



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/899a0e73-5eba-3e4c-8820-03289b52e7b7>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Claus Schmitz
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2025, 1443 - 1464 (Heft 10)
Verlag	Werner Verlag

Schmitz, BauR 2025, 1443

Der Erwerber in der (förmlichen) Insolvenz des Bauträgers



von Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München

A. Vorbemerkung

Thema dieses Beitrags ist die Rechtsstellung des Erwerbers¹ in der Insolvenz des Bauträgers. Zu Beginn beleuchte ich unter Berücksichtigung der völlig missglückten Kündigungssperre des § 650u Abs. 2 BGB, welche Handlungsmöglichkeiten der Erwerber vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegenüber dem materiell insolventen Bauträger (nicht) hat. Für den Zeitraum nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens behandle ich zuerst die dem Erwerber auf Grundlage einer zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung eröffnete Möglichkeit, den aus der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags folgenden Anspruch auf Eigentumsübertragung durchzusetzen. Es schließen sich Ausführungen zur werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags an, zum einen zur weiteren Abwicklung des Bauträgervertrags in dem seltenen Fall, dass der Insolvenzverwalter dessen Erfüllung wählt, zum anderen zu der im Regelfall, nämlich dass er die Erfüllung verweigert. Im Zentrum der Erörterungen steht dabei die Frage, welche Aufrechnungsmöglichkeiten ein Erwerber



hat, der einen Miteigentumsanteil an einem zu bebauenden Grundstück erwarb. Aus Platzgründen nicht behandle ich, von Andeutungen abgesehen, das Verhältnis des Erwerbers zu einer etwa den Bauträger finanzierenden Bank.

Meine Ausführungen können sich überwiegend nicht auf exakt zu den behandelten Fallkonstellationen ergangene und aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung stützen. Ich bemühe mich daher darum, die gefundenen Lösungen aus allgemeinen Prinzipien des Insolvenz- und Bau(träger)rechts abzuleiten bzw. damit kompatibel zu halten, mache aber auch kenntlich, welche Fragen in der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung anders beantwortet werden. Damit will ich einerseits der Praxis Hilfestellung geben, andererseits aber auch weiterführende Diskussionen, die in überzeugendere Lösungen münden mögen, anregen.

Vorausgesetzt wird – abgesehen von der (teilweise) zeitlich davor liegenden Phase des Geschehens, die ich unter B. behandle – ein förmlich insolventer Bauträger, über dessen Vermögen also das zuständige Insolvenzgericht nach dessen (im Regelfall) Eigen- oder einem (Ausnahmefall) Gläubigerinsolvenzantrag ein Insolvenzverfahren eröffnete, dies verbunden mit der Einsetzung eines Insolvenzverwalters.

B. Möglichkeit für den Erwerber, sich vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens von der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags zu lösen oder wenigstens den Stillstand der weiteren Bauerrichtung zu überwinden bzw. dessen Folgen zu mildern

Ein Erwerber erlebt nicht selten, dass der Baufortschritt auf dem Grundstück, das Gegenstand des von ihm mit dem Bauträger geschlossenen Bauträgervertrags ist, äußerst schleppend verläuft oder überhaupt keine Bautätigkeit mehr stattfindet. Angesichts eines etwa im Bauträgervertrag enthaltenen, schon längst überschrittenen Termins für die Fertigstellung² ruft das bei ihm große Sorgen und oft den Wunsch hervor, eigenständig, aber juristisch ohne Nachteile, die Bauleistung zügig zu vollenden/vollenden zu lassen und sie anschließend nutzen zu können. Zugleich wird ein interessierter Erwerber, wenn dieser unbefriedigende Zustand auf eine materiell bereits gegebene Insolvenz (in Form insbesondere einer Zahlungsunfähigkeit) des Bauträgers zurückzuführen ist, auf diese etwa aufgrund von Äußerungen der (einstmals) auf dem Grundstück tätigen, vom Bauträger eingesetzten Unternehmer und Planer oder einer lebensnahen Bewertung des Verhaltens und der Äußerungen des Bauträgers selbst schließen können.

Unproblematisch ist es im Ausgangspunkt, isoliert auf die werkvertragliche Komponente abzustellen und die unter C. zu beleuchtende kaufvertragliche Komponente des Bauträgervertrags noch unbeachtet zu lassen. Der Bauträgervertrag ist ein einheitlicher Vertrag, der neben werk(lieferungs)vertraglichen auch kaufvertragliche Elemente sowie im Einzelfall Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht enthält.³ Damit ist grundsätzlich die werkvertragliche Komponente einer eigenständigen Betrachtung zugänglich.



I. Ausschluss der Kündigung (§ 650u Abs. 2 BGB)

Allerdings sind nach der klaren Vorgabe des Gesetzgebers des neuen Bauvertragsrechts die klassischen Kündigungsmöglichkeiten versperrt, gleich, ob es sich um eine „freie“ Kündigung oder eine aus wichtigem Grund handelt: Nach § 650u Abs. 2 BGB finden u.a. die §§ 648, 648a BGB auf den Bauträgervertrag keine Anwendung.

Während der Ausschluss der sogenannten freien Kündigung der bisherigen und gut nachvollziehbaren Rechtsprechung des BGH⁴ entspricht, ist der Ausschluss der Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 648a BGB vollkommen unverständlich und wurde daher im Schrifttum⁵ zu Recht (soweit ersichtlich einhellig) heftig kritisiert. Insbesondere führt die vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung dem Erwerber angesonnene Gesamtrückabwicklung des Bauträgervertrags z.B. durch Rücktritt⁶ dazu, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch erlischt, folglich die akzessorische Auflassungsvormerkung gegenstandslos wird und der Erwerber damit seinen Schutz, die Grundstücksübertragung in der etwaigen Insolvenz des Bauträgers durchsetzen zu können, verliert. Ein solches Vorgehen kann daher kontraproduktiv sein und, schlägt der Anwalt eines Erwerbers dies ohne intensive Risikobelehrung vor, eine Haftung des Anwalts begründen.⁷

Das ändert allerdings nichts daran, dass die gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren ist, weil der Wortlaut eindeutig ist: Eine Kündigung der werkvertraglichen Komponente aus wichtigem Grund kommt daher nicht in Betracht.⁸

Ein Ausweg für den Erwerber könnte darin bestehen, einen Teilschadensersatzanspruch (bezogen allein auf die noch ausstehende, nach Bauvertragsrecht zu beurteilende Bauleistung) auf Grundlage von § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB⁹ geltend zu machen, sofern dem Bauträger schuldhaft, vom Erwerber darzulegende und ggf. beweisbare Pflichtverletzungen zur Last fallen. Dass auch dieses – weitergehend als § 648a BGB – Verschulden des Bauträgers voraussetzende Recht des Erwerbers „gesperrt“ sei, lässt sich jedenfalls dem Wortlaut des § 650u Abs. 2 BGB nicht entnehmen. Allenfalls könnte ein Wille des Gesetzgebers, eine Aufteilung des Bauträgervertrags auszuschließen, diesem Weg entgegenstehen: So wird im Schrifttum¹⁰ angenommen, der Gesetzgeber gehe von einer konzeptionellen Einheit des Bauträgervertrags aus, was einen Teilrücktritt und -schadensersatzanspruch des Erwerbers gleichermaßen ausschließe. Indessen nimmt der Gesetzgeber vor allem für den Fall, dass der Bauträger vertragstreue handelt, eine konzeptionelle Einheit an. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung, dass grundsätzlich der Bauträger zur Erbringung einer Gesamtleistung – zusammengesetzt aus Grundstücksveräußerung und Bauwerkserrichtung – verpflichtet, aber auch zur Erbringung der gesamten Leistung berechtigt sei. Die verschiedenen Elemente seien aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen für den Bauträger miteinander verknüpft und sollten gegenüber einem *vertragstreuen* Bauträger nicht durch eine freie Kündigung des Erwerbers getrennt werden können.¹¹ Diese Betonung, dass der vertragstreue Bauträger zu schützen sei, und das einschränkende „grundsätzlich“ zeigen, dass jedenfalls dann, wenn dem Bauträger schuldhaft Pflichtverletzungen zur Last fallen, eine andere Betrachtung geboten sein kann. Ein weiteres Argument ist, dass in der förmlichen Insolvenz des Bauträgers § 106 Abs. 1 InsO als zwingendes Recht (§ 119 InsO) eine Aufteilung des Bauträgervertrags in seine werk- und seine kaufvertragliche Komponente gebietet,¹² womit jedenfalls in diesem zugegebenermaßen noch nicht erreichten Stadium der Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts die Grundlage entzogen wird.

Nach alledem kommt entgegen der wohl überwiegend vertretenen Auffassung trotz § 650u Abs. 2 BGB ein Teilschadensersatzanspruch, bezogen auf die werkvertragliche Komponente, in Betracht. Dieser setzt ein Verschulden des Bauträgers voraus. Ein derartiges Vorgehen ist für einen Erwerber angesichts der überwiegend abweichenden Auffassung ein äußerst steiniger Weg, der für ihn mit einem nicht unerheblichen Risiko, vor Gericht zu unterliegen, verbunden ist. Bejaht man einen derartigen Teilschadensersatzanspruch, hat der Erwerber einen im Bedarfsfall gerichtlich (auch im Weg einer einstweiligen Verfügung) durchsetzbaren Anspruch darauf, dass ihm



der Besitz am Vertragsgegenstand übertragen wird, denn aufgrund des Verlangens nach Teilschadensersatz ist der Bauträger nicht mehr dazu berechtigt, die Bautätigkeit fortzuführen bzw. den Erwerber an der Eigenfertigstellung zu hindern.

Als weitere Hürde muss ein Erwerber in diesem Zusammenhang einkalkulieren, dass jedenfalls in den Fällen, in denen er Umstände kannte, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit des Bauträgers schließen lassen (§ 130 Abs. 2 InsO), die im Anschluss gewünschte Aufrechnung mit Fertigstellungsmehrkosten gegen einen etwa für das bis zur Vertragsumgestaltung erbrachte Teilwerk noch offenen Zahlungsanspruch des Bauträgers ausgeschlossen sein kann, wenn sich in einem späteren Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter auf § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO i.V.m. §§ 130 f. InsO beruft. Nach dem IX. Zivilsenat des BGH gilt: Führt eine von einem Besteller ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund dazu, dass sich die Forderung des (späteren) Insolvenzschuldners auf Werklohn und eine Gegenforderung des Bestellers auf Schadensersatz wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechnenbar gegenüberstehen, so ist bei Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale der §§ 130 f. InsO die Herstellung der Aufrechnungslage durch die Kündigungserklärung gläubigerbenachteiligend, sodass die Aufrechnung des Bestellers wirkungslos bleibt.¹³ (Dieses Urteil bezog sich auf eine vom Besteller erklärte Kündigung; geht man mit vorstehenden Erwägungen von einem trotz § 650u Abs. 2 BGB zulässigen, auf die werkvertragliche Komponente beschränkten Teilschadensersatzanspruch gem. § 281 Abs. 1, Abs. 4 BGB aus, liegt in dem Verlangen des Erwerbers nach Schadensersatz die anfechtbare Rechtshandlung.)¹⁴ Nach den Andeutungen des IX. Zivilsenats in dieser Entscheidung ist nicht auszuschließen, dass er diese Rechtsprechung auf eine vom Besteller innerhalb ein und desselben Vertrags erklärte Aufrechnung erstreckt,¹⁵ sodass ein Erwerber zwar eine korrekte Lösung von der werkvertraglichen Komponente erreicht, aber wirtschaftlichen Nachteilen ausgesetzt ist: Er müsste nämlich die bis zum Zugang des Teilschadensersatzverlangens vom Bauträger erbrachte Bauleistung und außerdem die Fertigstellung durch Dritte bezahlen, ohne die in der Regel gegebenen Fertigstellungsmehrkosten dem Insolvenzverwalter durch wirksame Aufrechnung entgehen zu können.

II. Sonstige Handlungsmöglichkeiten des Erwerbers

Ein anderer Ausweg gegenüber einem materiell insolventen Bauträger, der aber nicht daran denkt, einen gebotenen (vgl. § 15a InsO) Eigeninsolvenzantrag zu stellen und sich dem Verfahren gemäß der InsO zu unterwerfen, kann darin liegen, dass der Erwerber den Bauträger auf Erfüllung der noch ausstehenden Bauleistung verklagt.¹⁶ Nach einem zusprechenden rechtskräftigen Urteil und weiterer Untätigkeit des Bauträgers kann der Erwerber beantragen, den Bauträger zur Vorauszahlung der notwendigen Kosten zur Vornahme der Handlung verurteilen zu lassen (§ 887 Abs. 2 ZPO), und nach einem fruchtlosen Vollstreckungsversuch einen zulässigen (§ 14 InsO) Gläubigerinsolvenzantrag stellen. Dann hat der Erwerber es, falls ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, mit einem Insolvenzverwalter zu tun, von dem er erwarten darf, dass er die nachfolgend beschriebenen rechtlichen Vorgaben beachtet.

Da dies alles absehbar sehr lang dauert und kostspielig ist, ist es vorzugswürdig, einer schnelleren gerichtlichen Prüfung zugängliche, auf Geld gerichtete Ansprüche (Verzugsschaden oder etwa im Bauträgervertrag vereinbarte Vertragsstrafe aufgrund Fertigstellungsverzugs) einzuklagen, eventuell sogar im Urkundenprozess. Auch zum Ausgleich dieser Forderungen wird ein materiell insolventer Bauträger in der Regel nicht in der Lage sein, sodass nach einem fruchtlosen Vollstreckungsversuch ein zulässiger Gläubigerinsolvenzantrag möglich wird.



