

Verbändebeteiligung zur Insolvenzabsicherung des Bestellers im Bauträgervertragsrecht

Stellungnahme der Bundesnotarkammer

3. März 2023



Zusammenfassung:

Der Abschluss eines Bauträgervertrages ist nach der aktuell geltenden Rechtslage für den Besteller oft mit einem wirtschaftlichen Risiko verbunden. Fällt der Unternehmer während der Bauausführung in Insolvenz, tun sich Schutzlücken auf.¹ Das vorgeschlagene „optionale Modell“ versucht, diese zu schließen, indem es den Unternehmer verpflichtet, ein Angebot zum abgesicherten Vertragsvollzug zu machen. Eine verbesserte Absicherung des Bestellers erscheint dringend geboten; vor diesem Hintergrund ist das Ziel der vorliegenden Initiative uneingeschränkt zu begrüßen.

Das zur Diskussion gestellte „optionale Modell“ begegnet insofern allerdings gewissen Bedenken. Einen deutlich effektiveren Schutz des Bestellers bei Insolvenz des Bauträgers würde eine verpflichtende Absicherung bewirken, wie sie unter anderem die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahr 2019 jedenfalls im Bereich von Verbraucherverträgen vorschlägt (A. I.).² Mit dem „optionalen Modell“ könnten unerwünschte Folgewirkungen verbunden sein (A. II.). Verschiedene Folgefragen bleiben jedenfalls momentan noch offen (A. III.). Langfristig erscheint daher zumindest im Bereich von Verbraucherverträgen weiterhin eine gesetzlich verpflichtende Absicherung vorzugswürdig. Eine entsprechende Regelung könnte Gegenstand einer späteren, umfassenderen Anpassung des Bauträgervertragsrechts sein. Um eine Bewertung der erreichten Absicherung zu ermöglichen, könnte das „optionale Modell“ mit einer Evaluierungspflicht versehen werden (A. IV.).

In jedem Fall sollte das „optionale Modell“ mit Aufklärungs- und Hinweispflichten des Unternehmers verbunden werden. Art und Umfang der Belehrung sollten gesetzlich konkretisiert werden (B. I.). Für notwendig erachten wir zudem eine gesetzliche Spezifizierung der anzubietenden Sicherheit (B. II.). Das Gesetz sollte schließlich eine sachgerechte Verteilung der Kosten auf Besteller und Unternehmer anordnen (B. III.).

¹ Vgl. zu den in der Literatur geäußerten Bedenken bzgl. insolvenzrechtlicher Risiken des Bauträgervertrages bspw. *Ampferl*, ZWE 2006, 214, 215; *Fuchs*, BauR 2020, 371; *Gogger* in *Gogger/Fuhst*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, 4. Aufl. 2020, Rn. 171; *Karczewski*, NZBau 2018, 328, 337; *Kessler*, RNotZ 2004, 177; *Kober* in BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 634 Rn. 1025 f.; *Koebler* in Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Compendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 10 Rn. 332 ff.; *Müller* in Hügler, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 84 ff.; *Weise*, NJW-Spezial 2018, 44; IBRNews 36720, Meldung vom 27.8.2021. Auch die Bundesnotarkammer hat bereits mehrfach auf die insolvenzrechtlichen Risiken aufmerksam gemacht und verschiedene, von Studien begleitete Lösungsvorschläge zum Schutz des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers erarbeitet, siehe hierzu DNotZ 2010, 561, 570.

² Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 19. Juni 2019, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BautraegervertragsR.html (zuletzt abgerufen am 21.2.2023).

Im Einzelnen:

A. Frage 1: „Sollte der Unternehmer vor dem Abschluss des Bauträgervertrags verpflichtet werden, dem Besteller eine Absicherung der Abschlagszahlungen für den Insolvenzfall als zusätzliche (und in der Regel mit Mehrkosten verbundene) Option anzubieten? Der Besteller könnte dann selbst entscheiden, ob er (unter Zahlung der entsprechenden Mehrkosten) einen Vertrag mit Insolvenzabsicherung schließen will oder aber einen (preisgünstigeren) Vertrag ohne Insolvenzabsicherung der Abschlagszahlungen bevorzugt.“

