten sind. Gerade in einem Projektstadium, in dem nur noch geringfügige Restarbeiten zu erledigen sind, ist – wenn, aus welchen Gründen auch immer, nicht in den gesamten Vertrag eingetreten wird – entspricht dieser Lösungsansatz am ehesten den Interessen aller Beteiligten.

5. RECHTSFOLGEN DER INSOLVENZ DES BAUTRÄGERS AUF DEN EINSEITIG VOLLSTÄNDIG ERFÜLLTEN BAUTRÄGERVERTRAG

Neben der vollständigen Erfüllung beider Parteien und der – bereits erörterten – beidseitig noch unvollständigen Erfüllung des Bauträgervertrags sind die Varianten der vollständigen Erfüllung des Bauträgers bei (teilweise) ausstehenden Zahlungen des Erwerbers (Punkt 5.1) sowie der vollständigen Erfüllung (Vollzahlung) bei zumindest teilweise ausstehenden Leistungen des Bauträgers (Punkt 5.2) zu unterscheiden. Nur im Fall des beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Bauträgervertrages sind die Rechtsfolgen der Insolvenz des Bauträgers insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 21 IO zu beurteilen. Aufbauend auf den Erörterungen zum beidseitig noch nicht vollständig erfüllten Vertrag sind daher nachstehend die Auswirkungen der Bauträgerinsolvenz auf den zumindest einseitig bereits erfüllten Bauträgervertrag darzulegen, wobei wiederum *Böhm*¹³¹ eine taugliche Gliederungsstruktur bietet.

5.1. Bauträger hat vollständig geleistet - der Erwerber noch nicht

Im Rahmen des grundbücherlichen Modells hat – in der Regel, wenn also vom Ratenplan nicht zugunsten des Erwerbers abgegangen wurde – der Bauträger nach Fertigstellung der Gesamtanlage Anspruch auf die letzte Kaufpreisrate (der einzubehaltende Haftrücklass wird hier außer Acht gelassen). Bei Wahl der schuldrechtlichen Sicherung, etwa durch Begebung einer abstrakten Bankgarantie, hat der Erwerber zumeist den gesamten Kaufpreis im Voraus entrichtet. In bloßen Ausnahmefällen werden die Vertragsparteien eine Regelung treffen, wonach ein verbleibender Kaufpreisteil erst zu einem späteren Zeitpunkt – etwa nach der

¹³¹ *Böhm*, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

Übergabe des Kaufobjekts – zu zahlen ist. Es wird daher womöglich selten vorkommen, doch zeigt sich, dass die Variante der bauträgerseitigen vollständigen Erfüllung bei ausständigen Zahlungen des Erwerbers jedenfalls zumindest denkbar ist.

Unter vollständiger Erfüllung ist grundsätzlich die Fertigstellung und Übergabe der Wohnung bei ebenfalls Fertigstellung der Gesamtanlage, sowie die Verschaffung der vereinbarten Rechtsstellung – zumeist Wohnungseigentum –, inklusive Löschung aller nicht zu übernehmenden Lasten, zu verstehen.¹³² Nach der herrschenden Ansicht bedeutet vollständige Erfüllung im Sinne des § 21 IO mängelfreie Erfüllung – davor kann man (insolvenzrechtlich) noch nicht von vollständiger Erfüllung sprechen (siehe oben Punkt 4.4).

Wie bereits aufgezeigt, ist es der vollständigen Erfüllung der „Rechtsverschaffungspflichten“ gleichzusetzen, wenn der Bauträger „alles getan hat“, um den Erwerber in die Lage zu versetzen, selbst durch Stellung der entsprechenden Anträge den Rechtsübergang herbeiführen kann. So schließen sowohl die rechtzeitige Antragstellung, als auch die rechtzeitige Vertragsunterfertigung samt Verfügung über einen Rangordnungsbeschluss, als auch die Erwirkung der Anmerkung über die Zusage zur Einräumung von Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG das Wahlrecht des Insolvenzverwalters – zumindest in Bezug auf den nichtbaulichen Vertragsteil – aus.