Gleichwohl: Auf diese Weise ein rechtskräftiges Urteil zu erlangen und durch einen fruchtlosen Vollstreckungsversuch die Voraussetzungen für einen zulässigen Gläubigerinsolvenzantrag (§ 14 InsO) herbeizuführen, ist ein steiniger, für den Erwerber mit hohen Kosten verbundener Weg, der selbst bei zügiger Behandlung und Terminierung durch das angerufene Gericht bis zum gänzlich erfolgreichen Abschluss im Minimum mehrere Monate, in der Regel deutlich länger dauert.

Vorzugswürdig für den Erwerber könnte es daher sein, eine hinreichend weit vorangeschrittene Bauleistung des Bauträgers abzunehmen (sofern der Erwerber schon davor oder parallel unmittelbaren Besitz am Bauwerk erlangt[e]): Grundsätzlich obliegt es dem Erwerber zu entscheiden, ob er trotz noch ausstehender Restarbeiten, die in einer Abnahmesituation als wesentliche Mängel (§ 640 Abs. 1 BGB) zu qualifizieren wären, die vom Bauträger bis dato erbrachte Bauleistung mit Vorbehalten abnimmt.¹⁷ Eine Abnahme versetzt den Erwerber in die Lage, bereits im Abnahmeprotokoll oder anschließend Mängelrechte durch Fristsetzungen geltend zu machen, was ihm nach fruchtlosem Fristablauf eine höhere Flexibilität verleiht und wofür die Sperrwirkung des § 650u Abs. 2 BGB nicht gilt.

In Betracht kommt für einen Erwerber auch, weitere Schäden auszuschließen und Bewegung in die Angelegenheit zu bekommen, indem er die Übergabe des Besitzes an der erworbenen Wohnung im Weg des einstweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen versucht, auch wenn er aufgrund nicht vertragsgemäß ausgeführter oder noch ausstehender Arbeiten Zahlungen teilweise zurückhält. Problematisch ist regelmäßig, ob ein Verfügungsgrund besteht.¹⁸

Der Vollständigkeit halber möchte ich darauf hinweisen, dass es ältere obergerichtliche Entscheidungen¹⁹ gibt, die einem Erwerber auch ohne Kündigung nach einem eigenständigen Weiterbau durch ihn einen auf Ersatz von Fertigstellungsmehrkosten gerichteten Schadensersatzanspruch zusprachen. Diese Urteile waren schon nach dem früher geltenden Recht nicht nachvollziehbar und scheinen heute erst recht nicht so begründbar. Allerdings zeigen sie, dass ungehindert von § 650u Abs. 2 BGB ein Erwerber durch einen eigenmächtigen Eingriff vollendete Tatsachen schaffen kann (wenn man einmal von Fragen des Besitzschutzes abstrahliert oder voraussetzt, dass der Erwerber bereits Besitz am erworbenen Vertragsgegenstand erlangte). Sanktioniert zu Lasten des Erwerbers wird dies durch die Rechtsfolge des § 326 Abs. 2 BGB. Der Erwerber steht dadurch im Verhältnis zum Bauträger im Ergebnis so, als ob er eine (nach § 650u Abs. 2 BGB nicht zulässige) „freie“ Kündigung mit den Rechtsfolgen des § 648 Sätze 2 und 3 BGB ausgesprochen habe. Dieser Weg mag in Abwägung der wirtschaftlichen Folgen vertretbar sein, wenn es um eine vom Erwerber „ersetzte“ Restleistung von überschaubarem Wert geht und/oder der Erwerber die Hoffnung hegt, der Bauträger werde zu einer ordnungsgemäßen Abrechnung gem. § 326 Abs. 2 BGB nicht imstande sein.



C. Zeitraum ab Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers

I. Schicksal der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags; Durchsetzung eines Anspruchs auf Grundstücksübertragung durch den Erwerber

1. Schutz des Erwerbers durch § 106 Abs. 1 InsO

§ 106 Abs. 1 InsO entspricht dem früheren, 1977 um Satz 2 ergänzten § 24 KO. Anlass der damaligen Neufassung war ein Urteil des BGH,²⁰ dem zufolge das Wahlrecht des Konkursverwalters (damals gem. § 17 KO), die Erfüllung des beiderseits nicht vollständig erfüllten Bauträgervertrags zu verlangen oder abzulehnen, durch § 24 KO nicht ausgeschlossen wurde. Anders sei es nur, wenn der Bauträgervertrag durch Eigentumsübergang auf den Erwerber bereits vom Bauträger vollständig erfüllt sei. Mit diesem Urteil eröffnete der BGH einem Konkursverwalter die Möglichkeit, die Erfüllung der werkvertraglichen Komponente (Errichtung des Bauwerks) abzulehnen und einer zugunsten des Erwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung die Grundlage zu entziehen, weil sie vom Bestand des einheitlichen Bauträgervertrags abhing. Mithin musste im damals entschiedenen Fall der Erwerber nach Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters in die Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung einwilligen. Die daraufhin erfolgte Ergänzung von § 24 KO um Satz 2 veranlasste den BGH dazu, diese Rechtsprechung aufzugeben. Er legte fortan § 24 KO so aus, dass er die Aufteilung des Vertrags im Sinn einer Teilleistungsvereinbarung kraft Gesetzes bewirkt.²¹

Der Gesetzgeber der InsO bestimmte lediglich klarstellend in § 119 InsO, dass § 106 Abs. 1 InsO zwingendes Recht enthält. Plakativ und zutreffend formulierte der BGH zur Wirkung dieser Vorschrift, dass die Auflassungsvormerkung den Erwerber so stelle, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde.²² Bei richtiger Vertragsabfassung und -abwicklung ist also der Erwerber in der Bauträgerinsolvenz davor geschützt, trotz Zahlungen, die den anteiligen Grundstückserwerbspreis erreichen oder überschreiten, den Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums nicht durchsetzen zu können und lediglich mit einer Insolvenzforderung abgespeist zu werden. § 106 Abs. 1 InsO erweist sich mithin als Sondervorschrift zu § 103 InsO, der dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht bei beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträgen gibt.²³ Ansonsten ist aber der Erwerber sämtlichen Risiken ausgesetzt, wie sie in der Insolvenz des Vertragspartners für den synallagmatischen Vertrag typisch sind. Sofern – was, sofern der Bauträger über eine Bank finanziert, wohl immer der Fall ist – die Auflassungsvormerkung im Rang nach den Grundpfandrechten der Bauträgerbank eingetragen wurde, sichert sie nur den Anspruch des Erwerbers auf Eigentumsübertragung in dem Umfang, wie er zum Zeitpunkt der Eintragung der Auflassungsvormerkung bestand, ergo mit Belastung durch diese vorrangigen Grundpfandrechte.²⁴ Der Erwerber muss auf Grundlage seiner eigenständigen Rechtsbeziehungen zu der Bauträgerbank Klärungen mit dieser herbeiführen.



Der durch § 106 InsO intendierte Schutz in Form der streng akzessorischen Auflassungsvormerkung besteht indessen nicht, wenn der abgesicherte Anspruch des Erwerbers auf Eigentumsübertragung am Grundstück von Anfang an wegen Nichtigkeit des Bauträgervertrags nicht entstanden war oder durch eine Umgestaltung des Vertrags als ganzen (Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung oder Rücktrittserklärung, jeweils bezogen auf den gesamten Vertrag) entfällt bzw. wenn der Insolvenzverwalter die zur Eintragung der Auflassungsvormerkung führende Rechtshandlung des Bauträgers erfolgreich anfechtet.²⁵

§ 106 Abs. 1 InsO ist ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens *lex specialis* zu § 650u Abs. 2 BGB und ermöglicht die gesplante Abwicklung des Bauträgervertrags.

2. Durchsetzung des Anspruchs des Erwerbers auf Übereignung des Grundstücks gegen den Insolvenzverwalter

a) Bestimmung des anteilig auf das Grundstück entfallenden Erwerbspreises

Während sich in der Regel problemlos feststellen lassen wird, welche Zahlungen der Erwerber an den Bauträger leistete, kann die Bestimmung des anteilig auf das Grundstück entfallenden Erwerbspreises Probleme bereiten:

Ist ausnahmsweise im Bauträgervertrag für den Grundstücksanteil ein Erwerbspreis gesondert ausgewiesen, ist er für die Abwicklung zwischen dem Erwerber und dem Insolvenzverwalter maßgeblich.²⁶ So ist es dem Insolvenzverwalter verwehrt einzuwenden, dass der Bauträger das Grundstück zu einem höheren Preis erworben habe, als er später im Bauträgervertrag ausgewiesen worden sei; genauso wenig kann er geltend machen, der Erwerber müsse zusätzlich Nebenkosten des vorhergehenden Grundstückserwerbs durch den Bauträger und/oder aufgelaufene anteilige Finanzierungskosten bezahlen.²⁷ Auch der Einwand der sich im Nachhinein durch den ausgewiesenen Preis benachteiligt fühlenden Vertragspartei, die Ausweisung habe lediglich steuerliche Gründe gehabt, ist grundsätzlich unbeachtlich.²⁸

Im Regelfall, dass kein anteiliger Erwerbspreis ausgewiesen wurde, ist dieser nach dem BGH,²⁹ soweit im Einzelfall möglich, durch – ggf. ergänzende – Vertragsauslegung, andernfalls auf dem durch §§ 316, 315 BGB vorgezeichneten Wege zu bestimmen.

Da schwer ersichtlich ist, wie durch bloße Vertragsauslegung der anteilige Grundstückserwerbspreis ermittelt werden kann, sind die Grundsätze für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblich: Demnach sind unter Anknüpfung an die vertraglichen Regelungen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte Regelungen für offen gebliebene Punkte abzuleiten. Abzustellen ist darauf, was die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei angemessener Abwägung ihrer Interessen als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.³⁰

Teilweise wird vertreten, dass man mangels sonstiger Anhaltspunkte den anteiligen Grundstückserwerbspreis anhand der ersten Rate gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV mit 30 % des Gesamterwerbspreises bemessen solle.³¹ Dem liegt offenkundig der Gedanke zugrunde, dass nach der Vorstellung des MaBV-Verordnungsgebers diese erste Rate, fällig „mit dem ersten Spatenstrich“, den Grundstückswert repräsentiere, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine den Wert des Grundstücks erhöhenden Bauarbeiten erbracht seien. Dem ist nicht zu folgen. Die erste Rate ist unter den verschiedenen Bauabschnittsraten der MaBV die ungenaueste, denn der Wert des Grundstücks kann sich je nach Ort des Grundstücks in der Bundesrepublik Deutschland sowie der konkreten Lage sehr unterschiedlich darstellen. Allenfalls gewerberechtlich mag dies noch hinnehmbar sein;³² es besteht jedoch kein Anlass, derartige Ungenauigkeiten in der insolvenzbedingten Abwicklung eines Bauträgervertrags beizubehalten.



Richtiger Anknüpfungspunkt ist vielmehr, dass der im Bauträgervertrag festgeschriebene Gesamterwerbspreis ein Pauschalpreis für die gesamte Leistung des Bauträgers (inklusive der schlüsselfertigen Errichtung des Bauwerks, der Vorbereitungs- und Planungskosten usw.) ist. In einer ergänzenden Vertragsauslegung muss daher sichergestellt sein, dass die Summe aus dem nachträglich ermittelten anteiligen Grundstückserwerbspreis, dem ebenso nachträglich ermittelten Anteil für die Bauleistung und den sonstigen Kosten (Finanzierung, Werbung, Planung usw.) nicht den Gesamterwerbspreis übersteigt. Daher muss der Insolvenzverwalter unter Bezugnahme auf die Kalkulation des Bauträgers, anderenfalls durch nachträgliche, in sich stimmige Kalkulation die Ansätze für die einzelnen, aber vollständig aufzunehmenden Komponenten des Bauträgervertrags darstellen und auf dieser Grundlage den anteiligen Grundstückserwerbspreis ermitteln. Eine solche Vorgehensweise entspricht den Anforderungen, die der BGH in ständiger Rechtsprechung an die Abrechnung des vorzeitig beendeten Pauschalpreis(bau-)vertrags an den (Bau-)Unternehmer stellt. Demnach errechnet sich die Vergütung für das bis zur vorzeitigen Beendigung erbrachte Teilwerk nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag insgesamt geschuldeten Leistung.³³

Nur eine derart aufgeschlüsselte Kalkulation stellt sicher, dass der anteilige Grundstückserwerbspreis auch in Zeiten volatiler Grundstückspreise (bis ca. 2023 stiegen in den Ballungsgebieten die Grundstückspreise massiv an; aktuell geht der Trend in die andere Richtung) korrekt ermittelt wird. Da Bauträger und Erwerber einen Pauschalpreis für die Gesamtleistung des Bauträgers inklusive Grundstücksübertragung vereinbarten und an diesen gebunden bleiben, kommt es allein auf den anteiligen Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht etwa auf den ein oder mehrere Jahre später zum Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung gegebenen Wert an.

Die gebotene Abrechnung des anteiligen Grundstückserwerbspreises durch den Insolvenzverwalter wird diesem erhebliche Probleme bereiten: Eine Abrechnung nach den Vorgaben der Rechtsprechung zum gekündigten Pauschalpreis(bau-)vertrag ist aufwendig und für den Insolvenzverwalter nicht lukrativ, wenn er Anlass zur Annahme hat, dass der Erwerber den anteiligen Grundstückswert deckende Zahlungen leistete und eine Forderung für die Insolvenzmasse nicht durchsetzbar ist.

