



# Kündigungsrecht bei Bauträgerinsolvenz zurück

## 1. Ausgangslage: Problembeschreibung aktuell

Aktuell rollt eine Insolvenzwelle durch die Bauträgerbranche. Laut Institut der Deutschen Wirtschaft (IW-Köln) haben im letzten Jahr 578 von insgesamt rund 5.000 Bauträgern in Deutschland Insolvenz angemeldet. Das sind rund zehn Prozent in einem Jahr und die Welle setzt sich ungehindert fort. Die Praxis zeigt die Probleme im Insolvenzfall des Vertragspartners. Will ein:e Verbraucher:in eine Eigentumswohnung oder ein Haus vom Bauträger erwerben, bezahlt er/sie für Eigentum, das zunächst auf dem Grundstück des Bauträgers gebaut wird. Erst mit Fertigstellung bekommt der/die Erwerber:in seine/ihre Wohneinheit übergeben. Meldet der Bauträger während der Bauphase Insolvenz an, kommt es mindestens zu erheblichen Bauzeitverzögerungen und Mehrkosten, die oftmals die finanzielle Leistungsfähigkeit der Erwerber:innen übersteigen.

Die Fortführung des Baus liegt erst einmal im Ermessen des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO). Dieser kann sich für die Entscheidung monatelang Zeit nehmen. Der/die Erwerber:in kommt nach aktueller Rechtslage nicht aus dem Vertrag. Ein Recht auf Kündigung des Vertrags steht dem/der Erwerber:in nach dem Gesetz nicht (mehr) zu und eine finanzielle Absicherung des/der Erwerber:in beim Rücktritt ist praktisch nicht vorhanden. Der Rückzahlungsanspruch im Hinblick auf gezahlte Raten ist eine bloße Insolvenzforderung. Das Vormerkungsmodell erweist sich nach wie vor als unzureichend. Es ist gerade bei Insolvenzen des Bauträgers – je nach Bautenstand – mit hohen Risiken für den/die Verbraucher:in verbunden. Der/die Erwerber:in kann entweder das Eigentum an einem unfertigen Bauwerk erlangen. Dann muss er/sie den Bau in Eigenregie auf eigene Kosten fortführen, im Geschosswohnungsbau ist dies ein mehr als anspruchsvolles Unterfangen, welches der Abstimmung mit sämtlichen anderen Erwerber:innen bedarf. Die einzige vom Gesetz vorgesehene Alternative ist der Verzicht auf die Sicherungsvormerkung durch einen Rücktritt vom gesamten Bauträgervertrag – womit der/die Erwerber:in kein Eigentum erhält. Dann hätte er/sie zwar einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschläge, dieser ist aber wegen der Insolvenz faktisch wertlos, so dass der/die Erwerber:in hohe finanzielle Verluste tragen muss. Faktisch sitzt der/die Verbraucher:in in der Falle und muss Monate warten, während die Finanzierungskosten, die laufende Miete u.a.m. weiter zu tragen sind, bis die Erklärung des Insolvenzverwalters vorliegt, die in aller Regel darauf hinausläuft, nicht weiter zu bauen. Erst dann kann der/die Erwerber:in aktiv werden und eine fast immer notwendige Nachfinanzierung sowie die Fertigstellung der Bauruine organisieren.