Wenn also der Bauträger vollständig geleistet hat, kann der Erwerber die empfangenen Leistungen behalten. Die ausständigen Zahlungen muss er gemäß § 3 Abs 2 IO schuldbefreiend an den Insolvenzverwalter tätigen. Ein wie immer gearteter Schaden des Erwerbers ist in dieser Konstellation also nicht denkbar. Dem Insolvenzverwalter bliebe allenfalls die Möglichkeit, die Rechtshandlungen des Schuldners (bzw unter Umständen den Bauträgervertrag selbst) nach den Bestimmungen der §§ 27 ff IO anzufechten. Freilich wird die Erfüllung eines Anfechtungstatbestandes in der Praxis kaum vorkommen. Zu denken ist allenfalls an die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung, insbesondere nach § 28 Z 2 IO.¹³³

¹³² Böhm, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69; Vgl Aicher in *Rummel*, ABGB², Rz 1 f zu § 1061; Rz 1 zu § 1062.

¹³³ Engin-Deniz, BTVG, Rz 14 zu § 12.

Im – unwahrscheinlichen – Fall einer erfolgreichen Anfechtung des Bauträgervertrages muss der Erwerber als Anfechtungsgegner gemäß § 39 Abs 1 IO alles bereits Empfangene an die Masse zurückstellen bzw, wenn dies „nicht tunlich ist“, Ersatz leisten. Umgekehrt könnte der Erwerber nach § 41 Abs 1 IO die Zurückstellung seiner Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Unterscheidbar vorhanden ist der Kaufpreis des Erwerbers zumeist nur dann, wenn der Bauträger gesonderte Konten führt (und auch keine Auszahlungen an ein Gemeinschaftskonto erfolgt ist). Trifft dies nicht zu, wird dem Erwerber eine Kondiktion eingeräumt, soweit die Masse um den Wert der Leistung des Erwerbers bereichert ist. Wie jede Masseforderung wird jedoch der Anspruch auf Erstattung der Bereicherung bei nicht genügender Deckung durch die Masse, das heißt wenn diese nicht hinreicht, alle Massegläubiger voll zu befriedigen, quotenmäßig gekürzt¹³⁴; dies ist im gegebenen Zusammenhang insoweit von Relevanz, als bei einem Bauträgerprojekt regelmäßig mehrere Erwerber Ansprüche auf Rückerstattung der Bereicherung geltendmachen werden. Weitergehende Ansprüche (hier ist insbesondere an Aufwandsersatzansprüche oder die Rückforderung jener bereits bezahlten Kaufpreisteile zu denken, die den Wert der vom Erwerber zurückgestellten Leistung übersteigen) können nach § 41 Abs 2 IO nur als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.¹³⁵

Beim schuldrechtlichen Sicherungsmodell, das primär die Rückforderungsansprüche sichert, kann sich der Erwerber – wenn er nur anteilig befriedigt wird oder gar seine Forderungen nicht anmeldet (anmelden möchte) – aus der Bankgarantie schadlos halten und hat insofern keine finanziellen Einbußen zu befürchten. Anders hingegen bei grundbücherlicher Sicherstellung, die vor allem den Erfüllungsanspruch, und nicht allfällige Rückforderungen schützt. Erleidet der Erwerber – etwa infolge Masseunzulänglichkeit – einen Ausfall, oder wird er hinsichtlich etwaiger Insolvenzforderungen nur quotenmäßig befriedigt, kann er allenfalls auf den Treuhänder verwiesen werden.

¹³⁴ Karollus, ÖBA 1988, 131.

¹³⁵ Böhm, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

5.2. Erwerber hat vollständig erfüllt, der Bauträger noch nicht

Hat der Erwerber vollständig erfüllt, der Bauträger allerdings (noch) nicht, verwirklicht sich das erwerberseitige Vorleistungsrisiko. Wenn der Erwerber nicht schon vor Insolvenzeröffnung, etwa nach § 918 ABGB, zurückgetreten ist, hindern freilich auch erst nach Insolvenzeröffnung auftretende (oder noch immer andauernde) Leistungsstörungen nicht die Wahl des Erwerbers, nach § 918 ABGB entweder am Vertrag festzuhalten oder den Rücktritt zu erklären. Der Erwerber wird sich daher entscheiden müssen, seinen Erfüllungsanspruch als Insolvenzforderung anzumelden oder den Rücktritt zu erklären und allenfalls den Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten Entgelts (§ 921 ABGB) als Insolvenzforderung geltend zu machen.