Im Fall einer solchen verständlichen, insolvenzrechtlich sogar gebotenen Untätigkeit des Insolvenzverwalters läuft der Erwerber Gefahr, seinen Anspruch gem. § 106 Abs. 1 InsO auf Übereignung des Grundstücks nicht durchsetzen zu können, weil er – der Erwerber – erst recht nicht dazu in der Lage ist, die auf Interna des Bauträgers aufbauende (nachträgliche) Kalkulation und Abrechnung vorzunehmen. Daher wird man in einer Auseinandersetzung um die Übereignung des Grundstücks gem. § 106 Abs. 1 InsO dem Erwerber zugestehen müssen, bei Passivität des Insolvenzverwalters einen angemessenen Betrag für den anteiligen Grundstückswert zu schätzen; widerlegt der abstrakt über bessere Informationen verfügende Insolvenzverwalter diesen nicht substantiiert nach den obigen Kriterien, bleibt die vom Erwerber vorgenommene Schätzung für die Abwicklung nach § 106 Abs. 1 InsO maßgeblich.³⁴

In der Praxis dürften derartige Schätzungen regelmäßig entbehrlich sein, denn in den meisten mir bekannten Fällen hatte der Erwerber zum Zeitpunkt der insolvenzbedingten Beendigung des Bauträgervertrags Zahlungen von weit über 50 % des Pauschalpreises geleistet, so dass nach jeder Betrachtungsweise der anteilige Grundstückserwerbspreis bezahlt war.³⁵ Es kommt daher auf obige Überlegungen nur dann an, wenn relativ bald nach Abschluss des Bauträgervertrags vor jedweder Zahlung des Erwerbers der Bauträger in die Insolvenz fällt und der Erwerber das Grundstück „halten“ will.

Nicht ersichtlich ist, dass die vom BGH in seinem Urteil aus dem Jahr 1980 genannten §§ 316, 315 BGB zu angemesseneren oder gerechteren Lösungen führen könnten. Dem damals mit der Sache befassten V. Zivilsenat konnte die erst später vom VII. Zivilsenat des BGH detailliert entfaltete, zu zutreffenden Ergebnissen in dieser



Fallgruppe führende Rechtsprechung zur Abrechnung des gekündigten Pauschalpreis(bau-)vertrags nicht gegenwärtig sein.

b) Verselbständigung gegenüber der werkvertraglichen Komponente

Die durch § 106 Abs. 1 InsO veranlasste insolvenzrechtliche Aufspaltung des Bauträgervertrags in seine unterschiedlichen Komponenten³⁶ wirft die Frage auf, ob gleichwohl Ansprüche aus der werkvertraglichen Komponente dem Insolvenzverwalter eine Einwendung gegen den Anspruch des Erwerbers auf Übereignung des Grundstücks verschaffen. Unterstellt, der Insolvenzverwalter hat wegen der erbrachten Bauarbeiten noch eine berechnete Forderung von 20.000 € gegen den Erwerber, der den anteiligen Grundstückskaufpreis vollständig vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezahlte, kommt in Betracht, dem Insolvenzverwalter eine Einrede aus § 320 Abs. 1 oder zumindest aus § 273 Abs. 1 BGB zu gewähren. Folge wäre, dass der Insolvenzverwalter den Anspruch des Erwerbers auf Eigentumsumschreibung nur Zug um Zug gegen Zahlung dieser 20.000 € erfüllen müsste.

Eine solche Einrede steht dem Insolvenzverwalter jedoch nicht zu: Die Auflassungsvormerkung und § 106 Abs. 1 InsO sollen den Erwerber so stellen, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde. Was auf diesem Grundstück gebaut wird, soll wirtschaftlich dem Erwerber zuwachsen.³⁷ Hiermit wäre es nicht vereinbar, wenn der Erwerber diese Rechtstellung als de-iure-Eigentümer erst erlangen könnte, wenn er Forderungen des Insolvenzverwalters aus der werkvertraglichen Komponente begleicht. Vielmehr ist er so zu stellen wie ein Besteller, der Arbeiten auf seinem Grundstück durchführen lässt mit der Folge, dass die eingebauten Materialien originär in sein Eigentum übergehen (§§ 946 ff. BGB) und der Unternehmer seine Vergütungsansprüche klageweise durchsetzen muss. Eine andere Betrachtungsweise wäre mit dem Schutz, den § 106 Abs. 1 InsO dem Erwerber gewähren soll, nicht vereinbar, weil die Ermittlung einer etwa dem Insolvenzverwalter aus der werkvertraglichen Komponente zustehenden Restforderung sehr streitträchtig ist und während eines jahrelangen Zivilprozesses der Erwerber handlungsunfähig wäre. Insbesondere wäre es ihm unmöglich, zu vernünftigen Konditionen das Grundstück weiter zu veräußern, weil bloße Eigentumsverschaffungsansprüche gegen einen Insolvenzverwalter – mögen sie auch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert sein – auf dem Markt keinen oder nur einen sehr geringen Verkehrswert haben.³⁸

All dies gilt auch in umgekehrter Richtung: Der Erwerber kann wegen der Verselbständigung der Vertragskomponenten nur dann die Übereignung des Grundstücks verlangen, wenn er den anteilig auf das Grundstück entfallenden Erwerbspreis in voller Höhe an den Bauträger bezahlte oder noch an den Insolvenzverwalter bezahlt. Es ist ihm verwehrt, stattdessen ganz oder teilweise mit einer Schadensersatzforderung, die sich aus der werkvertraglichen Komponente ergibt, aufzurechnen. Das ist die Folge der durch § 106 Abs. 1 InsO ausnahmsweise abweichend von § 650u Abs. 2 BGB ermöglichten Aufspaltung des Bauträgervertrags in die kauf- und die werkvertragliche Komponente. Der kaufvertragliche Teil ist daher so abzuwickeln, als wäre von vornherein ein separater Vertrag geschlossen worden. Widersprüchlich wäre es, diesen Grundsatz nur zugunsten, nicht aber auch zulasten des Erwerbers gelten zu lassen.³⁹

c) Gegen den Insolvenzverwalter durchsetzbarer Anspruch

Der Insolvenzverwalter muss durch Abgabe der nötigen Erklärungen den Anspruch des Erwerbers auf Eigentumsübertragung aus der Insolvenzmasse erfüllen.⁴⁰ Kommt er dem nicht nach und lässt er sich verklagen, sind die dem Erwerber entstandenen Kosten des Rechtsstreits als Masseverbindlichkeit aus der Insolvenzmasse zu erfüllen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).



II. Schicksal der werkvertraglichen Komponente

1. Funktionsweise von § 103 InsO

§ 103 Abs. 1 InsO gibt dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht, ob er die Erfüllung eines gegenseitigen, zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseits nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrags wählt. Die (auch) aufgrund § 106 Abs. 1 InsO separat zu behandelnde werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags ist ein gegenseitiger Vertrag. Nicht anwendbar ist § 103 Abs. 1 InsO, wenn eine Vertragspartei die ihr obliegenden Pflichten bereits vollständig erfüllte. Dabei kommt es „nur“ auf die beiderseitigen synallagmatischen Pflichten an, während die Nichterfüllung von Neben- und Nebenleistungspflichten für die Frage, ob § 103 Abs. 1 InsO anwendbar ist, unerheblich ist.⁴¹

Für die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags bedeutet das: Sind die Bauleistung noch nicht abgeschlossen und der auf sie entfallende Erwerbspreis noch nicht vollständig bezahlt, ist § 103 Abs. 1 InsO anwendbar. Wurde die Bauleistung abgenommen, führt das zwar zu einer Zäsur, die sich u.a. durch den Übergang vom Erfüllungs- in das Nacherfüllungsstadium, den Übergang der Gefahrtragung und der Beweislast auf den Erwerber sowie das Anlaufen der Verjährungsfrist für Mängelansprüche auszeichnet. Erfüllt i.S.v. § 103 Abs. 1 InsO ist die werkvertragliche Komponente durch den Bauträger aber erst, wenn objektiv keine beseitigungsfähigen Mängel mehr vorliegen. Liegen solche nach Abnahme vor (mögen sie dem Erwerber und/oder dem Bauträger bzw. Insolvenzverwalter auch nicht bekannt sein) und bezahlte der Erwerber den auf die werkvertragliche Komponente bezogenen Anteil des mit dem Bauträger vereinbarten Pauschalpreises noch nicht vollständig, ist § 103 InsO unverändert anwendbar. Bezahlte dagegen der Erwerber den auf die werkvertragliche Komponente bezogenen Anteil vollständig, nahm er aber die Bauleistung noch nicht ab, dürfte § 103 InsO nicht anzuwenden sein, auch wenn die Pflicht zur Abnahme eine Hauptpflicht des Bestellers ist, denn sie steht nicht im Synallagma.⁴² Ebenso ist § 103 InsO nicht anwendbar, wenn der Erwerber nur noch eine im Auftrag des Bauträgers von einem Kreditinstitut gestellte Bürgschaft gem. § 7 MaBV oder § 650m Abs. 2, Abs. 3 BGB enthaften muss, denn dabei handelt es sich nicht um eine im Synallagma stehende Hauptpflicht des Erwerbers. Anders verhält es sich, wenn der Bauträger keine Bürgschaft o.ä. stellte und deshalb der Erwerber einen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht ausgezahlten Einbehalt gem. § 650m Abs. 2 Satz 3 BGB vornahm; die Pflicht zur Auszahlung dieses noch offenen Betrags stellt eine synallagmatische Hauptpflicht des Erwerbers dar.

Fällt der Bauträger während des Bauerrichtungsprozesses in Insolvenz, ist regelmäßig zu diesem Zeitpunkt das Bauwerk noch nicht fertiggestellt und bezahlte der Erwerber nur die Abschläge, die sich durch den erbrachten Bautenstand rechtfertigen ließen. Damit ist § 103 InsO anwendbar, ohne dass es auf die erläuterten tatsächlichen Probleme oder teilweise noch strittigen Rechtsfragen ankäme. Klarzustellen ist, dass auch die (regelmäßig vertraglich vom Bauträger geschuldete, von der Mitwirkung der Bauträgerbank abhängige) Lastenfreistellung des Grundstücks, auf dem das Bauwerk errichtet wird, zu den Pflichten gehört, die der Insolvenzverwalter zu erfüllen hat, wenn er die Erfüllung der werkvertraglichen Komponente wählt.

Nach der Rechtsprechung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH⁴³ bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine (automatische) materiell-rechtliche Umgestaltung eines gegenseitigen Vertrags. Vielmehr hat sie wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) nur zur Folge, dass diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die



Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können. Erst wenn der Insolvenzverwalter Erfüllung eines solchen Vertrags wählt, erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.⁴⁴ Dieser Rechtsprechungsänderung von 2002 lag zugrunde, dass sich der BGH stärker als in seiner Rechtsprechung zur Vorgängernorm (§ 17 KO) am Wortlaut des § 103 InsO orientierte, dem sich für eine automatische materiell-rechtliche Umgestaltung des Vertrags allein aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts entnehmen lässt. Gegen eine solche Umgestaltung sprechen auch verfassungsrechtliche Gründe, weil ein Eingriff kraft (Auslegung des) Gesetzes in wirksam abgeschlossene Verträge einer besonderen Legitimation bedarf.

Diese schlagwortartig als „Suspensivtheorie“ zu bezeichnende Rechtsprechung des BGH zu § 103 InsO hat auch Folgendes im Auge: Da der Vertrag nicht automatisch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens umgestaltet wird, können grundsätzlich die Vertragsparteien das Vertragsverhältnis nach Beendigung des Insolvenzverfahrens so abwickeln, als ob es nie zu einem Insolvenzverfahren gekommen wäre.⁴⁵ Praktisch allerdings wird sich der Erwerber als Vertragspartner des insolventen Bauträgers für diese Möglichkeit so gut wie nie entscheiden, weil es – losgelöst von Fragen der Verjährung – äußerst unrealistisch ist, dass nach Abschluss des Insolvenzverfahrens der Bauträger wieder wirtschaftlich leistungsfähig und -willig ist, und der Bauträgervertrag der schnellen Abwicklung bedarf in all den Fällen, in denen der Verbraucher-Erwerber ein neues „Zuhause“ anstrebt und ein überwiegender Teil seiner finanziellen Mittel blockiert ist, mit denen er seine Pflichten aus dem Bauträgervertrag erfüllen will.

Somit kann (muss aber nicht) der Erwerber in der Insolvenz des Bauträgers einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen. Erst wenn der Erwerber so vorgeht, gestaltet sich die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags in ein Abwicklungsverhältnis um, und es scheidet eine (theoretische) spätere Erfüllung durch den von den Fesseln des Insolvenzrechts befreiten Bauträger aus. Diese dem Erwerber eingeräumte Entscheidungsmacht, ob er so die werkvertragliche Komponente umgestaltet, entspricht den Wertungen des bürgerlichen Rechts (vgl. z.B. § 281 Abs. 1, Abs. 4 BGB).⁴⁶

Eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der vorbezeichneten Weise kann der Erwerber als Vertragspartner des insolventen Bauträgers erst geltend machen, nachdem der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrags ablehnte (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Insolvenzverwalter kann von sich aus erklären, dass er nicht die Erfüllung des Vertrags wählt. Alternativ kann ihm der Erwerber dazu eine Frist setzen; unterbleibt die „unverzüglich“ zu erklärende Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter, verliert dieser sein Wahlrecht (§ 103 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 InsO). Das in § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO enthaltene „unverzüglich“ suggeriert allerdings dem Erwerber mehr Klar- und Schnelligkeit, als er erlangen kann: Zwar zitierte der BGH 2017 in einem Urteil die Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, so dass der Insolvenzverwalter sich ohne schuldhaftes Zögern erklären müsse. Welche Überlegungsfrist angemessen ist, richtet sich nach den Umständen des jeweiligen Falls; jedenfalls kann der Vertragspartner des Insolvenzschuldners mit einer Entscheidung innerhalb weniger Tage nicht ohne weiteres rechnen.⁴⁷ In einem 2007 ergangenen Urteil deutete indessen der BGH – ohne endgültige Festlegung – an, ein Insolvenzverwalter könne analog § 107 Abs. 2 InsO dazu berechtigt sein, eine endgültige Entscheidung über die Erfüllung eines Vertrags erst nach dem Berichtstermin zu treffen.⁴⁸

Die über § 103 Abs. 2 InsO dem Erwerber nach Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters eröffnete Möglichkeit, wegen der nicht erfüllten Teile der werkvertraglichen Komponente Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ist ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens als *lex specialis* zu einem etwa aus § 650u Abs. 2 BGB ableitbaren Ausschluss jedweder Möglichkeit, hinsichtlich der werkvertraglichen Komponente die Kündigung zu erklären oder Schadensersatz zu verlangen, anzusehen.