## **2. Gesetzeslage vor 2018**

Hilfreich bzw. notwendig wäre ein Kündigungsrecht des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund, wie es der § 648a BGB für sonstige Bauverträge und auch den Verbraucherbaupvertrag vorsieht. Vor der Reform des Bauvertragsrechts 2018 – der Bauträgervertrag war bis dahin gesetzlich nicht geregelt – bestand diese Möglichkeit auch für Bauträgerverträge. Bis 2018 war im Einzelfall ein isoliertes Kündigungsrecht für den werkvertraglichen Teil des Bauträgervertrags vorgesehen, wenn der Bauträger dem Erwerber einen stichhaltigen und weitreichenden Anlass (aus wichtigem Grund/Insolvenz) zur Kündigung gab, ohne dabei den Eigentumsverschaffungsanspruch am Grundstück samt diesen sichernder Vormerkung zu verlieren. Der Bundesgerichtshof hat in seiner grundlegenden Entscheidung hierzu bereits 1985 genau die Lücke in der notwendigen Absicherung des Erwerbers beschrieben und deshalb die Notwendigkeit betont, dass eine außerordentliche Kündigung zuzugestehen sei. Diese Entscheidung wurde auch in die amtliche Sammlung der BGH-Entscheidungen aufgenommen und war die Grundlage einer Vielzahl weiterer Entscheidungen der Instanzgerichte. Mit Inkrafttreten der Bauvertragsreform wurde allerdings im § 650u Abs. 2 BGB geregelt, dass der § 648a BGB bei Bauträgerverträgen keine Anwendung findet. Insoweit wurde der vorangegangene Referentenentwurf, der ausdrücklich die Entscheidung des BGH von 1985 aufgriff, im Gesetzgebungsprozess noch verändert. Der abschließende Gesetzentwurf hatte den Sachverhalt des BGH-Urteils als Einzelfallentscheidung mit Ausnahmecharakter gedeutet, was schlechterdings nicht haltbar ist.

## **3. Gesetzesregelung seit 2018**

Seit 2018 regelt der § 648a Abs. 1 BGB für den Bauvertrag und den Verbraucherbaupvertrag folgendes: Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. § 648a Abs. 2 BGB ermöglicht zudem ausdrücklich die Teilkündigung auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werkes. In der Gesetzesbegründung und einschlägigen Kommentarliteratur wird ausgeführt, dass die Insolvenz des Unternehmers in der Praxis häufig einen wichtigen Grund für die Beendigung des Werkvertrags darstellt. Auch wenn bewusst kein generelles Kündigungsrecht bei Insolvenz eingeführt werden sollte, sei als unzumutbar anzusehen, wenn der Unternehmer seinen Geschäftsbetrieb bereits eingestellt habe und die Arbeiter nicht mehr auf der Baustelle erscheinen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung dargelegt, dass ein außerordentliches Kündigungsrecht in der Praxis insbesondere für Bauverträge, aber auch andere Werkverträge, die auf eine längerfristige Zusammenarbeit angelegt sind, anerkannt sei. Dies trifft grundsätzlich auch auf den Bauträgervertrag zu, dem vom Gesetzgeber 2018 allerdings § 648a BGB vorenthalten wurde.



§ 650u BGB hat den Bauträgervertrag und anwendbare Vorschriften zum Inhalt. In § 650u Abs. 2 BGB heißt es: *Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650d, § 650j Absatz 1 sowie die §§ 650k und 650l Absatz 1.* Der Gesetzgeber erkennt zwar an, dass der BGH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit einer Teilkündigung des werkvertraglichen Teils eines Bauträgervertrags mit der Folge einer Teilabwicklung bejaht. Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus solle es aber nicht (mehr) möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Auch in Fällen der gravierenden Pflichtverletzung, wenn der Bauträger vertragsuntreu ist und die weitere Vertragsdurchführung unzumutbar ist, solle nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts möglich sein. Die Problematik, die sich für den Käufer aus einem Vertragsrücktritt ergibt, ist unter 1. bereits erläutert: *Es besteht die Gefahr, dass der Erwerber, wenn er vom Vertrag zurücktritt, bei einer Insolvenz des Bauträgers die Auflassungsvormerkung und damit die Sicherheit der bereits geleisteten Zahlungen verliert, weil ihm gegenüber dem Berichtigungsanspruch des Insolvenzverwalters kein Zurückbehaltungsrecht an der Auflassungsvormerkung zur Seite steht. [...] Der Erwerber kann sich, sofern er nach § 3 MaBV gesicherte Abschlagzahlungen geleistet hat, nach neuem Recht vom Bauträgervertrag praktisch nicht lösen.* (Zitat Dr. Hans-Egon Pause, Das neue Bauvertragsrecht, C.H. Beck, 2017, S. 215).