*Forderungen, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet sind oder deren Geldbetrag unbestimmt oder nicht in inländischer Währung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzwert in inländischer Währung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend zu machen (§ 14 Abs 1 IO). Der Erwerber hat daher den Erfüllungsanspruch zu bewerten, weshalb es je nachdem, ob die zu bewertende Leistung den Restpreis übersteigt oder nicht, zu erheblichen Unterschieden zwischen Rücktritt vom und Festhalten am Vertrag kommen kann.*¹³⁶

5.2.1. Folgen bei schuld- oder pfandrechtlicher Sicherung

Tritt der Erwerber, der schuld- oder pfandrechtlich gesichert ist, vom Vertrag zurück, bildet sein Rückforderungsanspruch eine Insolvenzforderung, die normalerweise einen erheblichen Ausfall befürchten lässt. Das Vorleistungsrisiko ist allerdings dadurch abgefangen, dass er über die in Höhe des Kaufpreises begebene Bankgarantie (oder ein anderes taugliches Sicherungsmittel) verfügen kann. Tritt der Erwerber nur hinsichtlich der ausstehenden Bauarbeiten zurück, etwa weil er bereits Eigentümer ist oder zu seinen Gunsten die Anmerkung nach § 40 Abs 2 WEG eingetragen ist und insofern die teilweise Aufrechterhaltung des Vertrages sinnvoller ist, so muss er vorsichtig sein. Zieht er „kommentarlos“ die Bankgarantie, gilt der gesamte Vertrag gemäß § 8 Abs 5 ex lege als aufgelöst. Möchte er dies nicht, so hat er dies explizit zu erklären (siehe oben Punkt 4.5.1).

¹³⁶ vgl. Böhm, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

5.2.2. Folgen bei grundbücherlicher bzw mangelhafter oder fehlender Sicherung

Wie bereits ausgeführt, schützt das grundbücherliche Modell das Erfüllungsinteresse des Erwerbers, nicht jedoch etwaige Rückforderungen. Der Erwerber ist daher bereits dinglich abgesichert. Zudem wird es kaum zu vollständigen Vorleistungen kommen, da der Ratenplan die Teilzahlungen stets an das Erreichen gewisser Bauetappen knüpft. Einzig die Phase zwischen letzter Teilzahlung nach Fertigstellung der Gesamtanlage und Erlangung der zugesagten Rechtsposition (zumeist Wohnungseigentum) ist von einer Vorleistung des Erwerbers gekennzeichnet. Nachdem die Übergabe des Objekts selbst keine Auszahlungsvoraussetzung ist, wird diese in den meisten Fällen vor Insolvenzeröffnung auch noch nicht stattgefunden haben. Abhängig insbesondere von der bereits erfolgten Übergabe des Vertragsgegenstands, sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden.

- Wenn Kaufobjekt und Gesamtanlage bereits fertiggestellt, aber noch nicht übergeben sind, erwarten den Erwerber keine großen Schwierigkeiten. Er kann von seiner Sicherheit Gebrauch machen (oder er ist bereits als Eigentümer einverleibt) und sondert sein Kaufobjekt aus der Masse aus (§ 44 IO).
- Vorgenannter Fall setzt freilich voraus, dass der – notwendig zu bestellende – Treuhänder für eine ausreichende grundbücherliche Sicherung gesorgt hat. Hat er dies verabsäumt, wird er wohl mit Schadenersatzansprüchen des Erwerbers zu rechnen haben.
- Sind Kaufobjekt und Gesamtanlage fertiggestellt und dem Erwerber bereits übergeben, der jedoch noch nicht die zugesagte bücherliche Rechtsstellung genießt, schützt ihn freilich wieder die zwingende dingliche Sicherstellung seiner Rechtsposition, so dass der Bauträgervertrag trotz Insolvenz durchgeführt werden kann.

Wiederum bereitet die Unterlassung der insolvenzfesten Sicherung Schwierigkeiten, insbesondere dann, wenn dem Erwerber – bei Fertigstellung der Gesamtanlage und des Kaufobjekts – das Kaufobjekt bereits übergeben wurde. Der Erwerber kann in diesem Fall den Bau-

trägervertrag nicht einseitig auf Grundlage einer Sicherung durchführen, der Insolvenzverwalter kann aufgrund vollständiger Erfüllung seitens des Erwerbers nicht nach § 21 IO zurücktreten.