2. Rechtsfolgen einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters (§§ 103, 105 Satz 1 InsO)

a) Noch nicht erfolgte Abnahme der Bauleistung durch den Erwerber

Nahm der Erwerber die vom Bauträger erbrachte Bauleistung noch nicht ab, befindet sich der Bauträgervertrag hinsichtlich der werkvertraglichen Komponente noch im Erfüllungsstadium. Nach werkvertraglichen Grundsätzen hat der Erwerber insgesamt noch einen einheitlichen Erfüllungsanspruch, gleich, ob zur Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs nötige Arbeiten noch gar nicht oder ganz oder teilweise, aber nicht vertragsgemäß, ausgeführt wurden. Ansprüche wegen Mängeln, die es dogmatisch im Stadium vor Abnahme nicht gibt,⁴⁹ spielen folglich keine Rolle.

Die herrschende Auffassung zu § 17 KO als der Vorgängervorschrift zu § 103 InsO nahm an, dass für die Erfüllungswahl des Konkursverwalters das Prinzip des „alles oder nichts“ gelte. Demnach musste der Konkursverwalter, der die Vertragserfüllung wählte, den Vertrag in allen vom Gemeinschuldner noch unerledigten Punkten erfüllen, was eine Erfüllungswahl insbesondere in den Fällen uninteressant bzw. für die Konkursmasse nachteilig machte, in denen der Vertragspartner des Gemeinschuldners bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens und der Erfüllungswahl ungesicherte Vorleistungen erbracht hatte. In diesen Fällen musste nämlich der Konkursverwalter aus Mitteln der Konkursmasse auch die vom Vertragspartner vor Eröffnung des Konkursverfahrens bereits bezahlte anteilige Leistung erbringen, obwohl die Gegenleistung – konkursrechtlich gesprochen: die eigentlich nur mit einer Konkursquote zu bedienende Überzahlung – des Vertragspartners nicht in die Konkursmasse gelangte, sondern schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens im gemeinschuldnerischen Unternehmen verbraucht worden war. Demgegenüber setzte der BGH schon in seinen letzten Urteilen zu § 17 KO/§ 9 GesO andere Akzente: Er führte aus, dass für eine Leistung, die mit Mitteln der Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsmasse erbracht werde, die Gegenleistung stets voll der Masse zustehen müsse.⁵⁰

Dies ist nun in § 105 Satz 1 InsO geregelt: Wenn die geschuldeten Leistungen teilbar sind und der Vertragspartner des Insolvenzschuldners die ihm – dem Vertragspartner – obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbrachte, ist der Vertragspartner mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, selbst wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. Eine Bauleistung ist so gut wie immer „teilbar“ i.S.v. § 105 Satz 1 InsO. Es reicht aus, dass feststellbar bleibt, welcher Teil des Gesamtwerklohns durch die Erfüllung (Teilleistung) mit Mitteln der Insolvenzmasse zu einer Forderung der Insolvenzmasse wird. Dabei ist es grundsätzlich ausreichend, wenn die zum Zeitpunkt der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters erbrachte Leistung sich feststellen und bewerten lässt.⁵¹

Daraus folgt: Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung, ist die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags, die wegen § 106 Abs. 1 InsO im ersten Schritt von der kaufvertraglichen Komponente abgespalten werden musste, im zweiten Schritt selbst aufzuteilen, indem das zum Zeitpunkt der Erfüllungswahl vorhandene, vom Bauträger erbrachte Teilwerk anhand der vertraglichen Preisgrundlagen bewertet wird. Um den auf das Teilwerk entfallenden Werklohn zu ermitteln, ist nach denselben Maßstäben vorzugehen, wie sie für die Abrechnung eines gekündigten Baupauschalpreisvertrags gelten (vgl. oben C.I.2.a)).⁵² Indem der Insolvenzverwalter den auf das Grundstück und den auf das erbrachte Teilwerk entfallenden anteiligen Erwerbspreis vom Gesamtfestpreis abzieht, ergibt sich der Restwerklohn, der der Insolvenzmasse zusteht, wenn sie die Restbauleistung erbringt.

Nach dem Wortlaut von § 105 Satz 1 InsO ist auf die vom Vertragspartner erbrachte Gegenleistung abzustellen, so dass sich die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters nur auf den vom Erwerber noch nicht bezahlten Leistungsteil erstrecken kann. Bezahlte der Erwerber objektiv bereits zu viel, liegt mangels Gegenleistung des Bauträgers eine Überzahlung vor, woraus eine einfache Insolvenzforderung des Erwerbers i.S.v. § 38 InsO resultiert.⁵³ Über §§ 103,



105 Satz 1 InsO lässt sich nicht begründen, dass der Erwerber nach Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters in Summe mehr bezahlt, als er nach dem ursprünglichen Vertrag hätte bezahlen müssen.⁵⁴ Durch eine Erfüllungswahl kann daher der Insolvenzverwalter zugunsten der Masse allenfalls einen Anspruch auf den nominal noch offenen Restbetrag begründen, was voraussetzt, dass er Restarbeiten gemäß dem Bauträgervertrag (nur) im selben Wert erbringen lässt. Praktisch ist das unbefriedigend, weil der Erwerber sozusagen nur einen Teil der Restarbeiten bekommt, die noch für die Fertigstellung des Bauwerks erforderlich sind. Will – was naheliegt, sofern die finanziellen Mittel reichen – der Erwerber die vollständige Fertigstellung durch den Insolvenzverwalter, bedarf es einer zusätzlichen Vereinbarung, dass er hierfür einen weiteren Betrag bezahlt; insoweit entfällt die Bindung des Insolvenzverwalters an den ursprünglichen Vertrag und den dort vereinbarten Festpreis, so dass er für diese weiteren Arbeiten auch mehr oder weniger als den Betrag verlangen kann, der sich aus dem Bauträgervertrag ableiten lässt. Was die vom Erwerber vorgenommene Überzahlung angeht, kann er diesen Anspruch nur als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden mit der Folge etwaiger späterer quotaler Befriedigung.

Eine korrekte, kosten- und streitarme sowie zügige Umsetzung der oben dargestellten Rechtsprechungsvorgaben wird im Regelfall unmöglich sein. Bauträgerverträge weisen nahezu immer einen Festpreis aus. Die Aufteilung dieses Festpreises im ersten Schritt auf die kaufvertragliche und die werkvertragliche Komponente und im zweiten Schritt innerhalb der werkvertraglichen Komponente auf die bis zur Erfüllungswahl erbrachte Leistung und die noch ausstehende Restleistung ist außerordentlich aufwendig und stellt selbst für „lebende“ große Bauunternehmer (in vergleichbaren Fallkonstellationen) eine enorme Herausforderung dar.

Hinzu kommen Problem wie die etwaige Fortgeltung⁵⁵ eines im Bauträgervertrag festgelegten Fertigstellungstermins, der häufig zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens überschritten ist, so dass hieraus der Erwerber gegen den Insolvenzverwalter nach dessen Erfüllungswahl Schadensersatzansprüche als Masseverbindlichkeiten ableiten könnte.

Die Praxis behilft sich angesichts dessen mit sogenannten Restabwicklungsvereinbarungen. Der Insolvenzverwalter macht, angelehnt an §§ 103, 105 Satz 1 InsO, dem Erwerber ein Angebot, zu welchen Konditionen er die noch ausstehenden Arbeiten aus der Insolvenzmasse zu erbringen bereit ist. Erfahrene Insolvenzverwalter legen dabei Wert darauf, Gegenrechte des Erwerbers wegen etwaiger Überzahlungen, aufgelaufener Verzugsschäden und ähnlicher Positionen auszuschließen. Trotz dieser Einschränkungen ist der Abschluss solcher Verträge (zumeist unter Einbindung der wechselseitig finanzierenden Kreditinstitute) für einen Erwerber sinnvoll, wenn alternative Lösungen – Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter und Fertigstellung auf eigene Kosten durch Zweitunternehmer – schwieriger und teurer sind und wenn durch eine solche Lösung mit dem Insolvenzverwalter auch die grundstücksbezogenen Punkte (Übereignung und Lastenfreistellung) im Zusammenwirken mit der regelmäßig über den Insolvenzverwalter eingebundenen Bauträgerbank ohne langwierige Streitigkeiten erledigt werden. In auf den Abschluss solcher Verträge gerichteten Angeboten des Insolvenzverwalters liegt keine Erfüllungswahl i.S.v. §§ 103, 105 Satz 1 InsO, weil er einen gegenüber dem ursprünglichen Vertrag modifizierten Vertrag anbietet.

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauträgervertrags oder trifft er mit dem Erwerber eine Restabwicklungsvereinbarung, resultieren hieraus zugunsten des Erwerbers Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 InsO). Sofern keine Masseunzulänglichkeit eintritt, kann der Erwerber den auf die Bauleistung bezogenen Erfüllungsanspruch gegen die Insolvenzmasse durchsetzen und muss im Gegenzug die noch offene Restvergütung gemäß Bauträgervertrag bzw. Restabwicklungsvereinbarung bezahlen.

b) Bereits erfolgte Abnahme der Bauleistung durch den Erwerber



Sofern der Erwerber die vom Bauträger erbrachte Bauleistung bereits abnahm, ist gleichwohl § 103 InsO einschlägig, wenn der Erwerbspreis noch nicht vollständig bezahlt ist und die Bauleistung Mängel aufweist. Grundsätzlich gelten die vorstehenden Ausführungen für das Stadium vor Abnahme entsprechend.

Ein gegenüber dem Stadium vor Abnahme zusätzliches Problem besteht darin, dass höchststrichterlich ungeklärt ist, ob der Insolvenzverwalter, der die Erfüllung wählt, für die Beseitigung aller (auch der zum Zeitpunkt der Erfüllungswahl weder vom Erwerber gerügten noch sonst erkannten oder hervorgetretenen) Mängel einstehen muss, die der vom Bauträger erbrachten Bauleistung objektiv anhaften, oder ob sich seine Erfüllungswahl nur auf die (symptomhaft bezeichneten) Mängel bezieht, deren Beseitigung der Erwerber forderte.⁵⁶

Da der Insolvenzverwalter nicht ausschließen kann, dass sich eines Tags die erste, für ihn ungünstige Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzt, er zur Zeit der Erfüllungswahl nicht abschließend einschätzen kann, welche bis dato ihm nicht bekannten Mängel mit welchen Beseitigungskosten existieren, und er selbst nach der zweiten, für ihn günstigen Auffassung Rückstellungen für den Zeitraum ab Abnahme bis mindestens⁵⁷ zum Eintritt der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (hinsichtlich der von ihm erbrachten Mängelbeseitigungsleistung) bilden muss, macht dies eine Erfüllungswahl für den Insolvenzverwalter riskant und damit unattraktiv. Daher liegt für ihn eine auf bestimmte Punkte begrenzte Mängelbeseitigung (gegen Auszahlung eines bestimmten Betrags durch den Erwerber) auf Grundlage einer die obigen Fragen regelnden Restabwicklungsvereinbarung näher.

c) Rechtsfolgen einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters

Gleich, ob der Insolvenzverwalter Erfüllung wegen einer vor Abnahme offenen Restleistung oder einer nach Abnahme noch ausstehenden Mängelbeseitigung wählt (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder er eine Restabwicklungsvereinbarung abschließt (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), begründet er hierdurch Forderungen für und gegen die Masse. Der Erwerber hat im Fall noch ausstehender oder nicht vertragsgemäß erbrachter bzw. mangelhafter Arbeiten, auf die sich die Erfüllungswahl oder Restabwicklungsvereinbarung bezieht, gegen vom Insolvenzverwalter reklamierte Zahlungen ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB (nach Abnahme i.V.m. 641 Abs. 3 BGB)⁵⁸ (nach anderer Auffassung wegen aller Defizite auch der davor vom Bauträger erbrachten und vom Erwerber bereits bezahlten Leistung, vgl. C.II.2.b)). Ebenso kann er Erfüllungs- und Mängelansprüche sowie Schadensersatzansprüche wegen Verzugs gegen den Insolvenzverwalter als Masseverbindlichkeit durchsetzen, soweit sie aus der vom Insolvenzverwalter zur Erfüllung gewählten Leistung resultieren.

Dagegen kann der Erwerber sich nicht erfolgreich mit Gegenansprüchen, die bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens angelegt waren (z.B. Überzahlungen auf das bis dato erbrachte Teilwerk oder Kostenerstattungsansprüche aus einem gegen den Bauträger eingeleiteten/abgeschlossenen Prozess), gegen den Vergütungsanspruch verteidigen, den der Insolvenzverwalter durch die weitere Leistungserbringung nach der Erfüllungswahl bzw. dem Abschluss der Restabwicklungsvereinbarung erarbeitet. Ausdrücklich geregelt ist dies für Aufrechnungen in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Für Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechte sowie sonstige Einwendungen gilt wegen §§ 103, 105 Satz 1 InsO nichts anderes. Der Insolvenzmasse gebührt Zahlung auf das, was auf Kosten der Insolvenzmasse erbracht wurde – soweit nicht die unzureichende Qualität usw. dieser Leistungserbringung Einwendungen begründet –, während die im Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Erfüllungswahl bzw. vor Abschluss der Restabwicklungsvereinbarung gegen den Bauträger begründeten Ansprüche den Status einer einfachen Insolvenzforderung haben und der Erwerber sie nur zur Insolvenztabelle anmelden kann.



3. Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter und Schadensersatzanspruch des Erwerbers

a) Schadensersatzanspruch des Erwerbers gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erst nach entsprechender Erklärung des Erwerbers

Der Erwerber kann – muss aber nicht (vgl. C.II.1) – einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen, wenn feststeht, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrags ablehnt. Ein solcher Schadensersatzanspruch stellt eine Insolvenzforderung dar (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Durch eine Anmeldung zur Insolvenztabelle kann der Erwerber daher nur quotal Befriedigung erlangen. In einer Bauträgerinsolvenz ist der mit einer schlüssigen Anmeldung und Zusammenstellung von Unterlagen verbundene Aufwand oft höher als der zu erwartende Ertrag. Wirtschaftliche Bedeutung hat der Schadensersatzanspruch, wenn der Erwerber mit ihm gegen vom Insolvenzverwalter geltend gemachte Forderungen, die sich aus dem vom Bauträger bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilwerk ergeben, wirksam aufrechnen kann.

Die alternative Möglichkeit, den Anspruch gegen den Bauträger nicht in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln, sondern ihn bestehen zu lassen, dürfte demgegenüber dazu führen, dass der Erwerber gegen Forderungen des Insolvenzverwalters nicht aufrechnen kann, sondern Zahlung an den Insolvenzverwalter leisten muss, um nach Beendigung des Insolvenzverfahrens den Erfüllungsanspruch zu den ursprünglichen vertraglichen Konditionen gegen den Bauträger durchzusetzen. Dies wäre ein offensichtlich unsinniges Vorgehen.

Mithin stehen sich nach einer vom Insolvenzverwalter abgelehnten Erfüllung und einem Schadensersatzverlangen des Erwerbers der Anspruch des Insolvenzverwalters für das bis zur Erfüllungsablehnung vom Bauträger erbrachte Teilwerk und der Schadensersatzanspruch des Erwerbers aufrechenbar gegenüber.⁵⁹ Dabei kann dahinstehen, ob §§ 280 ff. BGB oder § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO die zutreffende materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für eine solche Schadensersatzforderung des Erwerbers nach der Erfüllungsablehnung sind. Jedenfalls sind die für Schadensersatzansprüche nach dem BGB geltenden Regeln anzuwenden.⁶⁰

b) Fälligkeit der Schlussvergütung des Insolvenzverwalters

Auch nach vorzeitiger Vertragsbeendigung (wie sie durch die unterbliebene Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters und das Schadensersatzverlangen des Erwerbers eintritt) wird die Schlussvergütung des nunmehr durch den Insolvenzverwalter „repräsentierten“ (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) Bauträgers grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Bauleistung und Erteilung einer Schlussrechnung⁶¹ fällig (§ 650u Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 650g Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2, 641 BGB).

Sofern der Erwerber das bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens erstellte Teilwerk nicht bereits abgenommen hatte bzw. nach seinem Schadensersatzverlangen dazu nicht bereit und wegen Defiziten, die als wesentliche Mängel (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu qualifizieren sind, auch nicht dazu verpflichtet ist, kann der Insolvenzverwalter sich aufgrund der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses durch das Schadensersatzverlangen des Erwerbers darauf berufen, eine Abnahme sei ausnahmsweise entbehrlich: Nach der Rechtsprechung und Literatur tritt ein Abrechnungsverhältnis z.B. dann ein, wenn ein Besteller nicht mehr auf Erfüllung des Vertrags, sondern nur auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche geltend macht,⁶² er die Abnahme des Werks ernsthaft und endgültig ablehnt⁶³ oder er nach erfolgreicher Selbstvornahme die Abnahme nicht mehr verweigern darf.⁶⁴ Ebenso ist ein Abrechnungsverhältnis anzunehmen, wenn der Besteller gegenüber dem



Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt.⁶⁵ Letzteres ist aufgrund des gem. § 103 Abs. 2 InsO vom Erwerber geltend gemachten Schadensersatzanspruchs der Fall. Dieses Verlangen dürfte sogar der Paradefall eines Abrechnungsverhältnisses sein, während ansonsten zu zahlreichen von der sehr großzügig von der Rechtsprechung darunter subsumierten Fallgruppen die dogmatische Fundierung des „Abrechnungsverhältnisses“ als Abnahmesubstituts in hohem Maße unklar ist.⁶⁶

c) Aufrechenbare Gegenforderungen des Erwerbers, wenn er zum Zeitpunkt seines Schadensersatzverlangens die Bauleistung des Bauträgers noch nicht abgenommen hatte

(1) Auf vom Erwerber allein erworbenem Grundstück erbrachte Bauleistung

Der Erwerber hat gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einen Schadensersatzanspruch, der sich gem. §§ 249 ff. BGB danach berechnet, wie er stehen würde, wenn der Bauträger den Vertrag hinsichtlich der Bauleistung ordnungsgemäß erfüllt hätte.⁶⁷ In die Berechnung kann der Erwerber die durch die Vertragsumgestaltung ausgelösten Verzögerungsschaden einbeziehen.⁶⁸ Der sich in der Regel nach Aufrechnung gegen eine etwaige Forderung des Insolvenzverwalters ergebende Überschuss zugunsten des Erwerbers stellt eine einfache Insolvenzforderung dar; andernfalls hat er an den Insolvenzverwalter den noch offenen Restbetrag zu bezahlen.

Die in werkvertraglichen Zusammenhängen häufig gebotene Differenzierung zwischen der zum Zeitpunkt der vorzeitigen Vertragsbeendigung ausstehenden Resterfüllung und den dem erbrachten Teilwerk anhaftenden Defiziten (nach Abnahme: Mängeln) ist nicht erforderlich, weil durch das Schadensersatzverlangen des Erwerbers der im Stadium vor Abnahme bestehende einheitliche Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt wurde.

Außerdem kann der Erwerber als Insolvenzforderung einen etwa bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Anspruch auf Zahlung von Verzugsschadensersatz oder einer etwa vereinbarten Vertragsstrafe geltend machen.

(2) Auf nur in Form eines Miteigentumsanteils vom Erwerber erworbenem Grundstück erbrachte Bauleistung

Grundsätzlich gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Wegen der im Gemeinschaftseigentum stehenden Bausubstanz (nachfolgend einheitlich zur Vereinfachung: des Gemeinschaftseigentums) wird, sofern alle Erwerber gegen den Insolvenzverwalter Schadensersatz gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO verfolgen, im Regelfall die Fertigstellung dadurch gewährleistet, dass die Erwerbergemeinschaft (z.B. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts) bzw. nach Eintritt von Erwerbern in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (nachfolgend einheitlich, soweit es nicht auf eine differenzierte Betrachtung ankommt, zur Vereinfachung: Gemeinschaft)⁶⁹ diese die nötigen Verträge mit Unternehmern, Planern usw. schließt und die Kosten hierfür von den Erwerbern je nach deren Miteigentumsanteil erhebt. Auf dieser Grundlage kann jeder Erwerber seinen Schadensersatzanspruch anhand der Kosten, die er anteilig für die kollektive Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums beisteuerte, einerseits und der etwa von ihm für die Fertigstellung der seinem Sondereigentum stehenden Bausubstanz (nachfolgend einheitlich zur Vereinfachung: des Sondereigentums) aufgewandten Kosten, etwaiger allgemeiner Verzögerungsschäden und etwaiger Vertragsstrafe-/Verzugsschadensersatzansprüchen andererseits berechnen.

Weicht der Zahlungsstand der einzelnen Erwerber im Verhältnis zum Bauträger deutlich voneinander ab (Beispiel: von zehn Erwerbern, die jeweils einen Miteigentumsanteil von 100/1.000 erwarben, bezahlten neun die Vergütung



an den Bauträger vollständig, einer – der Erwerber 10 – dagegen behält 100.000 € ein; die nach Abzug individueller Positionen des Erwerbers 10 i.H.v. 10.000 € verbleibenden 90.000 € entsprechen exakt den Kosten, die für die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums einzusetzen sind), stellt sich die Frage, ob sich die Erwerber diesen Einbehalt des Erwerbers 10 „nutzbar“ machen können,⁷⁰ indem dieser das Gemeinschaftseigentum fertig stellt (oder vergleichbare Aktivitäten entfaltet, die im Interesse der Gemeinschaft liegen) und die damit verbundenen Kosten gegen den offenen Anspruch des Insolvenzverwalters aufrechnet. Folge wäre, dass eine Umlage der nötigen Kosten für die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums in Höhe von je 10 % aus 90.000 €, also in Höhe von je 9.000 € auf jeden der zehn Erwerber, entfiel. Den gewünschten Effekt kann ein solches Vorgehen nur haben, wenn es zum einen mit der Gemeinschaftsgebundenheit des Anspruchs auf kleinen Schadensersatz, der sich auf das Gemeinschaftseigentum bezieht,⁷¹ und zum anderen mit insolvenzrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Wegen der *Gemeinschaftsbezogenheit des Anspruchs* ist es grundsätzlich einem einzelnen Erwerber verwehrt, mit einem Anspruch, der auf den Ersatz von Kosten zur Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums (oder von Kosten zur Beseitigung von Mängeln an diesem, vgl. dazu vertieft unten C.II.3.d)(2)) gerichtet ist, gegen eine von ihm noch zu zahlende Vergütung „ohne weiteres aufzurechnen“, denn es fehlt insoweit die für eine Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit.⁷² Dem liegt die zutreffende Erwägung⁷³ zugrunde zu vermeiden, dass ein Erwerber mit gemeinschaftsbezogenen Ansprüchen wirksam gegen eine gegen ihn individuell bestehende Hauptforderung des Bauträgers aufrechnet, wenn nicht sichergestellt ist, dass dieser Erwerber in Höhe der durch Aufrechnung erlangten Erfüllung Zahlung an die Gemeinschaft insgesamt leistet oder anderweit deren Ansprüche befriedigt.

Letzteres ist aber sichergestellt, wenn der Erwerber 10 den nach seinen vorab abgezogenen individuellen Schäden verbleibenden Restbetrag von 90.000 € zur Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums einsetzt, Verträge mit Unternehmern, Planern usw. abschließt und diese bezahlt und damit alle Erwerber von der dadurch herbeigeführten Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums profitieren.⁷⁴

Alternativ kommt in Betracht, dass der Erwerber 10 mit diesen erforderlichen, aber noch nicht sichtbar im dadurch fertiggestellten Bauwerk aufgewendeten („fiktiven“)⁷⁵ Kosten von 90.000,00 € aufrechnet. Jedoch ist für dieses alternative Vorgehen zu verlangen, dass der Erwerber 10 schriftliche Erklärungen aller anderen (neun) Erwerber vorlegt. In diesen müssen diese jeweils erklären, mit der Aufrechnung des Erwerbers 10 in Höhe von vorliegend 90.000 € einverstanden zu sein und selbst weder je einzeln für sich noch in ihrer Verbundenheit als Gemeinschaft eine Forderung, die ihnen als Mitgläubigern aus den jeweils geschlossenen Bauträgerverträgen wegen des Schadensersatzanspruchs, der mit der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums zusammenhängt, zusteht, zur Tabelle anzumelden oder sonst gegen den Insolvenzverwalter geltend zu machen.⁷⁶ Ein bloßer Mehrheitsbeschluss der Gemeinschaft auf einer Versammlung⁷⁷ reicht hingegen nicht, weil damit die Mehrheit der Gemeinschaft den Erwerbern, die den ihnen quotale zustehenden Schadensersatzanspruch selbst zur Aufrechnung gegenüber dem Insolvenzverwalter einsetzen oder sonst geltend machen wollen, dieses individuelle und aus dem jeweiligen Bauträgervertrag des Erwerbers herrührende Recht entziehen würde. Auch das Institut der „Rückermächtigung“ vermag eine solche weitreichende Entziehung von Rechten einzelner Erwerber durch die Mehrheit nicht zu rechtfertigen.⁷⁸

Ein weiteres kommt hinzu: Parallel kann und darf nicht die Gemeinschaft die mit der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums verbundene Schadensersatzforderung gem. § 9a Abs. 2 WEG ausüben und aufgrund ihrer Prozessführungsbefugnis z.B. durch Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle verfolgen. Das wäre eine Doppelung der Ansprüche einerseits durch die Aufrechnung seitens des Erwerbers 10 und andererseits durch die Anmeldung seitens der Gemeinschaft. Letztere ist so auszulegen, dass die Gemeinschaft den Anspruch ausübt und eine Anspruchsdurchsetzung durch den Erwerber 10 „sperrt“.⁷⁹ In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter vom Erwerber 10 die Zahlung der 90.000 € verlangen, es sei denn, die Gemeinschaft nimmt ihre Forderungsanmeldung



zurück und verzichtet auf alle weiteren Ansprüche. Ebenso darf kein einziger der anderen Erwerber individuell anteilig einen Schadensersatzanspruch wegen der Herstellung des Gemeinschaftseigentums geltend machen, weil das wiederum eine unzulässige Doppelung wäre.⁸⁰

Der Erwerber 10 nimmt mit einem solchen Vorgehen erhebliche Risiken auf sich, weil es zwar Literaturstimmen, aber bisher keine Rechtsprechung gibt, die eine Aufrechnung in einer solchen Fallkonstellation billigt. Er muss daher damit rechnen, in langwierige und kostspielige Auseinandersetzungen vor Gericht mit dem Insolvenzverwalter verwickelt zu werden, ohne sich des abschließenden Prozess Erfolgs sicher sein zu können. Hinzutreten können Probleme in der baulichen und planerischen Bewältigung der etwa vom Erwerber 10 in Angriff genommenen Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums, etwa durch Verzögerungen, Nachträge und sonstige Kostenüberschreitungen. Daher wird der Erwerber 10 zu diesem im Interesse der anderen Erwerber liegenden Vorgehen in der Regel nur bereit sein, wenn er eine umfassende, ggf. durch valide Sicherheiten unterlegte Freistellung seitens der anderen Erwerber erhält, die insbesondere die vorgenannten Risiken abdeckt.