Ohne entsprechende Absicherung stellt die Insolvenz des Bauträgers ein erhebliches wirtschaftliches Risiko für den Besteller dar. Weder das in § 3 Abs. 2 MaBV vorgesehene Ratenzahlungsmodell noch die damit verbundene Absicherung des Bestellers durch eine Auflassungsvormerkung und Freistellungserklärung bieten in diesem Fall ausreichenden Schutz. Der Besteller bezahlt mit seinen Abschlagszahlungen den Baufortschritt auf fremdem Grund. Erst nach Bezahlung der letzten Rate erfolgt die Eigentumsumschreibung. Tritt der Insolvenzfall beim Unternehmer vor Eigentumsumschreibung ein, besteht eine potenziell existenzbedrohende Schutzlücke. Ein Rücktritt des Bestellers führt zum Verlust der Auflassungsvormerkung. Der Rückzahlungsanspruch ist eine nicht abgesicherte Insolvenzforderung, der Besteller wird regelmäßig erst viel später eine geringe Quote erhalten. Will der Besteller aus den genannten Gründen nicht zurücktreten, bleibt ihm nur die Möglichkeit, das Bauvorhaben von einem anderen Unternehmen zu einem meist erheblich höheren Preis fertigstellen zu lassen. Dies ist im Geschosswohnungsbau besonders problembehaftet, da mehrere Besteller betroffen sind und die Fertigstellung koordiniert werden muss.³

Erschwerend kommt hinzu, dass die Rechte des Bestellers bereits durch die Reform des Bauvertragsrechts⁴ beschnitten worden sind. Gemäß § 650u Abs. 2 BGB ist die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB) beim Bauträgervertrag ausgeschlossen.

Die notwendige Absicherung des Bestellers im Fall der Bauträgerinsolvenz wurde daher in den vergangenen Jahren immer wieder diskutiert.⁵ Die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht empfahl in ihrem Abschlussbericht vom 19. Juni 2019 eine Absicherung des Bestellers für den Fall der Insolvenz des Bauträgers durch zwei alternative Vergütungsmodelle, die jedenfalls bei

³ Siehe ausführlich zur Insolvenz des Bauträgers *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 15; der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 19. Juni 2019 stellt die Schutzlücke auf S. 4 plastisch dar, abrufbar unter https://www.bmi.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abchlussbericht_AG_BautraegervertragsR.html (zuletzt abgerufen am 21.2.2023).

⁴ BGBl. 2017 I 969.

⁵ Bereits die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht, welche die Reform des Bauvertrages vorbereitet hat, wies in ihrem Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 auf die Risiken bei Insolvenz des Unternehmers hin. Allerdings sei das Bauträgerrecht nicht Gegenstand der Erörterungen gewesen, vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18. Juni 2013, S. 8, abrufbar unter https://www.bmi.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abchlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.html (zuletzt abgerufen am 21.2.2023).

Verbraucherverträgen verpflichtend sein solle.⁶ Eine Reform der Absicherung des Bestellers beim Bauträgervertrag erscheint vor diesem Hintergrund dringend geboten und wird ausdrücklich begrüßt.

Nach dem „optionalen Modell“ wird der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller eine Absicherung der Abschlagszahlungen anzubieten. Nach unserer Einschätzung bestehen Bedenken, inwieweit eine solche Angebotspflicht den Schutz des Bestellers tatsächlich verbessert. Ein deutlich effektiverer Schutz dürfte durch eine verpflichtende Absicherung erreicht werden. Sie sollte daher jedenfalls für Verbraucherverträge weiterhin angestrebt werden und könnte gemeinsam mit anderen reformbedürftigen Regelungsgegenständen des Bauträgervertragsrechts, wie etwa der Abnahme in sog. „Nachzügler-Fällen“, in einer späteren, umfassenderen Gesetzesanpassung erfolgen.