Nach *Böhm*¹³⁷ entsteht zunächst eine Pattstellung¹³⁸, da der Erwerber der Räumungsklage der Masse den Bauträgervertrag (und damit das aus diesem erfließende Recht zum Besitz) entgegenhalten kann. Wäre der Anspruch auf Eigentumsverschaffung tatsächlich eine nach § 14 IO zu bewertende Insolvenzforderung, entspräche dies weder den Erwerber-, noch den Masseinteressen.

Die Forderung des Erwerbers ziele (nur) auf Verschaffung der dinglichen Rechtsposition ab. Je nachdem, ob bereits eine grundbuchsfähige Aufsandungserklärung abgegeben wurde, sei die Forderung auf deren (nachzuholende) Abgabe oder auf Unterlassung der Verhinderung der Erlangung der Rechtsstellung gerichtet. Keine dieser beiden Forderungsalternativen sei in Geld bewertbar; zudem habe derart „sach- und besitzentkleidetes“ Eigentum keinen Vermögenswert. Dies gelte aber nur dann, wenn die Wiedererlangung von Besitz und Innehabung gänzlich auszuschließen ist, so etwa dann, wenn der Erwerber dem Bauträger „ewig“ den Bauträgervertrag entgegenhalten könne und somit das Eigentum des Bauträgers als mit Vollendung der Ersitzung auflösend bedingtes Eigentum anzusehen sei. Das Kaufobjekt sei daher im Ergebnis nicht der Masse zuzurechnen und wäre damit der Übereignungsvorgang auch nicht von der Grundbuchsperrung gemäß § 13 IO erfasst; die Kombination aus Ersitzungsbesitz und vollständiger Erfüllung stelle daher ebenfalls eine insolvenzbeständige Sicherung dar.

Meiner Ansicht nach ist dieser Lösungsvorschlag zwar in vielen Fällen durchaus interessengerecht, entfernt sich aber zu weit von den Vorgaben der IO. Zum einen fußt der Lösungs-

¹³⁷ *Böhm*, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69.

¹³⁸ vgl. *Iro*, Kein Wahlrecht des Masseverwalters nach § 21 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt?, RdW 1989, 294.

ansatz auf der Annahme, dass der Bauträgervertrag, der auf bauliche Arbeiten und Verschaffung der dinglichen Rechtsposition gerichtet ist, dem Erwerber ein direktes Besitzrecht verschafft. Zum anderen zeigt sich ein gewisser Widerspruch darin, dass zwar anerkannt wird, dass der Bauträger – wenn auch „besitzentkleidet“ – Eigentum am Kaufobjekt hat. Dass gerade diese „Eigentumsform“ entgegen dem allgemeinen Grundsatz nach § 2 Abs 1 IO nicht massezugehörig sein soll, ist meines Erachtens nicht nachvollziehbar, knüpft doch die Massezugehörigkeit nicht an den Vermögenswert bzw der Verwertbarkeit eines Objekts, sondern vielmehr an der Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung.

Diese vermeintliche Pattsituation, die der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 2 Ob 687/86 = SZ 60/206 nach Ansicht *Böhms* nicht erkannt bzw ignoriert hätte, wurde inzwischen höchstgerichtlich eindeutig geklärt. Die Entscheidungen des 7. und des 10. Senats 7 Ob 114/07a bzw 10 Ob 14/07t betrafen Eigentumswohnungen im selben Haus und dieselben Rechtsfragen. In beiden Entscheidungen bestätigte der Oberste Gerichtshof letztlich die Räumungsbegehren der Kläger, die ihrerseits die Wohnungen aus der Masse erwarben und in der Zwischenzeit in das Grundbuch eingetragen wurden.

Unter Verweis auf die Entscheidung 2 Ob 687/86 = SZ 60/206 sei die Beurteilung, ob vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung verkaufte Liegenschaften noch zu dessen gemäß § 1 KO in die Konkursmasse fallendem Vermögen gehören, nach der Bestimmung des § 431 ABGB und den darin normierten Intabulationsvoraussetzungen vorzunehmen. Demgemäß ist außer einem Erwerbstitel auch die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Die Aushändigung einer einverleibungsfähigen Urkunde und die Übergabe bzw Übernahme der Liegenschaft bewirken noch nicht den Übergang des Eigentums; dieses verbleibt vielmehr bis zur Eintragung des Neueigentümers beim bisherigen Eigentümer.