Ob *insolvenzrechtlich* eine dergestalt vorgenommene Aufrechnung im Verhältnis zum Insolvenzverwalter Bestand hat, hängt davon ab, ob der Insolvenzverwalter diese Aufrechnung gem. § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO als unzulässig zurückweisen kann. Nach dieser Norm ist eine Aufrechnung unzulässig, „wenn ein Insolvenzgläubiger seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat“. Ein derartiger Erwerb der Schadensersatzforderung, bezogen auf die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums, im Stadium nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt jedoch nicht vor. Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH hat jeder Erwerber aus seinem Bauträgervertrag einen eigenen Anspruch auf vertragsgerechte Herstellung des gesamten Gemeinschaftseigentums. Jeder Wohnungseigentümer kann die ganze Leistung verlangen.⁸¹ Den Anspruch erwarb der Erwerber 10 nicht erst in Reaktion auf die Insolvenz des Bauträgers durch Abtretung der anderen Erwerber an ihn, sondern der Erwerber 10 hatte ihn von Anfang an mit Abschluss des Bauträgervertrags (vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers) erlangt, woran die Umgestaltung des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nichts ändert.⁸²

Der erhebliche Aufwand für ein Vorgehen wie im Beispielsfall wird sich nur rechtfertigen lassen, wenn die Erwerber in sehr unterschiedlichem Umfang Vergütung einbehielten, damit sehr unterschiedlich weitreichende Aufrechnungsmöglichkeiten haben und eine (aus nicht vielen Erwerbern bestehende) Gemeinschaft zu einer sehr zügigen, fairen und strukturierten Abwicklung in der Lage ist. Zu beachten ist weiter, dass ein derartiges Vorgehen⁸³ – soweit ersichtlich – bisher nicht Gegenstand gerichtlicher Prüfung war und mit dem Grundsatzurteil des V. Zivilsenats des BGH aus 1995, das sich auf Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum bezog (vgl. unten C.II.3.d)(2)), nicht vereinbar ist.

d) Aufrechenbare Gegenforderungen des Erwerbers, wenn er zum Zeitpunkt seines Schadensersatzverlangens die Bauleistung des Bauträgers bereits abgenommen hatte

(1) Auf allein vom Erwerber erworbenem Grundstück erbrachte Bauleistung

Nach meiner Auffassung bezieht sich eine Aufforderung des Erwerbers an den Insolvenzverwalter zur Erfüllungswahl nach Abnahme nur auf die konkret gerügten Mängel und ist wegen etwa später erneut hervortretender Mängel zu wiederholen (vgl. zu dieser sehr strittigen Frage oben C.II.2.b)). Damit enthält eine vom Erwerber ausgesprochene und im Hinblick auf die Abwendungsbefugnis⁸⁴ des Insolvenzverwalters nötige Fristsetzung zur Mangelbeseitigung, ehe der Erwerber den Mangel selbst beseitigen lässt, eine (derart beschränkte) Aufforderung zur Erfüllungswahl. Diese Parallelität veranlasst dazu, den Schadensersatzanspruch des Erwerbers gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO an werkvertraglichen Vorgaben zu orientieren (was so bisher – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand gerichtlicher Überprüfung oder gar Billigung war).



Der Erwerber kann nach fruchtlosem Fristablauf mit einem Schadensersatzanspruch, bemessen anhand der zur Mängelbeseitigung aufgewandten erforderlichen Kosten, gegen einen noch offenen Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters aufrechnen. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO steht der Aufrechnung nicht entgegen, auch wenn die Forderung des Insolvenzverwalters aus einer bereits gestellten Schlussrechnung früher fällig geworden sein mag als der auf Zahlung gerichtete, mangelbedingte Gegenanspruch des Erwerbers. Im Hinblick auf die insoweit anfangs bestehende synallagmatische Verbindung der Forderung und der Gegenforderung als Hauptleistungspflichten (§ 320 BGB) ist § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO der Sache nach teleologisch zu reduzieren.⁸⁵

Es handelt sich insoweit um einen Schadensersatzanspruch des Erwerbers nach Eigenbeseitigung des Mangels; fehlerhaft wäre es, von einer Selbstvornahme zu sprechen. Letztere würde gem. § 637 Abs. 1 BGB a.E. voraussetzen, dass der Unternehmer nicht die Nacherfüllung zu Recht verweigert. Da der Erwerber gegen den Insolvenzverwalter, der nicht die Erfüllung des Vertrags wählte, Ansprüche wegen Mängeln des vom Bauträger erstellten Teilwerks nicht durchsetzen kann, sondern nur eine Insolvenzforderung hat – also aus insolvenzrechtlichen Gründen zu Recht der Insolvenzverwalter die Nacherfüllung verweigert – liegt diese Voraussetzung des § 637 Abs. 1 BGB nicht vor.⁸⁶

Lässt hingegen der Erwerber nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Mängel nicht beseitigen, kann er nicht mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten gegen eine dem Insolvenzverwalter zustehende Forderung aufrechnen.⁸⁷

Auch auf einen im BGH-Urteil vom 22.02.2018 angesprochenen Vorschussanspruch kann sich der Erwerber in der Insolvenz des Bauträgers mangels Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters nicht stützen. Das folgt, wie erläutert, für das Werkvertragsrecht aus § 637 Abs. 1 BGB a.E. Insolvenzzurechtlich ergibt sich aus § 45 Satz 1 InsO, dass eine wegen eines Mangels bestehende, also nicht auf Geld gerichtete Forderung mit dem endgültigen Wert geltend zu machen ist, der sich für den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schätzen lässt. Mit dieser normativen Vorgabe, dass Gläubiger im Interesse einer klaren und einheitlichen Abwicklung ausschließlich auf Geld gerichtete Forderungen anmelden können, ehe diese nach einer etwaigen Feststellung in der Schlussverteilung mit einer Quotenauszahlung bedacht werden, ist es nicht vereinbar (und insolvenzverfahrenstechnisch auch nicht bewältigbar), zugunsten eines Erwerbers vorab einen Vorschussbetrag festzustellen, hierauf vorab in Höhe einer vorläufig geschätzten Mindestquote eine Ausschüttung an ihn vorzunehmen und anschließend über die endgültig feststehenden Mängelbeseitigungskosten erneut zu befinden mit der Folge, dass entweder ein weiterer Betrag festgestellt wird und aus dem Gesamtbetrag in der Schlussverteilung die endgültige Quotenauszahlung unter Berücksichtigung der früheren Ausschüttung erfolgt oder der Erwerber einen (quotale) zu hoch erlangten Vorschuss zurückzahlen muss.⁸⁸

Der Erwerber muss daher, falls er den Mangel noch nicht beseitigte oder eine Beseitigung gar nicht wünscht, seinen mangelbedingten Schaden anhand des Minderwerts des Werks, der mit dem (nicht beseitigten) Mangel verbunden ist,⁸⁹ darlegen und mit dieser Forderung aufrechnen.

Eine Gegenauffassung meint, die für den werkvertraglichen mangelbedingten Schadensersatzanspruch maßgeblichen Grundsätze gemäß der neuen Rechtsprechung des BGH seien auf den insolvenzbedingten, mangelbezogenen Schadensersatzanspruch nicht anzuwenden, weil die Beschränkung der Rechte des Gläubigers (hier: des Erwerbers) auf den Schadensersatz nicht auf einer Entscheidung des Erwerbers beruhe.⁹⁰ Damit wird verkannt, dass der Erwerber zwar dogmatisch gegen den Insolvenzverwalter nach dessen Ablehnung der Erfüllung keinen Vorschussanspruch i.S.v. § 637 Abs. 1 BGB hat, es dem Erwerber aber unbenommen bleibt, einen Mangel beseitigen zu lassen und mit den dadurch entstehenden Kosten in voller Höhe, soweit sie erforderlich waren, als Schadensersatzanspruch gegen eine offene Forderung des Insolvenzverwalters aufzurechnen. Der Umstand, dass der Erwerber nicht vorab eine Vorschusszahlung des Insolvenzverwalters erlangen und hieraus die Selbstvornahme finanzieren kann, wird dadurch ausgeglichen, dass der Erwerber gegen die offene Restforderung des Insolvenzverwalters aufzurechnen in der Lage ist.



(2) Auf nur in Form eines Miteigentumsanteils vom Erwerber erworbenem Grundstück erbrachte Bauleistung

Grundsätzlich ist auf die unter C.II.3.d)(1) gemachten Ausführungen zu verweisen. Anders als zum Erfüllungsanspruch gibt es jedoch zu dem Anspruch, der auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichtet ist, wenn auch in der Regel allgemeine und nicht speziell⁹¹ auf die Abwicklung gegenüber einem Insolvenzverwalter bezogene Urteile des V. Zivilsenats des BGH⁹² (zu Sachverhalten, die dieser nach Kaufrecht beurteilte) und des VII. Zivilsenats des BGH⁹³ (zu Sachverhalten, auf die dieser Werkvertragsrecht anwandte). Während der V. Zivilsenat anfangs eher restriktiv urteilte und dem jeweiligen Käufer nur einen nach Maßgabe des jeweiligen Miteigentumsanteils zu bemessenden Anspruch zugestand, betonte der VII. Zivilsenat 1999 für den Schadensersatzanspruch, der dem Mitglied einer Bauherrengemeinschaft (was auf einen Erwerber gemäß einem Bauträgervertrag zu übertragen ist) wegen eines Mangels am Gemeinschaftseigentum zusteht, dass dieser Anspruch auf Ersatz der gesamten Kosten gerichtet ist, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Daher gewährte der VII. Zivilsenat dem einzelnen Erwerber einen Schadensersatzanspruch in voller Höhe, jedoch mit der Maßgabe, dass die Zahlung an die Gemeinschaft zu erfolgen hat. Insoweit ist durch das neueste Urteil des V. Zivilsenats, das den dem Käufer einer gebrauchten Eigentumswohnung nach § 439 Abs. 1 BGB im Hinblick auf Mängel des Gemeinschaftseigentums zustehenden Nacherfüllungsanspruch betrifft, aufgrund der seit dem 01.01.2002 geltenden Rechtslage eine deutliche Annäherung zu verzeichnen: Der V. Zivilsenat gewährt dem Käufer nun „einen Anspruch auf volle Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums und nicht nur einen auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkten Anspruch auf Freistellung von den Mängelbeseitigungskosten“.⁹⁴

Darin liegt jedoch nicht zwangsläufig ein Abrücken von den Aussagen desselben Senats in seinem Urteil aus 1995, in dem es nicht um die Durchsetzung eines Nacherfüllungsanspruchs, sondern um die Höhe einer aufrechenbaren Schadensersatzforderung des Erwerbers im Konkurs eines Bauträgers ging. Der BGH befand:

„Um die Mängel am Gemeinschaftseigentum zu beheben, haben die Erwerber der Wohnungen insgesamt 214.662 DM aufzuwenden. Hieran hat sich der Kläger im Umfang seines Miteigentums von 3,46/ 1.000 an dem Grundstück, mithin in Höhe von 742,73 DM, zu beteiligen. Sein Schaden wird daher durch die nach seinem Miteigentumsanteil bestimmte Quote des insgesamt bestehenden Minderwertes bestimmt, der seinerseits dem Nachbesserungsaufwand entspricht (Senat, BGHZ 108, 156, 160). Ein weitergehender Schaden ist dem Kläger nicht entstanden: Die Mängel am Gemeinschaftseigentum haben unstreitig keine Auswirkungen auf das Sondereigentum des Klägers (vgl. hierzu BGHZ 114, 383, 390 f).“⁹⁵

Es ist nicht ersichtlich, dass neuere Rechtsprechung eine Abkehr von diesem Urteil des V. Zivilsenats des BGH beinhaltet und dem Erwerber die Aufrechnung generell versagt oder ihn auf einen niedrigeren Anteil als den, der sich aus seinem Miteigentumsanteil ergibt, verweist. Demnach kann im Regelfall ein Erwerber mit einem Schadensersatzanspruch hinsichtlich Mängeln am Gemeinschaftseigentum, der sich nach seinem Miteigentumsanteil und den unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 22.02.2018 relevanten Kosten (vgl. oben C.II.3.d)(1)) bemisst, gegen eine Forderung des Insolvenzverwalters aufrechnen.

Eine Aufrechnung mit einem höheren Betrag über den eigenen Miteigentumsanteil hinaus kommt unter den oben unter C.II.3.d)(1) dargestellten Voraussetzungen in Betracht. Allerdings waren weder die Grundkonzeption noch



die von mir zur Sicherung der Gemeinschaftsbezogenheit des Anspruchs und zur Vermeidung einer Doppelbelastung des Bauträgers bzw. von dessen Insolvenzverwalter vorgeschlagenen weiteren Voraussetzungen bisher Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen.