I. Effektiverer Schutz durch verbindliche Regelungen

Das „optionale Modell“ schreibt eine Absicherung nicht verpflichtend vor, sondern stellt es in die Entscheidung der Vertragsparteien, ob eine Absicherung der Abschlagszahlungen vereinbart wird. In den Konstellationen, in denen eine Absicherung des Bestellers vor der Insolvenz des Unternehmers besonders erforderlich wäre – wirtschaftlich angeschlagene Bauträger oder wirtschaftlich schwache Besteller – bestehen Anreize, sich gegen eine Absicherung zu entscheiden. Durch verbindliche Regelungen könnte der Schutz des Bestellers gerade in diesen Fällen noch effektiver erhöht werden.

Das Stellen zusätzlicher Sicherheiten ist mit erhöhtem Aufwand und Kosten für den Unternehmer verbunden. Besonders Unternehmer, die sich bereits in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, haben in der Regel Probleme, entsprechende Sicherheiten überhaupt zu beschaffen. Gerade in den Fällen, in denen der Besteller vor einer drohenden Insolvenz geschützt werden müsste, könnte für den Unternehmer also der Anreiz bestehen, eine zusätzliche Absicherung durch entsprechende Gestaltung seines Angebots zu umgehen. Das „optionale Modell“ könnte dann faktisch leer laufen.

Umgekehrt zeigt die Erfahrung aus der Praxis, dass auch geschäftlich erfahrene und solvente Besteller die Gefahr einer Insolvenz unterschätzen und sich deshalb gegen eine teurere Absicherungsvariante entscheiden könnten. Jedenfalls wirtschaftlich schwache Besteller, für die eine Insolvenz des Bauträgers in der Regel mit existenzbedrohenden Folgen einhergeht, würden sich voraussichtlich vermehrt für die ungesicherte, weil auf den ersten Blick günstigere Variante entscheiden.

⁶ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 19. Juni 2019, abrufbar unter https://www.bmi.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BautraegervertragsR.html (zuletzt abgerufen am 21.2.2023).

In beiden Fällen scheint eine verbindliche Regelung deutlich besser geeignet, einen effektiven Schutz des Bestellers zu erreichen. Insbesondere im Bereich von Verbraucherverträgen werden wirtschaftlich unerfahrene Akteure häufig durch verbindliche Regelungen geschützt.⁷ Dies erscheint bei Bauträgerverträgen, bei denen der Abschluss des Vertrages für Verbraucher häufig eine einmalige Lebensentscheidung darstellt, erst recht geboten.

II. Mögliche unerwünschte Folgewirkungen des „optionalen Modells“

Bei der Errichtung von Wohnungseigentum könnte das „optionale Modell“ die Position wirtschaftlich schwächerer Erwerber im Falle der Insolvenz verschlechtern. Bauträgerverträge haben häufig die Errichtung von Wohnungseigentum zur Folge. In diesem Fall errichtet der Unternehmer ein Objekt und schließt Verträge mit mehreren Bestellern, die sich auf einzelne Einheiten des errichteten Gebäudes beziehen.

Fällt der Unternehmer während der Bauphase in Insolvenz und ist die Rückzahlung der Abschlagszahlung nicht abgesichert, werden Besteller aus oben genannten Gründen in der Regel kein Rücktrittsrecht ausüben. Da der Insolvenzverwalter regelmäßig die Erbringung weiterer Bauleistungen gemäß § 103 Abs. 2 InsO, § 106 Abs. 1 Satz 2 InsO verweigern dürfte, wäre es Sache der Besteller als verbleibende Bauherren, das Bauvorhaben von einem anderen Unternehmen zu einem meist erheblich höheren Preis fertigstellen zu lassen.⁸

Das „optionale Modell“ würde eine Spaltung dieser Schicksalsgemeinschaft der Besteller verursachen. Die Besteller, die sich aus wirtschaftlichen Gründen für eine teurere, abgesicherte Durchführung des Bauvorhabens entscheiden konnten, werden voraussichtlich vom Vertrag zurücktreten. Ihre halbfertigen Wohnungen würden dann unter den Zugriff des Insolvenzverwalters fallen. Zurück blieben diejenigen Besteller, die keine Absicherung gewählt haben oder aus wirtschaftlichen Gründen wählen konnten. Das Bemühen dieser verbleibenden Besteller um eine Fertigstellung des Objekts würde dadurch deutlichschwerer werden. Im Ergebnis könnte damit das „optionale Modell“ die Situation insbesondere für wirtschaftlich schwächere Besteller ohne Absicherung erheblich verschlechtern.