Wurde bis zum Tag der Konkurseröffnung eine Einverleibung vom Käufer nicht beantragt, so ist von dem auf die öffentliche Bekanntmachung des Inhaltes des Konkursediktes folgenden Tag an eine solche auch nicht mehr möglich, weil zufolge der in § 13 KO normierten Grundbuchssperre Einverleibungen nach der Konkurseröffnung nur noch dann bewilligt und vollzogen werden können, wenn sich der Rang der begehrten Eintragung nach einem vor der Konkurseröffnung liegenden Tag richtet (RIS-Justiz RS0034769). Für die Beurteilung des Ranges nach § 13 KO sind die allgemeinen Vorschriften des Grundbuchsrechtes (§ 29 GBG) und damit – mangels Ranganmerkung – der Zeitpunkt der Einbringung des Gesuches beim Grundbuchsgericht maßgebend (7 Ob 6/99d; RIS-Justiz RS0011465). Diese Voraussetzung liegt hier aber nicht vor.

Nachdem die Klägerin im Ausgangsfall also zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung Eigentümerin war, fielen die Miteigentumsanteile gemäß § 1 Abs 1 KO in die Konkursmasse (RIS-Justiz RS0063858, RS0063848). Ein bloßer Kaufvertrag verschaffe einen Verschaffungsanspruch, aber kein Eigentum. Im Fall der Übertragung des Besitzes an den Erwerber gewährt der Vertrag, solange das Erwerbsgeschäft nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, lediglich einen auf Erwerb des dinglichen Rechtes gerichteten Titel, nicht jedoch das dingliche Recht selbst (RIS-Justiz RS0011111; 8 Ob 109/03t = SZ 2003/141; 10 Ob 18/05b).

Der obligatorische Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einer Liegenschaft ist hierbei ein aus der Konkursmasse zu befriedigender und stellt damit eine Forderung im Sinn des § 14 Abs 1 KO dar (vgl 8 Ob 25/98d). War der Gemeinschuldner noch bürgerlicher Eigentümer der Liegenschaft, dann verwandelt sich der obligatorische Anspruch des Käufers auf Verschaffung des Eigentums an der Liegenschaft durch die Konkurseröffnung in eine Geldforderung auf das Interesse als Konkursforderung (RS0063909). Der Vertragsteil, der vorausgeleistet hat, muss sich mit der Konkursquote begnügen (8 Ob 25/98d mwN).

Weiters komme eine analoge Anwendung des § 24 KO, demgemäß die Masse vollinhaltlich in den Bestandvertrag eintritt, nicht in Betracht. Im Ergebnis fehle einem „besitzverstärkten

obligatorischen Nutzungsrecht" des Erwerbers, das dem Räumungsbegehren des Eigentümers angeblich entgegengehalten werden könne, die gesetzliche Grundlage (OGH 7 Ob 114/07a, 10 Ob 14/07t).

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Judikatur keine „Pattstellung“ erkennt. Offen – und stets einer Einzelfallprüfung zu unterziehen – bleibt allerdings der Einwand eines zumindest konkludent zustande gekommenen Bestandvertrags, den der Insolvenzverwalter nach § 24 IO zu dulden hätte.

Um also sein letztes in Betracht kommendes „Druckmittel“ nicht zu verlieren, sollte der Erwerber, bevor er das Objekt räumen muss, seinen Vertragsrücktritt erklären. Tritt der Erwerber nach § 918 ABGB zurück, wird der Vertrag nämlich rückabgewickelt. Die Rückabwicklung erfolgt dabei Zug-um-Zug gemäß § 1052 ABGB¹³⁹, dessen Anwendbarkeit nach herrschender Ansicht von der Insolvenzeröffnung nicht berührt wird.¹⁴⁰ Der Erwerber hat das Kaufobjekt daher nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises herauszugeben.¹⁴¹

Zu guter Letzt bleibt noch folgende Variante zu untersuchen: Das Kaufobjekt wird im Sinne des § 10 Abs 2 Z 1 lit e bzw Z 2 lit e vorzeitig übergeben. Der Erwerber ist bereits bürgerlicher Eigentümer oder macht diesbezüglich von seiner Sicherung Gebrauch. Dieser ist daher insofern von der Insolvenz des Bauträgers betroffen, als es dem Bauträger nach § 3 IO verwehrt ist, weiterzubauen und etwa die Wohnung oder die Gesamtanlage fertigzustellen. Der Erwerber hat nach § 918 ABGB nunmehr die Wahl, von den verbleibenden (wohl nur noch geringfügigen) Bauleistungen zurückzutreten oder an der Erfüllung festzuhalten und den Erfüllungsanspruch nach Maßgabe des § 14 IO als Insolvenzforderung anzumelden. Wurde die

¹³⁹ Schurr in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) zu § 1052 ABGB Rz 2; Spitzer/Binder in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) zu § 1052 ABGB Rz 34 mwN.