D. Zusammenfassende Thesen

In der materiellen Insolvenz des Bauträgers, der keine Anstalten macht, einen Insolvenzantrag zu stellen oder das Bauvorhaben voranzubringen, ist wegen des aufs Äußerste missglückten § 650u Abs. 2 BGB dem Erwerber eine auf § 648a BGB basierende Kündigung der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags verwehrt. Ich plädiere jedoch dafür, dass damit nicht auch ein Schadensersatzanspruch gem. § 281 Abs. 1 BGB „gesperrt“ ist; dies ist indessen ober- und höchststrichterlich ungeklärt. Alternativ kann der Erwerber

- nach einer Titulierung von Ansprüchen und einem fruchtlosen Vollstreckungsversuch einen zulässigen Gläubigerinsolvenzantrag gegen den Bauträger stellen und eine Lösung mit dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des Bauträgers suchen,
- nach Besitzerlangung und hinreichendem Fortschritt der Bautätigkeit eine Abnahme mit Vorbehalten erklären, um die dann als Mängel zu behandelnden fehlenden Restarbeiten und Qualitätsdefizite über das flexiblere, von § 650u Abs. 2 BGB nicht berührte Mängelhaftungsregime einer Lösung zuzuführen,

den Bauträger auf Fertigstellung verklagen

- oder
- versuchen, per einstweiliger Verfügung den Besitz am erworbenen Objekt zu erlangen.

Ab Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sind insbesondere wegen § 106 Abs. 1 InsO, der lex specialis zu § 650u Abs. 2 BGB ist, die kauf- und die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags separat zu betrachten:

Der durch eine rechtsbeständige Auflassungsvormerkung geschützte Erwerber kann den aus der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags folgenden Anspruch auf Grundstücksübereignung über § 106 Abs. 1 InsO durchsetzen. Den auf das Grundstück entfallenden anteiligen Erwerbspreis hat der Insolvenzverwalter nach den Regeln zu ermitteln, die für die Abrechnung des vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrags gelten. Sofern der Insolvenzverwalter nicht derart abrechnet, darf der Erwerber einen angemessenen Betrag schätzen, den der Insolvenzverwalter widerlegen muss. Etwa noch offene Forderungen aus der werkvertraglichen Komponente des Bauträgervertrags kann der Insolvenzverwalter dem Anspruch des Erwerbers auf Grundstücksübertragung nicht entgegenhalten.

Für die werkvertragliche Komponente des Bauträgervertrags gilt in dieser Phase:

Wählt insoweit (ausnahmsweise) der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO die Erfüllung oder schließt er eine Restabwicklungsvereinbarung mit dem Erwerber, begründet dies zugunsten des Erwerbers Masseverbindlichkeiten. Umstritten ist, ob eine Erfüllungswahl nach Abnahme der Bauleistung sich nur auf die konkret bekannten/gerügten Mängel oder auf alle objektiv zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Mängel bezieht.

Lehnt der Insolvenzverwalter insoweit die Erfüllung ab (was der Regelfall ist), kann (und sollte) der Erwerber einen Schadensersatzanspruch gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO geltend machen, der sich je danach, ob zum Zeitpunkt der Geltendmachung die Bauleistung nicht oder schon abgenommen war, an § 281 Abs. 1 BGB bzw. an §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 BGB orientiert. Aus einer bisher nicht aufgegebenen Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH aus 1995 kann abgeleitet werden, dass trotz der Gemeinschaftsbezogenheit von Ansprüchen, die sich auf die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums bzw. (nach Abnahme) auf die Beseitigung von Mängeln am



Gemeinschaftseigentum beziehen, ein Erwerber, der einen Miteigentumsanteil am zu bebauenden Grundstück erwarb, jedenfalls mit einer sich nach seinem Miteigentumsanteil zu berechnenden Quote an den Kosten, die die Gemeinschaft aufwandte, gegen eine Forderung des Insolvenzverwalters aufrechnen kann. War die Bauleistung bereits abgenommen, scheidet wegen des Urteils des VII. Zivilsenats des BGH vom 22.02.2018 eine Berechnung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten aus; ebenso wenig kann der Erwerber sich auf einen Vorschussanspruch berufen. Möglich ist aus meiner Sicht, dass abweichend zum Urteil des V. Zivilsenats des BGH aus 1995 ein Erwerber, der nur einen Miteigentumsanteil am Grundstück erwarb, mit einem Anteil an den Fertigstellungs- oder Mängelbeseitigungskosten aufrechnet, der (deutlich) oberhalb der ihm nach seinem Miteigentumsanteil zustehenden Quote liegt. Hierzu sind aber eine Vielzahl anspruchsvoller Voraussetzungen zu erfüllen, um die Gemeinschaftsbezogenheit des Anspruchs sowie die Rechte der anderen Erwerber nicht zu gefährden und eine Doppelbelastung des Bauträgers bzw. seines Insolvenzverwalters zu vermeiden; insbesondere muss der Erwerber die nötigen (und ausgeführten) Maßnahmen beauftragt und bezahlt haben oder Erklärungen aller anderen Erwerber vorlegen, dass er mit der auf das Gemeinschaftseigentum insgesamt entfallenden Forderung aufrechnen darf. Ob die Rechtsprechung diesem Ansatz ggf. mit modifizierten Rahmenbedingungen folgt, wird, sofern überhaupt jemals entsprechende Sachverhalte an sie herangetragen werden, die Zukunft weisen.



*	Partner der Sienz & Schmitz Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB.
1	Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwende ich einheitlich das generische Maskulin; darunter fallen alle Geschlechter oder auch eine Mehrheit von Erwerbern (z.B. ein Ehepaar).
2	Gem. §§ 650u Abs. 1 Satz 2, 650k Abs. 3 Satz 1 BGB muss eigentlich jeder Bauträgervertrag dazu verbindliche Angaben enthalten. Nach meiner Erfahrung achten Notare i.d.R. darauf, diese Pflicht durch eine entsprechende Regelung umzusetzen.
3	Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83, BauR 1986, 208 (209). Soweit BGH, Urt. v. 07.12.2023 – VII ZR 231/22 Rdnr. 21, BauR 2024, 509, eine Aufteilung der Bauträgervergütung in einen Kaufpreis für das Grundstück einerseits und eine Vergütung für die Bauleistung andererseits vorbehaltlich einer im Bauträgervertrag vereinbarten Aufteilung ablehnt, betrifft die Entscheidung die einheitliche Verjährung des Vergütungsanspruchs gem. § 196 BGB. Eine Abkehr von dem Urteil aus 1985, das in einem ganz anderen Kontext steht, kann ich daraus nicht entnehmen.
4	Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83, BauR 1986, 208.
5	Vgl. z.B. Grziwotz, NZBau 2018, 218 (224); Jötten, BauR 2021, 1 (3); Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 9 ff.; Vogel, BauR 2018, 717.
6	Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 72.
7	Soweit nicht Rettung naht in Form von Ansprüchen gegen eine etwa involvierte Bauträgerbank, vgl. etwa BGH, Urt. v. 30.09.2004 – VII ZR 458/02.
8	Vgl. Jötten, BauR 2021, 1.
9	Zur dogmatischen Konstruktion vgl. Popescu, BauR 2012, 1314 (1319 ff.). Vgl. auch Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/dems./Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rdnr. 13 ff., der indessen vor allem den „kleinen Schadensersatz“ wegen „Mängeln vor Abnahme“ behandelt.
10	Vgl. z.B. Jötten, BauR 2021, 1 (11); Vogel, BauR 2018, 717 (718 Fn. 24 m.w.N.). – Vgl. auch Schwarze, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2019, § 281 Rdnr. B 160.
11	Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 72 (Hervorhebung nicht im Original!).
12	Vgl. MünchKomm.-Vuia, InSO, 4. Aufl. 2019, § 106 Rdnr. 31.
13	Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22.
14	BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22 Rdnr. 7: „Als (anfechtbare) Rechtshandlung kommt jede Handlung in Betracht, die zum Entstehen der Aufrechnungslage führt (...)“.
15	Vgl. vertieft dazu Schmitz, in: Kniffka/Jurgeleit, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 07.02.2025, § 648a Rdnr. 73/1 ff.
16	Vgl. Jötten, BauR 2021, 1 (7 ff.). Dazu müsste allerdings vertieft geprüft werden, wie der regelmäßig zu Gunsten des Bauträgers nominal noch offene Resterwerbspreis in die Antragstellung einfließt und/oder wie er sich i.R.d. Zwangsvollstreckung auf die Höhe des Vorschusses nach § 887 Abs. 2 ZPO auswirkt. Ferner ist es nicht einfach, einen hinreichend bestimmten Antrag zu stellen (vgl. KG, Beschl. v. 15.11.2022 – 21 U 21/22; vgl. nun aber KG, Urt. v. 16.07.2024 – 21 U 131/23, das den Klageantrag des Erwerbers für hinreichend bestimmt hielt und keine Bedenken dagegen hatte, dass der Erwerber nur die Erbringung von Teilen der insgesamt geschuldeten Leistung vom Bauträger forderte; welche Rolle ein etwa noch offener Resterwerbspreis spielt, diskutiert dieses Urteil nicht.).
17	Vgl. allgemein BGH, Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 205/07 Rdnr. 55; eher zurückhaltend Pause/Vogel, in: Kniffka/Jurgeleit, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 07.02.2025, § 640 Rdnr. 26.
18	Vgl. aus der Rechtsprechung etwa KG, Urt. v. 05.12.2017 – 21 U 109/17; KG, Urt. v. 20.08.2019 – 21 W 17/19; LG Karlsruhe, Urt. v. 17.02.2021 – 6 O 15/21; LG Karlsruhe, Urt. v. 26.02.2025 – 1 O 12/25; LG Landshut, Urt. v. 07.01.2020 – 72 O 4112/19; LG



	München I, Beschl. v. 23.06.2016 – 11 O 10314/16; LG Stuttgart, Urt. v. 18.04.2018 – 15 O 110/18. Vgl. zum Ganzen auch Haumer, PiG 106 (2018), 109 (121 f. m.w.N.).
19	Vgl. OLG Celle, Urt. v. 08.06.2000 – 22 U 88/99, BeckRS 2000, 30116674, das das mit § 242 BGB (Treu und Glauben) zu begründen versuchte (der amtliche Leitsatz lautet: „Die unberechtigte Weigerung eines Bauträgers weiterzubauen, darf nicht dazu führen, dass der Erwerber des Projekts sich entweder der unberechtigten Forderung nach weiteren Abschlüssen beugen oder zum Schadensersatzbegehren in Geld wegen Nichterfüllung übergehen muss. In diesem Fall kann der Erwerber die notwendigen Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme durchführen.“); OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.05.1999 – 22 U 226/98, NJW-RR 2000, 231, das zur Begründung seines Ergebnisses § 6 Abs. 6 VOB/B heranzog (dieses Urteil betrifft keinen Bauträgervertrag).
20	Vgl. BGH, Urt. v. 29.10.1976 – V ZR 4/75.
21	Vgl. BGH, Urt. v. 07.11.1980 – V ZR 163/79; vgl. auch BGH, Urt. v. 21.04.1978 – V ZR 77/77.
22	Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.03.2021 – IX ZR 70/20 Rdnr. 34 und 40.
23	Vgl. BGH, Urt. v. 25.03.2021 – IX ZR 70/20 Rdnr. 39.
24	Vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.1994 – V ZR 236/93; OLG Koblenz, Urt. v. 12.11.1980 – 1 U 278/80.
25	Vertieft zu derartigen Ausnahmefällen vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 22 ff.
26	Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 10.07.2006 – 12 U 711/05, NJW-RR 2007, 964 (zu einem vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse freigegebenen Grundstück).
27	Vgl. KG, Urt. v. 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114.
28	Vgl. KG, Urt. v. 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114.
29	Vgl. BGH, Urt. v. 07.11.1980 – V ZR 163/79; vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2003 – 5 U 62/03, BauR 2004, 1349.
30	Vgl. z.B. allgemein Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 157 Rdnr. 2 ff.
31	Vgl. z.B. Koeble, in: Kniffka/dems./Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 10. Teil Rdnr. 322; angedeutet auch von OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2003 – 5 U 62/03, BauR 2004, 1349.
32	Vgl. Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 151 i.V.m. Rdnr. 124.
33	Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 29.06.1995 – VII ZR 184/94; BGH, Urt. v. 06.03.1997 – VII ZR 47/96; BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99; BGH, Urt. v. 14.11.2002 – VII ZR 224/01; BGH, Urt. v. 18.01.2024 – VII ZR 34/23 Rdnr. 28.
34	Vgl. die ähnlichen Überlegungen zu einem „normalen“ Bauvertrag in BGH, Urt. v. 11.07.2024 – VII ZR 127/23 Rdnr. 20 ff.
35	Z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2003 – 5 U 62/03, BauR 2004, 1349: „Die Beklagten [= Erwerber] haben nämlich auch bei dem höheren Restanspruch fast 93 % der vereinbarten Summe bezahlt. Der Senat geht bei dieser hohen Quote davon aus, dass damit der auf die Eigentumsverschaffung entfallende Teil der Gegenleistung vollständig erfüllt ist.“
36	Besonders deutlich BGH, Urt. v. 07.11.1980 – V ZR 163/79: „[...] durch § 24 KO [= Vorgängervorschrift zu § 106 Abs. 1 InsO] bewirkte Trennung des rechtlichen Schicksals des Anspruchs auf Grundstücksübereignung einerseits und der sonstigen Ansprüche andererseits“.
37	Vgl. BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83.
38	I.E. wie hier vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 10.07.2006 – 12 U 711/05 (zu einem vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse freigegebenen Grundstück); OLG Stuttgart, Urt. v. 18.08.2002 – 5 U 62/03, BauR 2004, 1349; Ampferl, ZWE 2006, 268 (270); Ringstmeier, in: Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 106 Rdnr. 35. Wohl a.A. Wudy, MittBayNot 2000, 489 (498 1. Sp.). – Aus BGH, Urt. v. 24.11.1983 – VII ZR 34/83, wo ein Fall zu beurteilen war, in dem der Bauträger die Verpflichtung zur Herstellung des Bauwerks nachträglich auf einen Dritten übertrug und sich nur noch die Übereignung des Grundstücks an die Erwerber vorbehielt, ergibt sich nichts anderes: Zwar billigte der BGH ausdrücklich die Feststellungen des Berufungsgerichts, dass es bei einer einheitlichen Abwicklung der mit dem Erwerber geschlossenen Verträge zu bleiben hat. Da jedoch weder über den Bauträger (= ursprünglichen Vertragspartner) noch über den teilweise übernehmenden Dritten ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war, kam es auf § 106 Abs. 1 InsO und die damit verbundene zwangsläufige Aufspaltung des Vertragsverhältnisses nicht an.
39	Ebenso Pause, in: Kniffka/Jurgeleit, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 07.02.2025, § 650u Rdnr. 274. A.A. Meyer,