III. Offene Folgefragen

Das „optionale Modell“ wirft überdies verschiedene Folgefragen auf.

Offen scheint, wie die Pflicht des Unternehmers, dem Besteller eine Absicherung für den Insolvenzfall als zusätzliche Option anzubieten, rechtlich ausgestaltet werden soll. Eine echte „zusätzliche Option“ würde zwei verbindliche Angebote des Unternehmers, eines mit und eines ohne Absicherung der Abschlagszahlungen voraussetzen. Ein Angebot im Sinne einer verbindlich abgegebenen Willenserklärung des Bauträgers setzt nach § 311b Abs. 1 BGB die Beurkundung der jeweiligen Willenserklärung voraus. Die getrennte Beurkundung von Angebot

⁷ So sieht § 651r BGB bei Pauschalreiseverträgen etwa eine verpflichtende Absicherung in der Insolvenz des Reiseveranstalters vor.

⁸ Siehe hierzu *Basty*, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 4 Rn. 45 m.w.N.

und Annahme begegnet indes schon grundsätzlich berufsrechtlichen Bedenken und ist als gesetzlicher Regelfall ungeeignet.⁹ Das vorgeschlagene „optionale Modell“ dürfte entsprechend nicht als Pflicht zur Abgabe zweier verbindlicher Angebote zu verstehen sein.

Sofern eine Angebotspflicht demnach lediglich im Sinne einer reinen Informationspflicht des Unternehmers im Vorfeld des Vertragsschlusses verfolgt wird, ist offen, wie eine Bindung des Unternehmers an die abgesicherte Durchführung des Vertrages erreicht werden soll. Mangels Kontrahierungszwang könnte sich ein Unternehmer ohne weitere Begründung schlicht gegen einen Vertragsschluss mit demjenigen Besteller entscheiden, der sich für die Absicherung der Abschlagszahlungen entscheidet. Die Schutzwirkung des „optionalen Modells“ liefe damit leer.

Weiterhin erscheint offen, wie bei einem Verstoß des Unternehmers gegen die (bloße) Angebotspflicht eine Absicherung des Bestellers im Insolvenzfall erreicht werden kann. In vergleichbaren Fällen wird dem Besteller im Rahmen eines gesetzlichen Widerrufsrechts die Möglichkeit eingeräumt, sich einseitig vom Vertrag zu lösen. Denkbar wären weiterhin Rücktritts- oder Schadenersatzansprüche. Die genannten Ansprüche und Gestaltungsrechte dürften im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aber wirtschaftlich voraussichtlich wertlos sein.

IV. Anregung einer Evaluierung

Nach unserer Auffassung sollte eine möglichst hohe Absicherung des Bestellers bei Insolvenz des Bauträgers angestrebt werden.

Inwieweit das vorgeschlagene „optionale Modell“ das Schutzniveau für den Besteller erhöhen kann, erscheint aus den vorgenannten Gründen fraglich. Wollte der Gesetzgeber gleichwohl daran festhalten, regen wir daher an, das „optionale Modell“ jedenfalls mit einer Evaluationsfrist zu versehen. Damit wäre eine Überprüfung der rechtstatsächlich eingetretenen Änderung des Schutzniveaus sichergestellt, die einen etwaigen Nachbesserungsbedarf frühzeitig erkennen lässt.

Zumindest im Bereich von Verbraucherverträgen erscheint eine gesetzlich verpflichtende Absicherung vorzugswürdig, wie sie auch von der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht in ihrem Abschlussbericht angeregt wurde.

⁹ Siehe hierzu *Herrler* in Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 898 f.

B. Frage 2 zur Ausgestaltung eines „optionalen Modells“

I. Frage 2 a): „Sollten weitere gesetzliche Regelungen getroffen werden, um eine hinreichende vorvertragliche Aufklärung des Bestellers über die Insolvenzrisiken und damit eine hinreichend informierte Entscheidung des Bestellers zu gewährleisten?“

Genauere Ausführungen zur Ausgestaltung des „optionalen Modells“ können angesichts der noch offenen Fragen¹⁰ naturgemäß nur schwer gemacht werden. Vorvertragliche Aufklärungspflichten können sinnvollerweise erst normiert werden, wenn der Inhalt und Umfang der Angebotspflicht feststehen.