¹⁴⁰ Widhalm-Budak in Konecny, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 9 mwN (Stand 1.10.2017, rdb.at); zum Anfechtungsrecht vgl Karollus, ÖBA 1988, 128 ff; weiters König, Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ Rz 16/16 f mwN:

¹⁴¹ vgl auch Iro, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101.

insolvenzfeste Besicherung unterlassen, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

6. ZUSAMMENFASSUNG

Das Baugewerbe ist insgesamt insolvenzgefährdeter als andere. Dies liegt, neben anderen Gründen, wohl insbesondere an der typischerweise knappen Kapitalausstattung der Bauträger, die – mit Ausnahme der zu entwickelnden Liegenschaft – oftmals kaum über nennenswerte Vermögenswerte verfügen. Als Tochter- und Enkelgesellschaften größerer Konzerne ist es für diese freilich attraktiver, die Risiken, die mit jedem Bauvorhaben einhergehen, aufzuteilen.

Diese Insolvenzgeneigntheit hat den Gesetzgeber bereits vor dem Inkrafttreten des BTVG auf den Plan gerufen, der auf mehreren Ebenen versucht hat, die Insolvenzrisiken im Baubereich etwas abzufedern. Vor allem der Konsumentenschutz hat schließlich mit dem BTVG und seiner umfassenden Novelle im Jahr 2008 eine neue Dimension erreicht, weshalb bei richtiger Anwendung Sorgenfalten auf der Erwerberseite tatsächlich nicht mehr notwendig sind.

Wird nun über das Vermögen des Bauträgers ein Insolvenzverfahren eröffnet, kommt es zur Beurteilung der Auswirkungen auf den Bauträgervertrag unter anderem darauf an, ob er als zumindest einseitig erfüllt zu qualifizieren und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 IO ausgeschlossen ist. Diese Situation liegt am ehesten vor, wenn sich die Parteien auf eine schuldrechtliche Sicherung einigten und der gesamte Kaufpreis bereits direkt an den Bauträger – und nicht über einen Treuhänder – bezahlt wurde. Grundsätzlich steht der Erwerber je nach Baufortschritt vor der Wahl, selbst vom Vertrag zurückzutreten oder am Vertrag festzuhalten und seinen Erfüllungsanspruch als Insolvenzforderung anzumelden.

Kommt dem Insolvenzverwalter allerdings das Wahlrecht zugute, wird er unter Befolgung seiner Pflicht, möglichst masseschonend zu agieren (§ 81 IO), in den meisten Fällen keine andere Wahl haben, als nicht in den bestehenden Vertrag einzutreten.¹⁴²

Hätte ein Rücktritt vor der Zeit des BTVG noch vielfach einen hohen finanziellen Ausfall des Erwerbers bedeutet, so sind seine Rückforderungsansprüche bei schuldrechtlicher Absicherung in voller Höhe gesichert. Eine grundbücherliche Sicherstellung sichert den Erfüllungsanspruch und ermöglicht dem Erwerber, sein Objekt selbst fertigzustellen. Neben der vom BTVG ausdrücklich erklärten Zulässigkeit der Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum nach § 40 Abs 2 WEG gibt es (neben der Übertragung von Eigentum) noch weitere insolvenz- und grundbuchsrechtliche Sicherungsmittel, die ebenso den Erfüllungsanspruch insolvenzfest besichern.

Es darf bei all den positiven Auswirkungen des Erwerberschutzes aber nicht außer Acht gelassen werden, dass das BTVG nicht Selbstzweck ist und es Aufgabe des Bauträgers bzw. des Treuhänders ist, für die im Rahmen des gewählten Sicherungsmodells ordnungsgemäße Sicherung zu sorgen. Wird dies unterlassen, können die Folgen für den Erwerber trotz Haftpflichtversicherung des Rechtsanwalts oder des Notars katastrophal sein.

¹⁴² Maschke, Lösungsansätze eines Masseverwalters bei der Abwicklung eines Bauträgerkonkurses, *immolex* 2010, 42.