	Insolvenz und Bauträgervertrag, in: Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2017, Teil F Rdnr. 55; a.A. wohl auch Bagaric, ZMR 2019, 655, 656 f.; Wudy, ZNotP 2001, 142, 147.
40	Vgl. MünchKomm.-Vuia, InsO, 4. Aufl. 2019, § 106 Rdnr. 18 und 24 ff.
41	Vgl. BGH, Urt. v. 16.05.2019 – IX ZR 44/18 Rdnr. 16 ff.
42	Offen gelassen von BGH, Urt. v. 16.05.2019 – IX ZR 44/18 Rdnr. 29.
43	Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99.
44	Vgl. als wichtige Folgeurteile BGH, Urt. v. 17.12.2009 – IX ZR 214/08 Rdnr. 11 f.; BGH, Urt. v. 07.02.2013 – IX ZR 218/11 Rdnr. 8–10; BGH, Urt. v. 19.11.2015 – IX ZR 198/14 Rdnr. 18 f.; BGH, Urt. v. 16.05.2019 – IX ZR 44/18.
45	Vgl. MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 18.
46	Vgl. MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 22.
47	Vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2017 – IX ZR 261/15 Rdnr. 29.
48	Vgl. BGH, Urt. v. 01.03.2007 – IX ZR 81/05 Rdnr. 13.
49	Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13.
50	Vgl. BGH, Urt. v. 04.05.1995 – IX ZR 256/93; BGH, Urt. v. 27.02.1997 – IX ZR 5/96.
51	Vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2001 – IX ZR 191/98; BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99.
52	Vgl. BGH, Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99; die noch kurz davor vertretene Auffassung, die Minderungsformel sei entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2001 – IX ZR 191/98), gab der BGH in diesem Urteil stillschweigend und zutreffend auf.
53	Vgl. MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 Rdnr. 47 f.
54	Vgl. Kessler, RNotZ 2004, 176 (206 f.); vgl. ders., ZIP 2005, 2046 (2049 f., 2050 f.).
55	Eine Fortgeltung bejaht BGH, Urt. v. 17.07.2013 – VIII ZR 163/12 Rdnr. 36; zutr. krit. Tintelnot, EWIR 2014, 685 (686).
56	Für ersteres etwa OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.03.2017 – 9 U 2/17; Kreft, FS Uhlenbruck, S. 387 (399); Reul, in: DNotI, Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 49 (55 f.); für letzteres etwa MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 105 Rdnr. 18 i.V.m. § 103 Rdnr. 47 f.; Schmitz, Die Bauinsolvenz, 6. Aufl. 2015, Rdnr. 286 ff.; Wellensiek, BauR 2005, 186 (197).
57	Sogar darüber hinaus, wenn man in der Mängelbeseitigungsleistung des Insolvenzverwalters ein Anerkenntnis gem. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB sieht, denn damit beginnt insoweit die (volle) Verjährungsfrist (ab Abschluss der Mängelbeseitigungsleistung) erneut zu laufen.
58	Zu Details vgl. Schmitz, BauR 2022, 312.
59	Vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2005 – VII ZR 197/03; BGH, Urt. v. 13.07.2006 – IX ZR 152/04 Rdnr. 14; BGH, Urt. v. 19.10.2023 – IX ZR 249/22, steht nicht entgegen, denn eine zur Unzulässigkeit der Aufrechnung führende anfechtbare Rechtshandlung gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO muss gem. § 129 Abs. 1 InsO „vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden“ sein; die Ablehnung der Erfüllungswahl und das anschließende Schadensersatzverlangen des Erwerbers liegen aber nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Genauso wenig schließt § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO eine Aufrechnung des Erwerbers aus (vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 89 f. und unten C.II.3.d)(1)). – Weitergehend generell Grüneberg, in: dems., BGB, 83. Aufl., § 281 Rdnr. 17 ff. (bloße Rechnungsposten, daher An- und keine Aufrechnung); BGH, Urt. v. 07.02.2013 – IX ZR 218/11 Rdnr. 12 (zu einem Grundstückskaufvertrag), der von einer automatischen Verrechnung ausgeht mit der Begründung, dass gegenseitige Ansprüche aus dem nämlichen Vertragsverhältnis keiner Aufrechnung bedürfen, sondern Rechnungsposten bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO sind.
60	Vgl. MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rdnr. 184 m.w.N.
61	Wegen Details zu dieser vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 96 ff.
62	Vgl. BGH, Urt. v. 22.09.2005 – VII ZR 117/03.



63	Vgl. BGH, Urt. v. 03.03.1998 – X ZR 4/95.
64	Vgl. Kniffka, ZfBR 1998, 113 (114).
65	Vgl. BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13 Rdnr. 44 ff.
66	Vgl. Rodemann, FS Eschenbruch, 2020, S. 347; Schmitz, FS Leupertz, 2021, S. 651.- Vgl. aber auch die Auffassung, die direkt aus dem Insolvenzrecht ein Abrechnungsverhältnis ableitet, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt, ohne dass der Besteller Schadensersatz verlangt haben muss: Bopp, Der Bauvertrag in der Insolvenz, 2009, S. 241 f., 284 ff.; Huber, ZInsO 2005, 449 (451); zutr. a.A. OLG Oldenburg, Urt. v. 23.04.2024 – 2 U 128/23, BauR 2024, 1818.
67	Vgl. MünchKomm.-Huber, InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 Rdnr. 185 ff.; Grüneberg, in: dems., BGB, 83. Aufl. 2024, § 281 Rdnr. 17 ff.
68	Vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 139 ff.
69	Was pikante Probleme aufwerfen kann, denn nach § 9a Abs. 1 S. 2 WEG entsteht die Gemeinschaft bereits mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher, so dass der Bauträger als teilender Alleineigentümer jederzeit und formlos Beschlüsse fassen kann. Der Erwerber kommt erst ins Spiel, wenn ihm der Besitz übertragen wurde (§ 8 Abs. 3 WEG). Zum Ganzen nun grundlegend BGH, Urt. v. 20.12.2024 – V ZR 243/23 Rdnr. 6.
70	Dass die anderen Erwerber ihn etwa aufgrund einer gemeinschaftsbezogenen Treuepflicht o.ä. zu einem solchen Vorgehen zwingen könnten, sehe ich nicht (vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 124 f.); vgl. ebenso Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 13 Rdnr. 140 m.w.N.
71	Vgl. dazu z.B. BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05 Rdnr. 13 ff., insb. 19.
72	Vgl. BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 50/06 Rdnr. 75.
73	Vgl. vertieft zu den die Rechtsprechung permanent beschäftigenden Problemlagen, die sich durch die Aktivlegitimation der einzelnen Erwerber aus ihren Bauträgerverträgen und der etwaigen Gemeinschaftsbezogenheit der Ansprüche und einer daraus folgenden Prozessführungsbefugnis der Gemeinschaft ergeben, aus neuester Zeit BGH, Urt. v. 23.02.2024 – V ZR 132/23 Rdnr. 14 f. m.w.N., BauR 2024, 1372; aus der Literatur z.B. Koeble, in: Grziwotz/dems., Handbuch Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2022, Kapitel 7 Rdnr. 159 ff.
74	Vgl. ähnlich Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 13 Rdnr. 140, „wenn und soweit die Gemeinschaft vom Erwerber die durch die Aufrechnung erlangten Mittel (Befreiung vom Vergütungsanspruch) zur zweckentsprechenden Verwendung erhält bzw. beanspruchen kann“; vgl. auch ebd. Kap. 15 Rdnr. 15 f.
75	Vgl. übertragbar BGH, Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19 Rdnr. 8 ff.; BGH, Urt. v. 19.04.2023 – VIII ZR 280/21 Rdnr. 26 ff.). BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, steht dem nicht entgegen, weil der vor Abnahme der Bauleistung des Bauträgers entstandene Schadensersatzanspruch gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO dem gem. § 281 Abs. 1 BGB entspricht, während das die Anspruchsbemessung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten verneinende Urteil des VII. Zivilsenats des BGH (nur) den nach Abnahme gegebenen mangelbedingten werkvertraglichen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 1 BGB betrifft. Evtl. anders aber die Sichtweise von BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 Rdnr. 24, BauR 2021, 225, weil der VII. Zivilsenat die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 634 Nr. 1, § 635 BGB ebenso wie die Nichterfüllung des (Erst-)Erfüllungsanspruchs gem. § 631 Abs. 1, § 633 Abs. 1 BGB als eine Pflichtverletzung i.S.d. §§ 280, 281 BGB ansieht und fortfährt: „Das Ergebnis beider Pflichtverletzungen ist, dass dem Besteller anstelle eines mangelfreien Werks ein mangelhaftes Werk zur Verfügung steht. Deshalb ist dieses Ergebnis – jedenfalls im Werkvertragsrecht - im Ausgangspunkt auch der richtige Anknüpfungspunkt für die Bemessung des auf der Pflichtverletzung (Sachmangel) beruhenden Vermögensschadens.“ Das könnte dafür sprechen, dass es nicht auf die erfolgte Abnahme ankommt, sondern entscheidend der Anspruchsgrund im Werkvertragsrecht (etwa in Abgrenzung zum Kaufvertragsrecht) ist.
76	Es liegt auf der Hand, dass die anderen Erwerber 1–9 eine solche Erklärung nur abgeben, wenn der Erwerber 10 den Betrag von 90.000 € (nahezu) vollständig der Gemeinschaft zur Finanzierung der Fertigstellungskosten zur Verfügung stellt (vgl. insoweit übereinstimmend die Überlegungen von Pause in den nachfolgenden Fn. 77 und 80).
77	A.A. Pause, in: Kniffka/Jurgeleit, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 07.02.2025, § 650u Rdnr. 289, der nicht einmal dieses ohnehin nicht ausreichende Vorgehen für erforderlich erachtet, sondern meint, „dass es für eine Aufrechnung durch den einzelnen Erwerber in Höhe der ganzen (fiktiven) Mängelbeseitigungskosten genügt, wenn [von ihm] der Betrag an die Gemeinschaft abgeführt wird“.
78	Missverständlich Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 13 Rdnr. 130, richtig aber ebd., Rdnr. 131, wonach der einzelne Erwerber Schadensersatz zwar in voller Höhe, aber nur an die Gemeinschaft fordern oder ermächtigt werden kann, Minderung nur entsprechend seinem jeweiligen Anteil geltend zu machen.



79	Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 06.03.2014 – VII ZR 266/13 Rdnr. 31 ff.
80	A.A. Pause, in: Kniffka/Jurgeleit, <i>ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht</i> , Stand 07.02.2025, § 650u Rdnr. 289, nach dessen Auffassung „jeder Erwerber [sich] von den Forderungen durch Aufrechnung befreien [kann] (bei Abführung an die Gemeinschaft), bis der Schadensersatz in voller Höhe befriedigt ist – Erwerber, die später oder nicht aufrechnen, müssen die offene Vergütung an den Insolvenzverwalter entrichten“.
81	Vgl. BGH, Urt. v. 21.02.1985 – VII ZR 72/84; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13 Rdnr. 39 f.
82	Vgl. Schmitz, in: Grziwotz/Koeble, <i>Handbuch Bauträgerrecht</i> , 2. Aufl. 2022, Kapitel 9 Rdnr. 121.
83	Das auch z.B. Greiner, <i>ZfBR</i> 2001, 439, grds. für zulässig erachtet, auch wenn er teilweise weniger strenge Anforderungen als ich stellt, weil er einen bloßen Beschluss der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für ausreichend hält (vgl. ebd., 442).
84	Zu diesem Begriff vgl. Voit, <i>BauR</i> 2011, 392 (394); ein Nacherfüllungs„recht“ o.ä. eines Bauträgers oder Bauunternehmers gibt es entgegen verbreitetem Sprachgebrauch nicht.
85	Vgl. BGH, Urt. v. 22.09.2005 – VII ZR 117/03.
86	Evtl. generell (ohne Bezug zu der von mir diskutierten speziell insolvenzrechtlichen Konstellation) a.A. BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17 Rdnr. 50.
87	Vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17.
88	Vgl. ausf. Schmitz, <i>FS Thierau</i> , 2025, S. 405. Evtl. generell (ohne Bezug zu der von mir diskutierten speziell insolvenzrechtlichen Konstellation) a.A. BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17 Rdnr. 50.
89	Vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17 Rdnr. 27 ff.
90	Vgl. Pause, in: Kniffka/Jurgeleit, <i>ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht</i> , Stand 07.02.2025, § 650u Rdnr. 281.
91	Die Ausnahme stellt BGH, Urt. v. 22.12.1995 – V ZR 52/95, dar.
92	Vgl. BGH, Urt. v. 23.06.1989 – V ZR 40/88; BGH, Urt. v. 22.12.1995 – V ZR 52/95; BGH, Urt. v. 24.07.2015 – V ZR 167/14 Rdnr. 20; BGH, Urt. 14.02.2020 – V ZR 11/18 Rdnr. 44 ff., 62; BGH, Urt. v. 11.11.2022 – V ZR 213/21 Rdnr. 73 f., <i>BauR</i> 2023, 471.
93	Vgl. BGH, Urt. v. 25.02.1999 – VII ZR 208/97; BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13 Rdnr. 39 f.
94	Vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2022 – V ZR 213/21 Rdnr. 73 f. (Zitat: 74), <i>BauR</i> 2023, 471.
95	BGH, Urt. v. 22.12.1995 – V ZR 52/95.