Da die gesetzliche Einschränkung nach § 650u Abs. 2 BGB zu unangemessenen Ergebnissen führt, wird in der Literatur Erwerber:innen teilweise empfohlen, vertragliche Kündigungsrechte aus wichtigem Grund (beispielsweise für den Fall des Eigeninsolvenzantrages durch den Bauträger) bzgl. des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrages zu vereinbaren. Die Praxis zeigt, dass dieser Weg nur in Ausnahmefällen beschritten wird. I.d.R. gibt der Bauträger ein Muster seines Bauträgervertrages in Auftrag, den er dann für alle Einheiten eines Bauprojektes verwendet. Individuelle Vertragsänderungen zugunsten der Erwerber an den Kündigungsrechten werden regelmäßig vom Bauträger abgelehnt, zumal er sich auf den Gesetzgeber beziehen kann, der die gesetzlichen Kündigungsrechte aus wichtigem Grund beim Bauträgervertrag abgeschafft hat. Bereits wenige Monate nach dem Inkrafttreten dieser Regelungen wurde in der Fachliteratur darauf hingewiesen (Vogel, BauR 2018, 717), dass das tradierte Modell der Abschlagszahlungen nach MaBV in Kombination mit der nur scheinbar den/die Erwerber:in sichernden Vormerkung ggf. gegen europäisches Recht, nämlich die Verbraucherschutzrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95 S. 29) verstößt.

#### **4. Lösungsvorschlag BSB**

Wie oben festgestellt, können Erwerber den Werkvertragsteil eines Bauträgervertrags aus wichtigem Grund nicht mehr kündigen. Auch ein Rücktritt vom gesamten

Vertrag sollte mit Blick auf den Verlust des Auflassungsanspruchs (§ 106 InsO) als Schutz ihrer geleisteten Abschlagszahlungen nicht vorgenommen werden. Um aus dieser sehr nachteiligen Situation des/der Verbraucher:in herauszukommen, würde die Wiedereinführung eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund für den werkvertraglichen Teil des Bauträgervertrags sehr hilfreich sein. Dafür müsste nur der § 648a im § 650u Abs. 2 gestrichen werden.

Auch wenn diese Änderung die grundsätzliche Problematik des Bauträgervertragsrechts im Insolvenzfall des Bauträgers mit gravierend negativen zeitlichen und finanziellen Folgen für die Erwerber:innen nicht gänzlich löst, wäre eine solche Änderung eine spürbare Hilfestellung und ein Instrument in den Fällen, in denen Bauträger ohne Insolvenzantrag einfach abtauchen und nicht mehr leisten (steckengebliebener Bauträgervertrag) und darüber hinaus für den Regelfall, dass zwar eine Insolvenzeröffnung nach einiger Zeit zu erwarten ist, die sanierende Fortführung der Unternehmung unter Leitung eines Insolvenzverwalters aber höchst unwahrscheinlich ist. In diesem Fall muss der Erwerber die Bauerrichtungsverpflichtung kündigen können, bevor das Insolvenzverfahren eröffnet wird, da sich die Entscheidung des Insolvenzverwalters, ob er das Bauvorhaben fortführen wird oder nicht, über Monate in die Länge zieht. Danach sind ggf. noch mühsame Verhandlungen mit der sog. Bauträgerbank über die Endabrechnung notwendig, bevor Klarheit über die finanziellen Gegebenheiten besteht. Zumindest in diesen Fällen kann eine Teilkündigung zur Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit des Erwerbers bzw. der Erwerberin führen, der/die mit den anderen Erwerber:innen zusammen nun einen anderen Unternehmer suchen und mit der Fertigstellung des Bauvorhabens beauftragen kann, ohne ein wirtschaftliches Desaster hinnehmen zu müssen.

Berlin, 06.05.2024

Bauherren-Schutzbund e.V.