Um dem Besteller ausreichend Zeit zu geben, sich mit den Bedingungen des gesicherten und des ungesicherten Angebots zu befassen und vor allem auch Fragen der Finanzierung zu klären, erscheint eine Informationspflicht des Unternehmers vor Vertragsschluss sinnvoll. Wie insbesondere im Verbrauchervertragsrecht üblich, sollten gesetzliche Vorgaben zu Art, Inhalt und Zeitpunkt derjenigen Informationen zu Insolvenzrisiken und Absicherungsmöglichkeiten gemacht werden, die der Unternehmer dem Besteller vor Vertragsschluss zur Verfügung stellen muss. So könnte ein einheitliches Schutzniveau etabliert werden. Außerdem würde dadurch verhindert werden, dass der Unternehmer durch die Gestaltung des Informationsmaterials Einfluss auf die Entscheidung des Bestellers nehmen kann.

Hierfür sollten möglichst detaillierte und kontrollierbare Vorgaben gemacht werden, die sich zum Beispiel an den Vorgaben des EGBGB zur Widerrufsbelehrung orientieren könnten. Um auf praktische Entwicklungen und Defizite reagieren zu können, käme auch eine Ausgestaltung der Mindestanforderungen der unternehmerischen Aufklärung auf Ebene einer Verordnung in Betracht.

II. Frage 2 b): „Sollten weitere gesetzliche Regelungen getroffen werden, um einen einheitlichen Mindestumfang und Mindestinhalt der anzubietenden Sicherheit zu gewährleisten?“

Entsprechende gesetzliche Regelungen zu Mindestumfang und Mindestinhalt der anzubietenden Sicherheit sind wichtig, um im Insolvenzfall eine Absicherung des Bestellers zu erreichen. Andernfalls könnte der Besteller trotz Wahl der Absicherung im Insolvenzfall möglicherweise nur ungenügend abgesichert sein.

Die geleisteten Abschlagszahlungen sollten verpflichtend in voller Höhe abgesichert werden. Als Sicherungsmittel kommen die Sicherheiten i. S. d. §§ 232 ff. BGB sowie eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen (insbesondere Bürgschaft) eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers in Betracht. Damit wäre ein Gleichlauf mit § 632a Abs. 2 BGB, § 650f Abs. 2 BGB und § 650m Abs. 3 BGB erreicht. Daneben könnten auch „klassische“ Versicherungen

¹⁰ Siehe hierzu oben A. III.

zugelassen werden. Deren Einbeziehung als Sicherungsmittel verursacht jedoch einen erhöhten Regelungsbedarf. Beispielsweise müsste gewährleistet werden, dass der Besteller einen Direktanspruch gegen die Versicherung hat.

III. Frage 2 c): „Sollten weitere gesetzliche Regelungen getroffen werden, um einheitliche Parameter für die Bemessung der Kosten der anzubietenden Sicherheit zu gewährleisten?“

Gesetzliche Regelungen zu den Kosten der anzubietenden Sicherheit halten wir für erforderlich. Andernfalls könnten die Unternehmer die für sie aufwendigere Beschaffung zusätzlicher Sicherheiten durch überhöhte Preisgestaltung umgehen. Die Höhe der Kosten, die vom Besteller zu tragen sind, wird ausschlaggebend für seine Entscheidung für oder gegen eine Absicherung sein.

Naheliegender erscheint eine höchstens zulässige prozentuale Vorgabe. An welche Parameter für die Bemessung der Kosten dabei zweckmäßig angeknüpft werden kann, sollte Gegenstand der weiteren Erörterungen sein.

* * *

Kontakt:

Bundesnotarkammer K.d.ö.R.

Mohrenstraße 34
10117 Berlin

Telefon: +49 30 383866 – 0
Telefax: +49 30 383866 – 66
E-Mail: bnotk@bnotk.de

Büro Brüssel:
Avenue de Cortenbergh 172
B-1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 7379000
Telefax: +32 2 7379009
E-Mail: buero.bruessel@bnotk.de